This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

3 2044 103 190 625

Bd. Feb. 1939

HARVARD LAW SCHOOL
LIBRARY

Received July 9. 1904

January

Encyklopädie der Rechtswissenschaft

in systematischer Bearbeitung.

Erster Band.

Encyklopädie

der

Rechtswissenschaft

in systematischer Bearbeitung.

Begründet von

Dr. Franz von Holtzendorff.

Unter Mitwirkung von

G. Anschütz — L. von Bar — E. Beling — H. Brunner
G. Cohn — K. Crome — E. Dorner — O. Gierke — F. Hecht
P. Heilborn — E. Heymann — O. Koebner — J. Kohler —
L. Laß — O. Lenel — E. von Meier — L. Mitteis — J. Stranz
U. Stutz — O. von Veh — F. Wachenfeld — J. Weiffenbach

herausgegeben
von

Dr. Josef Kohler,
ordentl. Professor der Rechte in Berlin.

Sechste, der Neubearbeitung erste Auflage.

Erster Band.

1904
Duncker & Humblot und J. Guttentag, G.m.b.H.
Leipzig. Berlin.

D. Law

Alle Rechte vorbehalten.

Rec. July 9, 1904.

Vorwort.

Der „Encyklopädie" möchte ich ein kurzes Geleite mitgeben. Nur durch die eifrige und opferfreudige Tätigkeit unserer Mitarbeiter ist es möglich gewesen, in verhältnismäßig kurzer Zeit eine Darstellung zu geben, die den Zweck verfolgt, einerseits den Stand der gegenwärtigen deutschen Rechtswissenschaft aufzuweisen, andererseits den Fortschritt anzubahnen und neue Keime in die Entwicklung der Jurisprudenz zu legen. Die Rechtsforschung ist in den letzten dreißig Jahren in vielem eine ganz andere geworden. Das bürgerliche Recht, die historischen Studien des römischen, deutschen und kirchlichen Rechtes haben ganz andere Wege eingeschlagen. Philosophie und Rechtsvergleichung haben ein neues Angesicht gewonnen, das Strafrecht ist in ein neues Stadium der Forschung eingetreten, die Prozeßwissenschaft ward geschichtlich und konstruktiv neu gebaut, das internationale Privatrecht neu belebt, das Handelsrecht wesentlich erweitert, vor allem aber ist auf allen Gebieten des öffentlichen Rechts ein erfreulicher Aufschwung zu verzeichnen. Die frühere einseitige Methode des Rechtsstudiums wurde überwunden, indem auch das öffentliche Recht eine wesentlich konstruktive Bearbeitung erfuhr und so dem bürgerlichen Rechte ebenbürtig geworden ist. Möge die „Encyklopädie" eine Zeugin der Errungenschaften sein, welche die deutsche Rechtswissenschaft heute auf allen diesen Gebieten zu verzeichnen hat; möge sie zum eifrigen Weiterstudium anregen! Möge sie wirken als eine Tat des in der Vielheit der Forschung waltenden und niemals rastenden deutschen Geistes!

Berlin, an der Jahreswende 1903.

Josef Kohler.

Inhaltsverzeichnis zum ersten Band.

Seite

I. **Rechtsphilosophie und Universalrechtsgeschichte** von **Josef Kohler** 1— 69

II. **Zivilrecht.**

1. Geschichte und Quellen des römischen Rechts, von C. G. Bruns, im Anschluß an die Bearbeitung von A. Pernice neu bearbeitet von **Otto Lenel** . . . . 73— 170
2. Quellen und Geschichte des deutschen Rechts, von **Heinrich Brunner** . . . . 171— 287
3. Das Pandektenrecht von C. G. Bruns mit den Nachträgen von E. Eck. Neu durchgesehen und ergänzt von **Ludwig Mitteis** . . . . . 289— 429
4. Grundzüge des deutschen Privatrechts, von **Otto Gierke** . . . . . 431— 559
5. Bürgerliches Recht, von **Josef Kohler** . . . . . 561— 757

Zusätze:

a) Verhältnis des Reichsprivatrechts zum Landesprivatrecht, von **J. Stranz** 761— 791

b) Überblick über die außerdeutschen Privatrechtsordnungen . . . . . 793— 888

aa) Überblick über das englische Privatrecht, von **Ernst Heymann** . . . 793— 848

bb) Grundzüge des romanischen Rechts. von **Karl Crome** . . . . . 849— 868

cc) Überblick über das russische Privatrecht, von **Otto von Beh** . . . . 869— 888

6. Grundzüge des Handelsrechts, von **Otto Gierke** . . . . . 889—1027
7. Wechsel- und Scheckrecht, von **Georg Cohn** . . . . . 1029—1075
8. Das Hypothekenbankrecht, von **Felix Hecht** . . . . . 1077—1114

I.

Rechtsphilosophie

und

Universalrechtsgeschichte

von

Professor J. Kohler
in Berlin.

A. Grundlagen.

§ 1. Rechtsphilosophie und Naturrecht.

Die Rechtsphilosophie ist ein Zweig der Philosophie des Menschen, d. h. derjenigen Philosophie, welche die Stellung des Menschen und der menschlichen Kultur in der Welt und im Weltgetriebe zu ermitteln hat. Wie die sonstigen Kulturäußerungen des Menschen in die Höhe der Philosophie erhoben werden, indem man ihre Bedeutung im Weltganzen zu erforschen sucht, so auch das Recht. Die Rechtsphilosophie hat daher den Menschen als Kulturträger ins Auge zu fassen, und da die Kultur in stetem Fortschritt begriffen ist, wenn Welt und Menschheit nicht veröden soll, so hat die Rechtsphilosophie die Aufgabe, das Recht als ein sich stets entwickelndes und fortschreitendes zu erkennen.

Es war daher s. Z. nichts verkehrter und unphilosophischer als die Meinung, die Rechtsphilosophie habe ein Naturrecht, ein ewig richtiges Recht zu erforschen und gleichsam von den Sternen herunter zu holen. Man verkannte vollständig, daß die Kultur und die Kulturäußerungen etwas anderes sind als die Naturgesetze, die sich stets gleich bleiben. Allerdings beruht auch der ganze Mensch und die ganze menschliche Entwicklung schließlich auf animalischen und seelischen Gesetzen. Aber aus diesen Gesetzen entspringt infolge der steten neuen Mischung der Kräfte ständig etwas Anderes und Neues, und es wäre dieselbe Verwechselung, aus der Einheit der menschlichen Natur auf ein stets gleich bleibendes Recht zu schließen, wie wenn man etwa annehmen wollte, daß, weil die Naturgesetze die gleichen bleiben, auch die Naturerscheinungen sich niemals vermannigfaltigen könnten.

Die Anschauung von dem ewigen Rechte war mithin ein Grundirrtum; sie wäre nur von der Voraussetzung aus zu rechtfertigen, daß der Mensch sofort vollkommen geschaffen worden sei und die Bestimmung habe, stets auf der gleichen Vollkommenheit zu bleiben, also von der Voraussetzung, daß der paradiesische Zustand der dem Menschen entsprechende und angemessene sei. Dies hat s. Z. die theologische Wissenschaft angenommen, und von hier aus hatte es einen guten Sinn und Zusammenhang, an ein von Gott eingepflanztes Recht zu glauben, das höchstens infolge des Sündenfalles verloren worden sei[1]. Ließ man aber diese theologische Vorstellung fallen, so hatte die Idee von einem

[1] Indes nimmt schon Thomas von Aquin zwar eine lex aeterna und eine aus der lex aeterna stammende lex naturalis an, Summa theol. 1. 2 qu. 91 a. 1—3; er nimmt auch an, daß die lex naturae im Grund allen gemeinschaftlich sei, 1. 2 qu. 94 a. 4, jedoch mit Ausnahmen, und ebenso glaubt er, daß der lex naturalis nicht nur einiges zugesetzt, sondern von ihr mitunter auch etwas gestrichen werden könne: nonnulla propria subtrahi quae legis observantiam pro temporum varietate impedire possent, 1. 2 qu. 94 a. 5. Noch deutlicher spricht sich in diesem Sinne der große Schüler des Thomas, Dante, aus, in einer Stelle, die ich bereits anderwärts erwähnt habe, (Monarchia I 16): Habent namque nationes, regna et civitates inter se proprietates, quas legibus differentibus regulari oportet. Est enim lex regula directiva vitae. Aliter quippe

eingepflanzten ewigen Recht gar keinen rationellen Boden, so rationalistisch sie sich auch gebärdete; denn sie widersprach dem Menschenleben als einer Kulturerscheinung, sie ging davon aus, daß dem Menschen nur ein und dieselbe Norm passe, und daß ihm nur ein und dieselbe Norm angemessen sei, als ob die Kultur nicht stets das Bedürfnis neuer Normen erzeugte und als ob der Kulturfortschritt etwas Nebensächliches wäre, was das Wesen des Menschen nicht berührte. Es ist der nämliche Irrtum wie der, der an eine Weltsprache glaubte, so daß man den babylonischen Turmbau zu Hilfe nehmen mußte, um die Verschiedenheit der Sprachen zu erklären, während doch

Nullo effetto mai razionabile,
Per lo piacer uman che rinnovella,
Seguendo il cielo, sempre fu durabile.
Dante, Paradiso XXVI 127 ff.

Jenes Naturrecht hatte, wie gezeigt, in der kanonischen Anschauung seine Grundlage; es fand auch in den Floskeln der römischen Juristen einige Stütze, die von einem Recht fabelten, das die Natur alle animalischen Wesen gelehrt habe. Aber erst im 16. Jahrhundert wurde das Naturrecht zu einem eigenen System verarbeitet, und im 17. Jahrhundert erhielt es durch Hugo de Groot (Grotius) die Gestalt, in der es seinen Siegeszug über die Länder ausführte[1]. Eine Reihe der bedeutendsten Köpfe huldigte ihm: Hobbes, Pufendorf, Leibniz, Thomasius sind von ihm ausgegangen, und in Wolf fand es seinen letzten bedeutenderen Ausläufer und seine letzte, allerdings bereits sehr seichte und versandete Gestaltung[2]. In der Tat war dieses Naturrecht nichts anderes, als ein mehr oder minder zurechtgestutztes Zivilrecht von damals, mit einigen Rechtswünschen verbrämt, und es ist nur erklärlich bei dem öden Stande der historischen Wissenschaft und bei der ungeheuren Unkenntnis des Rechtslebens der verschiedenen Zeiten und Völker.

§ 2. Rechtsphilosophie und Rechtspostulate.

Die Zerstörung des Naturrechts war die große Tat Savignys und Hegels; namentlich hat die Entwicklungstheorie des letzteren, welche, im Gegensatz zu dem stets Gleichbleibenden, ein ständig Wechselndes und sich Entwickelndes annahm, von selber einem jeden Naturrecht, d. h. jedem ewigen Vernunftrecht, den Krieg erklärt. Noch wichtiger aber waren die Ergebnisse der vergleichenden Rechtswissenschaft, denn diese zeigte uns eine ungeheure Rechtsentwicklung, von der man früher keine Ahnung hatte; sie zeigte rechtliche

---

regulari oportet Scythas, qui, extra septimum clima viventes et magnam dierum et noctium inaequalitatem patientes, intolerabili quasi algore frigoris premuntur: et aliter Garamantes, qui, sub aequinoctiali habitantes et coaequatam semper lucem diurnam noctis tenebris habentes, ob aestus aëris nimietatem vestimentis operiri non possunt. Dazu die alsbald zu erwähnende Stelle aus dem Paradiso. Damit war eine Höhe der Betrachtung gewonnen, der gegenüber das Naturrecht bis zu Hegels Zeit lediglich einen Rückschritt bedeutet. Über das thomistische Naturrecht vgl. auch Haring, Recht- und Gesetzesbegriff in der katholischen Ethik S. 30 f.

[1] Allerdings nicht ohne wesentliche Bekämpfung, namentlich von theologischer Seite, welche das System Groots als impium ac absurdum bezeichnete, so Valentin Alberti. Der bedeutendste Gegner, der bereits historischen Sinn zeigt, ist John Selden, de jure naturali et gentium juxta disciplinam Ebraeorum (1640). Über ihn treffend Sternberg, Z. f. vgl. Rechtsw. XIII S. 365 f. Über einige weitere Gegner vgl. Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie S. 163 f.

[2] Die wichtigsten Naturlehrer sind: Johann Oldenborp 1480—1567; Johann Bodinus 1530—1596; Johann Althusius 1557—1638; Hugo Grotius 1583—1645 (De jure belli et pacis 1625); Thomas Hobbes 1588—1679 (De cive, Leviathan); Samuel Pufendorf 1632—1694 (De jure naturae et gentium, de officio hominis et civis, Monzambano); Spinoza 1632—1677 (Tractatus theologico-politicus 1670, tractatus politicus 1677); Locke 1632—1704 (Two treatises of government 1689); Leibniz 1646—1716; Thomasius 1655-1738; Wolf 1679—1754 (Jus naturae 1740). Dazu noch eine Reihe von Rechtsphilosophen des 19. Jahrh., wie Zachariä, Bauer, Schilling, v. Rotteck, welche mehr oder minder der Vergessenheit anheimgefallen sind und dies auch verdienen.

Einrichtungen, die den unsrigen spornstreichs widersprachen; sie zeigte Bildungen, die von der unsrigen ebenso abweichen wie etwa die Formen der Bantusprache vom Griechischen. Die Annahme, daß alles dieses Recht nichts gewesen sei als lächerliche Verirrung, erwies sich als so ungeschichtlich und ethnographisch verkehrt, daß darüber eine weitere Erörterung gar nicht mehr möglich war, ebenso verkehrt als wenn man die Sprache der Rothäute als ein zusammenhangloses Gemisch erklären wollte, während es doch sicher ist, daß sie eine Sprache von der größten Feinheit und der scharfsinnigsten Gestaltung darstellt. Mithin mußte man zu der Überzeugung kommen, wie verschieden das Recht ist und sein muß, und daß keine Gestaltung des Rechts ewige Dauer beanspruchen kann.

Man möchte allerdings fragen, ob nicht der gesamten Rechtsentwicklung doch wenigstens einige einheitliche Rechtsgrundsätze zu unterstellen seien, und ob nicht insbesondere gewisse Sätze der Rechtspolitik für alle Entwicklungsperioden gleichheitliche Geltung beanspruchen können. Man spricht insbesondere viel von den Wertschätzungen der Gerechtigkeit und namentlich auch davon, daß Gleiches gleich behandelt werden müsse und die Rechtsordnung nicht eine Ausscheidung unter den Gleichwürdigen vornehmen dürfe, wodurch der eine bevorzugt und der andere zurückgesetzt werde; es sind dies die bekannten Grundsätze der nikomachischen Ethik.

Doch handelt es sich hier überhaupt nur um Schablonen, die erst durch die Anforderungen der betreffenden Kulturperiode ausgefüllt werden können. Eine jede Kulturperiode hat für sich zu entscheiden, wer würdig und unwürdig, wer schuldig und wer unschuldig, wer gleich- und wer verschiedenwertig ist. Im ganzen laufen daher alle diese allgemeinen Vorschriften auf den Gedanken aus: das Recht soll sich entwickeln nach Maßgabe der Kulturperiode und nach den Anforderungen einer jeden Kulturstufe; diese aber verlangt natürlich, daß demjenigen das Recht wird, dem die jeweilige Kultur das Recht zuweist, und sie verlangt, daß die Gleichwertigkeit durch Gleichberechtigung, die Verschiedenwertigkeit durch verschiedene Berechtigung ausgedrückt werde. Eine Kulturperiode kann z. B. von dem Gedanken ausgehen, daß verschiedene Menschenklassen eine verschiedene Stellung einnehmen und eine verschiedene Betätigung im staatlichen Leben zu vollziehen haben, wie z. B. die höheren und niederen Kasten der Hindus oder der Adel bei morgen- wie abendländischen Völkern; eine Kultur kann ferner verlangen, daß die Träger religiöser Ämter eine besondere Berücksichtigung finden und eine gewisse Ausnahmestellung einnehmen; eine Kulturperiode kann wiederum In- und Ausländer sehr verschieden behandeln, den Ausländer sogar ganz rechtlos gestalten; eine Kulturperiode kann den Einzelnen verantwortlich machen für seine Familie und die Familie für den Einzelnen; sie kann bestimmen, daß auch schuldlose Verletzung zur Strafe führt; und derartige Bestimmungen sind ebensowenig von der rechtlichen Betrachtung zurückzuweisen als z. B. der Satz unseres Rechts, daß, wenn der fremde Staat uns Anlaß zum Kriege gibt, wir berechtigt sind, seine Heere zu dezimieren und seine Soldaten totzuschießen, soweit es die Zwecke unserer Kriegführung erheischen. Von einer Einheitlichkeit des Grundprinzips ist daher keine Rede; denn das Prinzip, daß jede Kulturordnung das ihr würdig Erscheinende würdig, das andere unwürdig und unwert behandeln solle, will nichts anderes besagen, als daß jede Kulturordnung eben eine Kulturordnung ist, womit nichts weiteres gewonnen ist.

Ein Gesichtspunkt könnte allgemeine Bedeutung beanspruchen: der Gesichtspunkt der Heiligkeit und der Würdigkeit der Arbeit; aber auch hier handelt es sich bloß um eine Schablone, die erst die betreffende Kultur wieder ausführen wird; denn Arbeiten, für die wir gar kein Verständnis haben, etwa abergläubische Verrichtungen 2c., galten einer Kulturperiode für bedeutend und verdienstvoll, während anderseits unsere wirtschaftliche und Handelstätigkeit von gewissen Völkern nur als eine ganz untergeordnete und die künstlerische Produktion vielfach sogar als eine des freien Mannes unwürdige betrachtet wird. Auch hier kann der Satz nur lauten: die Arbeit soll die nach der Schätzung der Kulturperiode ihr zukommende Behandlung im Rechte finden. Auch hierin also ist alles relativ, und man kann nur davon sprechen: 1. das Recht einer Kulturperiode betrachtet die Sachen so und so, und 2. die Kulturperiode stimmt einem Rechte zu oder nicht und verlangt daher möglicherweise eine Änderung.

Auch nach dieser Seite ist das Naturrecht überwunden, und es haben die Grundsätze der aristotelischen Ethik heutzutage keine Allgemeinbedeutung mehr, so viel Tüchtiges sie auch sonst enthalten.

§ 3. Recht als Kulturerscheinung.

Wenn auf solche Weise das Naturrecht beseitigt ist, so darf man doch nicht etwa das Recht als etwas Äußerliches und als ein aller rationellen Gründe bares Gebilde betrachten, das sich nur zufällig so und nicht anders gestaltet. Das ist der größte Irrtum, in den manche Bekämpfer des Naturrechts geraten sind. Sie kamen zu einem Positivismus, welcher überhaupt jedes Nachdenken über das geltende Recht verbot und dem Juristen sogar die Befugnis bestritt, sich über das Recht und seine Fortschritte zu äußern und eine Wertschätzung der positiven Rechtsordnung vorzunehmen; mit anderen Worten: man wollte nicht nur das Naturrecht, sondern die Rechtsphilosophie und die Rechtspolitik ausrotten; man tat dies deshalb, weil man die Aufgabe der Rechtsphilosophie und der Rechtspolitik nicht richtig auffaßte. Wenn auch das Recht ein ständig Wechselndes und sich Entwickelndes ist, so ist es doch nichts Äußerliches und Zufälliges, sondern es ruht mit seinem innigsten Gefaser in den Wurzeln der Volksseele und entspricht dem kulturentwickelnden Drange, der das Volk durchzieht, das Volk, seien es alle Mitglieder, seien es einige hervorragende, weitschauende Geister. Von diesem Standpunkt läßt natürlich das Recht eine Wertschätzung zu; es ist zu schätzen nach der Art und Weise, wie es der Kultur und dem Kulturbedürfnis des Volkes nachkommt; aus Kultur und Kulturbedürfnis entnehmen wir das Ideal, dem das Recht einer bestimmten Zeit möglichst genügen soll[1].

Der Positivismus hat nur insofern recht, als Richter und Jurist zunächst im großen und ganzen an das gegebene Recht gebunden sind und mit ihm zu wirken haben[2]. Allein des Juristen harren noch andere Aufgaben: er soll nachdenken über die Bedeutung des Rechts in der Entwicklung; er soll den geschichtlichen Werdegang des Rechts kennen lernen; er soll aber auch an der Fortbildung des Rechts arbeiten. Der Positivismus bricht von selber entzwei, wenn man das Problem des Gesetzgebers ins Auge faßt. Wäre ein Recht wie das andere, so brauchte man überhaupt keine gesetzgeberische Beratung, sondern es genügte, die verschiedenen rechtlichen Möglichkeiten in einen Lostopf zu werfen und das eine oder andere herauszugreifen; so weit führt der Positivismus, überhaupt eine jede Rechtsgestaltung, die sich von der Rechtsphilosophie abwendet!

Das Recht baut sich also auf auf der Grundlage der Kultur; aber es ist, wie jedes Kulturelement, ein Januskopf; indem es aus der vergangenen Kultur stammt, hilft es, einer künftigen Kultur den Boden zu bereiten; hervorgegangen aus der Vernünftigkeit einer bestimmten Periode, dient es dem Fortschritt der Kultur und arbeitet damit an der Schöpfung einer neuen Kultur, an der Zerstörung seiner eigenen. Jedes Recht ist ein Oedipus, der seinen Vater tötet und mit seiner Mutter ein neues Geschlecht erzeugt.

§ 4. Rechtsphilosophie und Entwicklungslehre.

Die Rechtsphilosophie muß daher das Recht als ein stets sich wandelndes und fortschreitendes ansehen, und darlegen, wie es, in der Kultur ruhend, eine alte Kultur vertritt und zugleich einer neuen Kultur die Wege bahnt. Darum muß die Rechtsphilosophie auf dem Boden der Entwicklungslehre stehen; jede der Entwicklungs-

[1] Das unterscheidet die historische Rechtsanschauung von der der Sophisten. Wir wollen nicht das Werturteil über das Recht aufheben; wir wollen es aber in die richtige Bahn lenken.

[2] Die Frage, ob der Richter nicht auch die Vernünftigkeit des positiven Rechts zu prüfen und es daher möglicherweise für unanwendbar zu erklären hat, wird heutzutage nicht mehr aufgeworfen; im Mittelalter wurde sie vielfach bejaht. Unhaltbares in positivistischer Richtung bei Bergbohm S. 109 f. und völlig Verkehrtes über das werdende Recht S. 432. Der von ihm getadelte Dualismus im Recht ist von jeher die Quelle des Fortschrittes gewesen.

geschichte abgekehrte Rechtsphilosophie ist verfehlt. Sie muß ebendarum auf dem Boden einer Gesamtphilosophie stehen, denn niemand wird die Bedeutung der Entwicklung der Menschheit, ja den Begriff der Entwicklung überhaupt auch nur ahnen können, wenn er von dem Weltganzen und der Bedeutung desselben keine Vorstellung hat. Allerdings ist eine Rechtsphilosophie nur auf dem Boden einer Idealphilosophie möglich; sie ist nicht möglich auf dem Boden der positivistischen Philosophie, welche, auf kantischen Irrtümern beruhend, annimmt, daß es uns überhaupt nicht gegeben sei, über die Welterscheinungen hinauszublicken[1]. Sie ist nicht möglich auf dem Boden des Materialismus, welcher überhaupt etwas über der Welt der Erscheinungen Schwebendes nicht anerkennt.

Eine Philosophie, auf die sich das Recht stützen könnte, liegt nur vor, wenn man durch die Erscheinungen auf etwas Tieferes dringt; auch die Erkenntnistheorie ist nur insofern Philosophie, als sie uns auf die weitere Philosophie, die Metaphysik, vorbereitet. Wer in der, mehr oder minder den äußeren Eindrücken entsprechenden, Welt der Erscheinungen das Letzte findet, mag sich damit begnügen, daß es unsere Sache sei, die Welt der Erscheinungen als Erscheinungswelt zu erkennen, zu beschreiben und so weit zu erklären, als in ihr gewisse äußere Regelmäßigkeiten obwalten — dies ist aber keine Philosophie und kann darum auch keine Rechtsphilosophie in unserem Sinne sein.

Man hat dem entgegengehalten, daß ein Hinausgehen über die Welt der Erscheinungen nicht dem Wissen, sondern dem Glauben angehöre; das ist unrichtig. Der Glaube zeigt in Phantasie und Bild, was uns die Philosophie in der Wirklichkeit bieten soll; der Glaube sucht ahnend im Gefühl zu erfassen, was wir mit scharfem Verstande der Betrachtung des Weltalls entnehmen; denn wie der Ästhetiker den Eindruck des Bildes zergliedert und uns zeigt, worin seine Bedeutung und der Zauber und Glanz der Darstellung beruht, während der sinnige Betrachter im augenblicklichen Erfassen den ästhetischen Eindruck empfängt, so ist es mit der Philosophie, die das Unendliche zu erkennen strebt, während der Glaube es in ahnungsvollem Schauer empfindet. Es wäre völlig unrichtig, wollte man den Ästhetiker beiseite schieben, weil es sich hier um Empfindung, nicht um wissenschaftliche Erkenntnis handelte; und ganz ebenso verhält es sich mit der Beziehung zwischen Religion und Philosophie.

§ 5. Rechtsphilosophie und Philosophie.

Alle philosophischen Systeme, welche tiefer zu dringen suchen, gehen entweder von dem Prinzip des Monismus oder des Dualismus aus, indem sie die letzte Einheit, die Gottheit, entweder in oder außer der Welt suchen. Der Monismus wird zum Pantheismus, wenn er in der Welt ein ständiges Weben der Gottheit erblickt, ebenso wie etwa eine Strahlung im All, die von einem leuchtenden Punkte ausgeht. Im Gegensatze hierzu sucht der Dualismus eine Gottheit außer der Welt, und diese soll in der einen oder der anderen Weise zur Welt in Gegensatz treten. Die Vermittlung sucht man in der Schöpfung, in dem Gestalten aus dem Nichts, das in eine bestimmte Periode des Weltalls zurückversetzt wird.

Indes sind beide Systeme nicht so sehr voneinander geschieden, daß sie nicht ihre Berührungspunkte hätten; und insbesondere kann der Dualismus sich leicht dahin umwandeln, die Schöpfung nicht als etwas Einmaliges, sondern als fortdauernde Einwirkung der Gottheit anzusehen. Ist aber dies der Fall, so ist die Brücke zum Pantheismus geschlagen.

Ich halte den Pantheismus, wie er in der reinsten und geistreichsten Form, in der Vedântaphilosphie der Hindus, entwickelt worden ist, insbesondere in der Form, die von dem Kommentator Çankara herrührt[2], und wie er in spezieller, voneinander

[1] Darüber gibt es eine massenhafte Literatur, die ich als unergiebig beiseite lasse. Ich verweise wegen der Einzelheiten auf Dallari, Nuovi fondamenti della filosofia del diritto p. 11 f.

[2] Der bahnbrechende Kommentar Çankaras zu den Sûtras des Vedânta ist übersetzt von Deussen (1887); ferner von Thibaut in den Sacred Books of the East, Vol. XXXIV und XXXVIII. Störend für uns ist nur der übermäßige Idealismus, der bis zu einer Scheinnatur der

abweichender, aber doch innerlich wesensgleicher Art von Plato, Hegel, Schopenhauer, E. von Hartmann gestaltet worden ist, für die bedeutungsvollste und wahrscheinlichste Art der Erkenntnis. Hiernach ist das All eine Erscheinungsform, die zuletzt im menschlichen Wesen anklingt und im menschlichen Denken die höchste Verklärung findet. Von diesem pantheistischen System aus läßt sich die Geschichte am richtigsten erklären. Dabei sind allerdings zwei Anschauungen möglich: entweder betrachtet man die Zeit als etwas auch nicht in der Erscheinung, sondern bloß im Sinnenschein Enthaltenes, als eine Täuschung unseres Bewußtseins (wozu auch Çankara neigt), oder man nimmt die Zeit als etwas Wirkliches, in der Erscheinung Waltendes an, so daß die zeitliche Entwicklung Wesenheit und nicht bloß eine täuschende Phantasie unseres Geistes sei, von der wir nicht wüßten, welche Wirklichkeit ihr zu Grunde liege. Ich betrachte die Gründe, welche früher Çankara, später Kant für die Idealität der Zeit beigebracht haben, in keiner Weise für durchschlagend, und insbesondere der Umstand, daß wir alles in Raum und Zeit denken, hat seinen Grund wesentlich darin, daß wir, stets von Raum und Zeit umgeben, stets räumliche und zeitliche Bilder aufnehmend, in unserer Phantasie auch nur Räumliches und Zeitliches schaffen können[1]. Daß wir uns aber darüber erheben können in unserem Verstande, indem wir von der Zeit absehen und uns etwas Unendliches denken, ist sicher. Dies schließt nicht aus, daß hinter der Welt der Erscheinungen ein raum- und zeitloses Wirkliches ist, welches die Erscheinungen in sich faßt, so daß diese nichts anderes als Betätigungen seines wirkenden Wesens sind; auf diese Weise wird die Erscheinung stets vom Allwesen durchdrungen, und die ganze Folge der Erscheinungen zeigt eine Entwicklung, die dem Streben des Allwesens gemäß ist. Wenn wir auf solche Art den Menschen als Welterscheinung denken, so ist sein Wirken ein Wirken innerhalb des Allwesens, und die Kultur ist nichts anderes als ein ständiges Einströmen göttlicher Herrlichkeit mit dem Zwecke, die göttlichen Bestrebungen zu verwirklichen. Auf diese Weise gewinnt die Kultur einen bedeutungsvollen Hintergrund, sie wird metaphysisch vertieft, und was wir hier erkennen, führen wir zurück auf das Allwesen und sein Wirken. Daß wir die Wirksamkeit des Allwesens nicht als ein blindes Zufallswirken, sondern als ein zweckentsprechendes teleologisches Wirken betrachten, versteht sich hiernach von selbst. Nur auf solchem Wege gewinnt die Geschichte Bedeutung und Sinn: sie ist nicht mehr eine Folge von Begebenheiten, sondern eine stetige Frucht göttlichen Wirkens, sie ist eine Äußerung göttlicher Vernunft.

Wie Hegel und wie Heraklit nehmen wir einen ständigen Fluß der Dinge an; aber wir vermeiden die besondere Auffassung Hegels, der hier überall die Denkkategorien anwenden will und auf solche Weise die Geschichte vermenschlicht. Die Bewegung des Weltwesens vollzieht sich in anderer Weise, als durch dialektische Gedankenentwicklung; sie zeigt eine ungeheure Mannigfaltigkeit in der Einheit und eine Tiefe, an die die Kategorien des menschlichen Denkens nicht heranreichen.

Nach unserer Auffassung wird ein Moment in der Geschichte besonders hervortreten: die Menschheit wird ohne ihren Willen und Wissen auf gewisse Entwicklungsformen geleitet werden; in der Vielheit der Einzelnen liegt eine Fülle gleichheitlicher Entwicklungskeime, die ohne das Bewußtsein der Einzelnen sich entfalten und immer neue Gestalten schaffen. So ist die Ehe, so ist die Familie, so ist das Eigentum geworden, so ist die Sittlichkeit entstanden, ohne daß die Einzelnen, die an der Entwicklung beteiligt waren, auch nur eine Ahnung hatten, wonach die Entwicklung hinstrebte, und was sie erzielte.

Daß ein solcher Hintergrund hinter der Welt der Erscheinungen steht, ist, wie bereits bemerkt, nicht bloß Sache des Glaubens, sondern auch des zergliedernden Denkens.

Welt führt, so daß nur das Brahma existiere. Realistischer ist die Sânkhyaphilosophie, die gleichfalls zu berücksichtigen ist. Vgl. Garbe, Die Sânkhyaphilosophie (1894), namentlich S. 201 f. Über die von Çankara etwas abweichende Vedântaauffassung des Râmânuja vgl. die ausführliche Darstellung von Thibaut a. a. O. XXXIV, S. XXVII f.

[1] Vgl. insbesondere Eduard von Hartmann, Kritische Grundlegung des transcendentalen Realismus S. 118 f.

Schon eine Reihe von Erscheinungen des menschlichen Lebens läßt sich nicht ohne Herbeiziehung der Unendlichkeit denken; insbesondere der Begriff der Schuld und der damit zusammenhängende Begriff der Willensfreiheit ist auf dem Standpunkt einer materialistischen oder positivistischen Philosophie nicht zu konstruieren; man hat ja gar Wille und Schuld beiseite zu schieben und sie ins Reich des Glaubens oder der Dichtung zu verweisen versucht, weil man sie auf positivistische Weise nicht zu erklären vermochte! Noch viel weniger sind die Erscheinungen der organischen Welt und der Geschichte mit ihrer wunderbaren Zweckmäßigkeit zu verstehen, wenn man nicht ein nach bestimmten Zielen hin wirkendes Wesen zu Grunde legt, dem die Welt der Erscheinungen dient, und in dem und aus dem heraus die Welterscheinung zu ihrem Ausdruck kommt.

Diese philosophische Auffassung gibt uns allein den Begriff der Entwicklung[1]. Nimmt man an, daß nicht nur im einzelnen Menschenwesen, sondern auch in der Menschheit oder mindestens im Volk eine Entwicklung ist, so muß man sagen: die ganze Geschichte vollzieht sich nicht so, daß äußerlich das eine auf das andere folgt, sondern so, daß die Ergebnisse der einen Kulturperiode aus dem Stande der früheren Zeit hervorgehen und nur als die Ausläufer und weitere Folgerung der darin enthaltenen Gedanken zu betrachten sind. Es müssen also im Volk, es müssen in der Menschheit Entwicklungskeime vorhanden sein, die mit der Zeit aufgehen; und es ist unsere Aufgabe, nicht etwa in der Geschichte die Tatsachen und Zeitlagen aneinander zu reihen, sondern auch darzulegen, wie das Spätere schon in dem Früheren im Keime vorhanden war und nur die Entfaltung dieses Keims, dieser ursprünglichen Anlage darstellt. Das führt uns aber vollständig auf den pantheistischen Gedanken, daß die Welt nichts anderes als die ständige Ausstrahlung des göttlichen Wesens ist, so daß, was sich in der Zeit entfaltet, bereits in dem erst tätigen Wirken der Gottheit, oder sozusagen in der Gottheit selber enthalten ist. Wer diese Philosophie nicht annimmt, möge mit Schopenhauer die Geschichte als ein Wissen, aber nicht als eine Wissenschaft behandeln.

Können wir auf solche Weise über die Welt der Sinne hinaus das Übersinnliche beweisen, so sind wir im Bereich der Wissenschaft und nicht des Glaubens; es ist ebenso, wie die Astronomie nicht nur mit den Gestirnen zu tun hat, die wir sehen, sondern auch mit denen, die wir nur berechnen und aus der Störung anderer erkennen und in ihren Bahnen verfolgen können. Von der sinnlichen Erscheinung muß die Wissenschaft ausgehen; daß sie aber bei der sinnlichen Erscheinung stehen bleiben und nicht darüber hinaus auf das Übersinnliche greifen dürfe, das ist der Fehler, an dem eine Reihe moderner Systeme krankt.

§ 6. Moderne Ziele der Rechtsphilosophie.

Nach dieser philosophischen Grundlegung wird die Aufgabe der Rechtsphilosophie klar hervortreten: wir haben die Ergebnisse der Rechtsgeschichte in Verbindung zu setzen mit der ganzen Kulturgeschichte, wir müssen die Bedeutung der Kulturgeschichte im Weltall zu erkennen suchen, und wir haben zu erforschen, welche Wirksamkeit einer jeden rechtlichen Einrichtung und ihrer Geschichte in der Entwicklung der Kultur und damit in der Entwicklung des Weltalls zukommt. Nur auf solche Weise ist überhaupt eine Rechtsphilosophie in unserem Sinne möglich. Keine Rechtsphilosophie in unserem Sinne ist es, wenn man lediglich die Bestrebungen und Zielpunkte unserer heutigen Entwicklung ins Auge faßt und danach bemessen will, wie wir unser heutiges Recht gestalten sollen; das ist, wie noch zu zeigen, Sache der Rechtspolitik: es führt uns höchstens zur Erkenntnis einer bestimmten Kulturstufe, es führt nicht zum Einblick in die Bedeutung des Rechts in der Geschichte des Weltalls[2].

---

[1] Seine Erkenntnis durch Hegel ist eine der größten Errungenschaften des vorigen Jahrhunderts.

[2] Zu eng wird die Aufgabe der Rechtsphilosophie von vielen gefaßt, die eine ernstliche Anknüpfung an eine Philosophie ablehnen und lediglich die Rechtsinstitute in ihrer Bedeutung für die Gegenwart mit einer mehr oder minder organischen Anknüpfung an geschichtliche Erscheinungen

Noch weniger können wir als Rechtsphilosophie die Behandlung erachten, welche dahin geht, alles Recht aus gewissen Nützlichkeits- und Zweckbestrebungen zu entwickeln. Sofern diese Richtung mit der vorigen zusammenfällt, indem sie einfach die heutigen Zwecke und Ziele und, damit verbunden, die heutigen Rechtseinrichtungen betrachtet, gilt das vorhin Gesagte. Soweit aber damit eine Entwicklung des Rechts überhaupt gegeben werden soll, ist sie entweder nichtssagend oder grundirrig. Betrachtet man nämlich das Zweckbestreben als ein Bestreben nach Maßgabe der göttlichen Weltentwicklung, so ist mit dem Zweck im Recht so lange nichts gesagt, als nicht die Weltentwicklung und ihre Zwecke klargelegt oder doch wenigstens angedeutet sind. Betrachtet man aber die Zwecke und Ziele lediglich als Glücklichkeitszwecke des oder der Menschen, nimmt man an, daß nur das Streben nach dem Glücke, — nur der Egoismus des Einzelnen, der sich immer das Beste sucht, oder der vereinbarte Egoismus mehrerer, der das Beste der Mehreren sucht, um das Glück der Einzelnen zu begründen —, der berechtigte Bildner der Rechtsordnung sei, so geht die philosophierende Zwecklehre über in einen öden Eudämonismus, der von der ebenso grundirrigen wie seichten Voraussetzung beherrscht wird, daß das möglichste Glück das Ziel alles menschlichen Bestrebens sei. Das ist grundirrig, denn schließlich wird, alles in allem genommen, der unentwickelte, nur im Äußeren lebende Mensch, der einen sehr geringen Gesichtskreis hat, vom eudämonistischen Standpunkt aus als der Mensch mit größtem Glücke bezeichnet werden können, nicht der Mensch, der ahnungsvoll faustisch strebt und ringt; der Erfinder der sterilisierten Milch ist hiernach ein größerer Mann, als Homer und Goethe, und die Einrichtung der Volksküchen ist eine größere Tat, als die Schöpfung des Tristan! Und wollte man dies auf die ganze Menschheit anwenden und sagen, daß diejenige Nation, die das meiste Glück in sich trug, die bedeutendste war, so wird man der Kultur ins Gesicht schlagen; denn gewiß hat die Zeit, die die größten Denker, Dichter, Maler, Musiker und Bildhauer hervorbrachte, nicht etwa den Stempel des größten Glückes an sich getragen; weder das perikleische Zeitalter noch das Quattrocento, noch die Zeit Raffaels ist die glücklichste gewesen. Das aber drängt sich sofort auch dem minder tiefen Denken als unvermeidliche Wahrheit auf, daß die Nation, welche in den Ergebnissen ihrer Kultur das Größte schafft, die bedeutendste ist und am meisten den Zwecken des Weltwesens entspricht, nicht diejenige, in welcher der Philister seine glücklichsten Tage verlebt.

§ 7. Hegel und die Späteren.

Die Rechtsphilosophie als Wissenschaft begründet zu haben, nach Überwindung der Scholastik und des Naturrechts, ist die unsterbliche Tat Hegels; er war seit den Zeiten der Scholastik der erste, der das Recht wieder mit der Weltentwicklung in Verbindung brachte und ihm dadurch einen neuen, unendlichen Hintergrund gab. Diese Tat ist um so erstaunlicher, wenn wir die Vorgänger betrachten und namentlich auch Kant. Kant war natürlich infolge seines Kritizismus metaphysisch haltlos, und seine Weltanschauung gab ihm keine Grundlage, weder für Moral noch für Recht. Er konnte sich deshalb nur ein dürftiges Nest für seine Rechtsphilosophie bauen aus dem Überrest naturrechtlicher, individualistischer Anschauungen, so daß er zu dem Satze geriet: „Eine jede Handlung ist recht, die oder nach deren Maxime die Freiheit der Willkür eines jeden mit jedermanns Freiheit nach einem allgemeinen Gesetze zusammen bestehen kann."

Wesentlich ist also, daß möglichst die Willkür eines jeden gewahrt wird, und die gegenseitige Willensbeschränkung ist das Recht, — eine unwürdige Ansicht, die noch überboten wird durch seine empörende Darstellung von der Ehe, die darauf abziele, daß der eine Ehegatte dem anderen seine Geschlechtsorgane und damit seinen ganzen Körper gewissermaßen sachlich überantworte. (Rechtslehre, Einleitung § C; I, 2, § 25.)

Hegel dagegen kann auf die großen Ergebnisse der Identitätsphilosophie bauen; ihm ist die Weltentwicklung das Ewige, und aus dieser Entwicklung entspringt das Recht.

---

erörtern; vgl. z. B. Lingg in Grünhuts Z. XVIII S. 42 u. a., deren Erwähnung mir erspart bleiben kann.

Er konstruiert das Recht als die Idee der Freiheit und knüpft damit an seine ganze metaphysische Weltanschauung an; denn wenn der Weltgedanke sich durch Freiheit, d. h. durch freie Einzelwesen, zu Tage ringt, so kann er dies nur tun in der Art des Rechts: das Recht ist also die Art und Weise, wie das große Allgemeine sich durch freie Einzelwesen seine Entwicklung schafft, und damit ist von selbst gegeben, daß das Recht ein Ausfluß des Weltwesens ist, in dem wir alle sind und weben; es ist also der große Pantheismus Hegels, vergleichbar dem indischen Pantheismus, der in seinem Rechtssystem waltet.

Die großen Ideen Hegels allerdings gingen auf ein kleines Geschlecht über; denn geradezu verwunderlich ist es, wenn schwache Nachfolger, z. B. Röder (Grundzüge des Naturrechts, 2. Aufl. I, S. 261), sich an diesen Sätzen verkünsteln, vergleichbar einem Lahmen, der sich einen Berg hinauf zwingen möchte. Er meint, die sittliche Freiheit sei, wenngleich ein Gut des Lebens, weder das ganze Gute noch das Recht selbst; sie sei nur die Form, nicht der Inhalt des vernunftgemäßen Lebens, und was derartige Bemerkungen mehr sind. Der großartige Pantheismus Hegels und die Bedeutung, welche die Idee und der Kultus der Freiheit in der Gestalt der Rechtsordnung in diesem Pantheismus hat, ist diesen Nachfolgern verborgen geblieben [1].

Und der große Satz: was wirklich ist, ist auch vernünftig, den Hegel in der Einleitung zu seiner Philosophie des Rechts S. 17 ausspricht, dieser vielgeschmähte, vielverlästerte Satz, den manche als das Wahrzeichen des Quietismus oder der Staatsversumpfung dargestellt haben, ist der Eckstein der Weltgeschichte; denn alles Wirkliche erfüllt in der Entwicklung seine Aufgabe und arbeitet an der Fortsetzung des Weltprozesses, und mag es auch die Tat des Teufels sein. Dieser Satz ist entwicklungsgeschichtlich so selbstverständlich, daß die Verkennung desselben kein günstiges Zeichen für die philosophische Einsicht der Menschheit gibt, und Röder I S. 39 nimmt sich sogar heraus, hier von einer „dreisten Behauptung" Hegels zu sprechen! Allerdings habe auch ich eine mißverständliche Behandlung zu erfahren gehabt, als ich in meinem „Shakespeare" die Behauptung aufstellte, daß der Fortschritt der Weltgeschichte auch durch das Unrecht hindurchgehe und der Schritt des Schicksals stets über Leichen wandle. Man hat mir vorgehalten, daß ich damit Gewalttätigkeiten, Autodafés und Judenverfolgungen gerechtfertigt hätte. Darauf noch ein Wort zu erwidern wäre überflüssig, — wir sind glücklicherweise über Jhering hinaus. Ebenso großartig ist Hegels Vorstellung über die Ehe (Philosophie des Rechts, § 161), welche zwei Momente enthalte, nämlich die Wirklichkeit der Gattung und deren Prozeß und sodann die Einheit der natürlichen Geschlechter, die in eine geistige Liebe umgewandelt werde.

Den Staat konstruiert er (§ 257) als die „Wirklichkeit der sittlichen Idee"; natürlich, denn er ist die Verwirklichung des in der Menschheit waltenden Strebens nach Kultur, nach weltgeschichtlicher Entwicklung.

Daß auch dieser Geist sich nicht immer treu geblieben ist, mag man bereitwillig anerkennen. In der Rechts- wie in der Religionsphilosophie ist es sein Fehler gewesen, daß er gewisse Einrichtungen und Stufen der Entwicklung, — die wir von unserem Standpunkt aus allerdings als Errungenschaften ersten Ranges, aber doch eben nur als geschichtliche Errungenschaften und Äußerungen des ständig flutenden Entwicklungstriebes annehmen müssen, — als absolut und als den Endpunkt der Entwicklung überhaupt darstellte, als ob das Buch Klios je zu Ende wäre und wir nicht noch viele Seiten der Entwicklung zu erwarten hätten. Es ist ebenso unrichtig, wenn er etwa die konstitutionelle Monarchie als die absolute Staatsform bezeichnete, wie wenn er die Entwicklung, welche die christlichen Ideen in einem bestimmten Zeitpunkt genommen hatten, als die absolute Religion erachtete. Beides mag nach unserer heutigen Auffassung der Glanzpunkt der Errungenschaften sein, aber wir dürfen immer nur von unserer heutigen Vorstellung, nicht von den Zeiten sprechen, die künftig sein werden, und über deren Entwicklung uns kein abschließendes Urteil zusteht.

Doch dies sind Beschränkungen, die Hegel eben noch vom Naturrecht ankleben, und die um so begreiflicher erscheinen, wenn man erwägt, wie gewaltig die naturrecht-

[1] Treffend hiergegen Lasson, System der Rechtsphilosophie S. 271.

liche Vorstellung damals alles umfaßte. Im übrigen hat die nachfolgende Zeit nichts Ähnliches aufzuweisen, wie die vom 25. Juni 1820 datierte „Philosophie des Rechts", und es ist geradezu erstaunlich, wie dieser große Pantheismus Hegels von Krause, Ahrens und Röder verseichtet wird. An Stelle der Universalität der Entwicklung, an Stelle der Weltbewegung, in welcher der Einzelne nur als Glied des Ganzen wirkt, tritt wieder der naturrechtliche Individualismus, und das Wesentliche des Rechts soll sein, zu bewirken, daß der Mensch, der einzelne Mensch, zu seiner vollen Entwicklung gelange. Am seltsamsten ist es, wenn dieser große Weltpantheismus in der Art verkannt wird, daß man (mit Ahrens) fürchtete, daß hierdurch die einzelne Persönlichkeit mit ihrem Adel und ihrer Freiheit zu Grunde ginge! Das kann nur befürchten, wer es nicht vermag, die Selbständigkeit des Einzelwesens mit seiner metaphysischen Zusammengehörigkeit zu dem großen Weltganzen zu vereinen; und wer dies nicht vermag, gibt damit von selber kund, daß er dem spekulativen Denken fernsteht.

Schopenhauer, der große Verdienste hat, sowohl um die Metaphysik als auch namentlich um die Morallehre, und der vor allem zuerst die indische Philosophie mit ihrer unendlichen Tiefe würdigte, hat die Rechtsphilosophie leider nur in einzelnen Punkten weitergebildet: wir finden da und dort Edelsteine einer klaren, tiefdringenden Anschauung und eines von der ewigen Sonne des Weltganzen beleuchteten Denkens, nirgends aber ein ausgebildetes System der Rechtsphilosophie oder auch nur den Ansatz dazu[1].

Auch Eduard von Hartmann, dem namentlich die Morallehre und ihre Begründung viel zu verdanken hat, hat das rechtsphilosophische System Hegels nicht weitergebildet.

Bedeutsam ist jedoch, auf Hegelschem Standpunkt stehend, (1882) Lassons „Rechtsphilosophie", die in verschiedenen Punkten wesentlich über den Herrn und Meister hinausgeht; allerdings kann ich nicht übereinstimmen mit der Überschätzung der nikomachischen Ethik (S. 58 f.); und was er über das Recht der Naturvölker sagt (S. 263), wird er wohl heutzutage selber nicht mehr aufrechterhalten; es stammt aus einer Zeit, wo die vergleichende Rechtswissenschaft sich noch im Stadium des spielenden Dilettantismus bewegte[2].

Die Stahlsche Rechtsphilosophie mit ihrer ständigen Schulmeisterung Hegels, mit ihrem abstoßendem, stets befangenen Charakter und ihrem Dunkelmännersinn (vgl. z. B. I S. 428, 458) lasse ich unerwähnt beiseite.

Die englischen Naturrechtler, wie Austin und Holland (Elements of Jurisprud. 2. Aufl. 1882), vertreten einen Stand der Betrachtung, über den wir uns längst erhoben haben. Auf Herbarts Mißfallen am Streit brauche ich wohl nicht einzugehen.

Es bleibt nur noch übrig, auf ein Werk hinzuweisen, das mit einer gewaltigen Absicht auftritt, als wolle es zuerst eine brauchbare Rechtsphilosophie aufstellen, als habe Hegel eigentlich noch gar nichts erreicht, und das doch selbst geradezu nichts leistet und zu keinem einzigen haltbaren Ergebnis gelangt: Jherings „Zweck im Recht", Bd. I und II. Dem Werk fehlt jede metaphysische Grundlage; es wird alles auf Sand gebaut: die Einzelwesen sind einmal da, die Gesellschaft ist einmal da, — was sich weiter um ihre philosophische Grundlegung kümmern? Was über Raum und Zeit philosophieren? In der Tat steht Jherings Metaphysik ungefähr auf dem Stande der Metaphysik eines friesischen Landpastors; gibt er doch selber zu, daß er s. Zt. sich nicht in die Hegelsche Denkweise hineingelebt hat (Vorrede I S. VIII).

Nicht die Kausalität, sondern der Zweck schaffe das Recht; das wird als eine große

---

[1] Vgl. Weigl, Die politischen und sozialen Anschauungen Schopenhauers (1899), namentlich S. 7 f. über die Rechtslehre; Damm, Schopenhauers Rechts- und Staatsphilosophie (1901), namentlich S. 20 f., 29 f. In der Staatslehre neigte er zum Vertragsstaat, im Strafrecht zur Abschreckungstheorie. Hervorragend aber und fruchtbar sind seine Äußerungen über die Ehre und über den Nachdruck. Vgl. auch Koch, Schopenhauers Abhandlung über die Freiheit des menschlichen Willens (1891), und Neumark, Freiheitslehre bei Kant und Schopenhauer (1896).

[2] Zu erwähnen ist auch noch Harms, Begriff, Formen und Grundlegung der Rechtsphilosophie (nachträglich 1889 herausgegeben).

Entdeckung ausgesprochen; in der Tat ist es nichts anderes als eine Verwässerung und Verseichtung der pantheistischen Entwicklungslehre; was sich auf dem höchsten philosophischen Gebiete von selber darlegt: die Entwicklung des Weltganzen mit seinem innewohnenden Zweckbestreben, das wird in die Sprache des philosophierenden Triviums umgesetzt. Das Zweckbestreben sei in jedem Einzelwesen natürlich zunächst ein egoistisches, aber es werde zur Sittlichkeit, wenn nicht der Egoismus des Einzelnen, sondern der Egoismus der Gesellschaft in Tätigkeit trete. Was sind das aber für Zwecke, für welche der Egoismus der Gesellschaft tätig ist? Zwecke des Wohlbefindens, des Glückes, erhabener Gesinnung? Dafür bekommen wir sehr schwankende Auskunft (II. S. 204); im übrigen sei die Wirksamkeit des Egoismus der Gesellschaft etwas Sekundäres, was erst im Laufe der Jahrhunderte eintrete und den Einzelnen sich untertan mache, — eine Ansicht, die den ersten Daten der Geschichte widerspricht; denn soweit wir zurückgreifen, finden wir in der Menschheit altruistische Beweggründe: die Kindesliebe und die Gastfreundschaft sind älter als das Eigentum, ja, die sozialen Triebe wiegen im Anfang weitaus vor, der Egoismus des Einzelnen entwickelt sich erst später[1]; und wenn manche noch gar gemeint haben, daß erst spätere Zeiten die Gastfreundschaft erfunden hätten, so zeugt dies von einem völligen Mißverständnis des Denkens und Treibens der Naturvölker; die ganze Betrachtungsweise krempelt die Geschichte um und verkehrt sie von Anfang zu Ende.

Ist es also mit dieser Herleitung der Sittlichkeit nichts, so sind auch die Betrachtungen über die Sitte ohne jede ethnologische Grundlegung, und darum dilettantisch und unbrauchbar. So wird II, S. 312 über die Herkunft der Trauerkleidung gehandelt ohne Ahnung, was das Trauergewand ursprünglich gewesen; daß es nämlich ursprünglich eine Vermummung war, um sich vor dem Geist des Verstorbenen zu schützen und sich ihm unkenntlich zu machen; wie denn überhaupt die ganze Flut religiöser Vorstellungen vom Totemismus bis zum Manitukult unverstanden und unberücksichtigt bleibt, als ob die Menschheit von jeher aus deichbauenden Friesenleuten bestanden hätte. Auf das posthume Werk, die „Vorgeschichte der Indoeuropäer" (1894), aus dem sich die ganze Plattheit des Standpunktes ergibt, gehe ich nicht ein, aus Schonung für den Verfasser, der das Buch selbst nicht mehr herausgegeben hat.

In der Tat, wenn man Hegels Rechtsphilosophie gelesen hat und herabsteigt zu den dürftigen Erzeugnissen eines Ahrens, Krause und Röder, so bekommt man das Gefühl, das einen beschleicht, wenn man einen vornehmen Palast der Rokokozeit verläßt, in dem die Reichtümer von Jahrhunderten aufgehäuft sind: allerdings die Möbel etwas fremdartig, manches altmodisch und verschossen, im großen ganzen aber behaglich, reich und anheimelnd; und wenn man sodann zu einer schlichten Bürgerfamilie kommt, wo die Hausfrau ohn' Ende die geschäftigen Hände regt und alles sich höchst anständig nach der Decke streckt. Geht man aber gar über zu Iherings „Zweck im Recht", so hat man das Gefühl einer Armenleutestube, der Boden mit Sand bestreut, die Fensterchen mit den dürftigsten Vorhängen versehen, soweit es die Genierlichkeit verlangt, und alles zusammengepaßt nach dem Nützlichen: die Kleider gewendet und die Trachten in einem Schnitt, der zeigt, daß man jede Viertelelle Tuch ängstlich zu sparen hat; Teppiche natürlich sind längst abgeschafft, denn sie taugen zu nichts und können höchstens den Lungen schaden. Ein so trostloses Ergebnis zeigt uns die Zeit nach Hegel; es ist, wie wenn aller Reichtum der Ideen, den die Geister vom 10. Jahrhundert an aufgehäuft, alle Ideen eines Abälard, eines Thomas, eines Spinoza durch einen schweren Zauber geholt und höchste Dürftigkeit und Not übrig geblieben wären. Diese ganze Rechtsphilosophie

[1] Treffend bemerkt Haas, Über den Einfluß der epikureischen Staats- und Rechtsphilosophie auf die Philosophie des 16. und 17. Jahrh. S. 114: „Nun ist es aber die hervorspringendste Eigentümlichkeit der Menschen niedriger Kulturstufe, daß ihre sozialen Gefühle der Primitivhorde gegenüber von so außerordentlicher Stärke sind, daß der Gedanke an persönlichen Vorteil gar nicht bei ihnen entsteht." Richtig, daran muß jede epikureische Moralanschauung scheitern. Über das Alter der altruistischen Triebe vgl. auch Stern, Krit. Grundlegung der Ethik S. 313 f. und die Allgemeinen Grundlagen der Ethik S. 8 f. Gegen den Eudämonismus auch neustens Stammler, Lehre von dem richtigen Rechte S. 191 f.

geht Hand in Hand mit der Verödung des ästhetischen Sinnes und mit dem niederen Stande der kunstgewerblichen Ideen, der die Zeit bis vor etwa zwei Jahrzehnten kennzeichnete.

Das 19. Jahrhundert wäre am Schlusse sehr klein, nachdem es so groß begonnen, wenn nicht der Schatten Hegels wieder auftauchte[1], und wenn nicht die Rechtsphilosophie in Verbindung mit der vergleichenden Rechtswissenschaft einen neuen Aufschwung zu nehmen begonnen hätte. Höchst erheiternd ist die Art und Weise, wie frühere Rechtsphilosophen sich über die Universalrechtsgeschichte äußerten, z. B. Krause (System der Rechtsphilosophie, S. 20), der die Universalrechtsgeschichte zurückweist, weil man ja doch nicht alle Rechte kennen könne, und weil es sich ja, ebenso wie bei der Geometrie, nur darum handle, ob die Form die richtige sei, nicht darum, in welcher Weise die Völker die Formen und Gesetze aufgefaßt hätten! Davon wird sofort zu sprechen sein.

§ 8. Rechtsphilosophie und Universalrechtsgeschichte.

Damit ist auch das Verhältnis zwischen der Rechtsphilosophie und der Universalrechtsgeschichte klar gelegt. Die Universalrechtsgeschichte hat zu zeigen, wie sich das Recht im Laufe der Geschichte entwickelt, und sie hat in Verbindung mit der Kulturgeschichte zu zeigen, welche Kulturfolgen mit dem Rechte verbunden waren, und wie durch das Recht das Kulturdasein eines Volkes bedingt und der Kulturfortschritt gefördert worden ist. Sind wir auf diesem Stande, dann wird die Rechtsphilosophie uns zu zeigen haben, welche Rolle die Rechtsordnung in der teleologischen Entwicklung des Weltprozesses gespielt hat, und welche Rolle sie unter den verschiedenen Kulturverhältnissen noch zu spielen hat; sie wird zu zeigen haben, zu welchen Zielen die Menschheit unter dem Schutze der Rechtsordnung gelangen soll, und wie auf solche Weise das Recht teilnimmt an der letzten Bestimmung der Weltgeschicke. Ohne Universalrechtsgeschichte gibt es ebensowenig eine zutreffende Rechtsphilosophie, als ohne Universalgeschichte eine Philosophie der Menschheit oder ohne Linguistik eine Philosophie der Sprache. Darum kann, was vor dem Aufkommen der Universalrechtsgeschichte geleistet worden ist, nur insofern den Charakter einer Rechtsphilosophie an sich tragen und Rechtsphilosophie heißen, als ein Philosoph wie Hegel durch intuitive Blicke in die Weltordnung einigermaßen das ersetzt hat, was ihm an positiven Kenntnissen fehlte. Auf der anderen Seite ist es eine völlig unrichtige Anschauung, anzunehmen, daß die heutige Zeit nicht die Zeit der Rechtsphilosophie sei; im Gegenteil: erst jetzt sind wir zur Rechtsphilosophie gereift, und erst jetzt können wir etwas leisten, was eine würdige Fortsetzung der großartigen Tat Hegels darstellt.

Aus dem Gesagten wird sich auch ergeben, wie unrecht diejenigen haben, welche glauben, daß für die Rechtsphilosophie das Studium der Universalrechtsgeschichte bedeutungslos sei, und es damit vergleichen, als ob wir unsere heutige Mathematik auf den Stand etwa der mathematischen Vorstellungen der Rothäute herabschrauben und die jahrtausendelange Entwicklung beiseitewerfen wollten[2]. Bei der Mathematik wie bei den Naturwissenschaften handelt es sich um etwas außerhalb des Menschen Gegebenes, das mehr oder minder gut erkannt wird; in dieser Beziehung natürlich werden wir bei den Naturvölkern niemals zur Lehre gehen. Das Recht aber ist, ebenso wie die Sprache, nichts außerhalb des Menschen Gegebenes, sondern ein im Menschen, durch den Menschen geschaffenes Erzeugnis. Wenn wir es daher, ähnlich wie Sprache und

---

[1] Ein günstiges Zeichen für das Wiedererwachen Hegelscher Ideen ist das Werk von Kuno Fischer: Hegels Leben, Werke und Lehre (1901) und speziell über seine Rechtsphilosophie I S. 270 f., 371 f., II S. 689 f, und das allgemeine Interesse, das es gefunden hat. Ich hebe dies um so freudiger hervor, je mehr ich anderseits betonen muß, daß ich in der Auffassung Hegelscher Ideen und in ihrer geschichtlichen Würdigung mannigfach von Fischer abweiche.

[2] Solches und Ähnliches hat das Naturrecht unzählige Male behauptet; vgl. z. B. Krause, System der Rechtsphilosophie S. 19.

Religion, als eine Erscheinung der jeweiligen Kulturwelt verfolgen und dabei die Verhältnisse der Rechtsentwicklung zur Kulturbildung darzustellen suchen, so sind wir vollkommen auf dem richtigen Wege, ebenso wie etwa der Paläontologe nicht bei der heutigen Erdbildung stehen bleibt, sondern auf frühere Zeiten zurückgreift und darlegt, wie aus dem Einfachen das Entwickeltere, aus dem Schwachen das Mächtige, aus dem Unvollkommenen das Vollkommnere entstanden ist. Wir betrachten eben das Recht nicht als die Widerspiegelung einer außerhalb des Menschen stehenden Erscheinung, die etwa bei den Naturvölkern getrübt, bei uns in leuchtender Form widerstrahlte, sondern wir betrachten das Recht als ein menschliches Erzeugnis, das in jedem Stadium, wo es sich uns zeigt, Interesse bietet, weil es uns den Menschen und die Entwicklung der Menschheit darlegt. Es darf daher nicht etwa der Fall in Parallele gesetzt werden, wenn wir Naturgesetze oder mathematische Regeln studieren wollen und wir etwa auf den Gedankengang der Naturvölker zurückgriffen (das wäre natürlich verkehrt); vielmehr ist der andere Fall in Parallele zu setzen, wenn wir etwa sehen wollen, wie der Menschengeist sich bisher zu den Größenmaßen und zu den Naturgesetzen verhalten hat, und wenn wir von diesem Standpunkte aus die Anschauungen der Naturvölker über die Natur und über die mathematischen Verhältnisse studieren; ein solches Studium wird natürlich von höchstem Interesse sein: es ist allerdings nicht ein Studium der Natur, es ist ein Studium des Menschen; und ebenso ist auch das Studium des Rechts ein Studium des Menschen, ein Studium einer der verschiedenen Schöpfungen des Menschengeistes, welche wir durch die verschiedenen Entwicklungsstufen hindurch zu verfolgen haben.

Erfreuliche Ansätze eines Wiederauflebens der Rechtsphilosophie auf universalgeschichtlicher Grundlage finden sich in den Schriften von Post, sowie bei Pulszky, Theory of law and civil society (1880), und in den Schriften von Vanni (Prime linee di un programma critico di sociologia 1888, Gli Studi di Sumner Maine 1892, La funzione pratica della filosofia del diritto 1894, Aufsätze in Rivista di Sociologia IV p. 1 u. a.), Dallari (Dei nuovi fondamenti della filosofia del diritto, 1896), Labriola (Concetto teorico della società civile 1901, Revisione critica delle più recenti teorie su le origini del diritto 1901), Trespioli (Coscienza sociale e giuridica, 1902). Über Schriften von mir s. unten S. 20.

§ 9. Rechtsphilosophie und Rechtspolitik.

Das Recht ist also eine Offenbarung des in der Menschheit waltenden vernünftigen Geistes und seines Kulturtriebes; es sorgt dafür, daß in der Menschheit ordnungsgemäße, erträgliche, kulturförderliche Kulturzustände herrschen, und dies immer nach Art der Organisation der Gesellschaft, nach Art der Denk- und Fühlweise der Menschheit, und namentlich mit Rücksicht auf die größere oder geringere Individualisation und Ablösung des Einzelnen von der Gesamtheit. In dieser Förderung liegt der erhabene Beruf des Rechts; und die Darlegung, wie die jeweiligen Rechtserfordernisse auftauchen, sich anschmiegend an die jeweiligen Zustände, und wie sich auf Grund dessen das Recht wechselt und vertauscht mit Rücksicht auf die Entwicklungsformen der Gesellschaft, und wie alles dieses in Verbindung steht mit dem Zusammensein der Menschheit und dem Weltganzen, bildet, wie bereits bemerkt, die reizvolle Aufgabe der Rechtsphilosophie.

Daher ist die Rechtsphilosophie nicht identisch mit der Rechtspolitik; diese hat die Aufgabe, darzulegen, welche Gestaltung des Rechts in der jeweiligen Kulturperiode die beste ist; sie ist das Erzeugnis einer Zeit, die aus der naiven, unbewußten Entwicklungssphäre heraus zur bewußten, gesetzgeberischen Gestaltung des Rechts hinübergelangt ist, wo wir uns dem Rechte gegenüber nicht mehr bloß beschaulich und forschend verhalten, sondern selbsttätig an seiner Fortbildung mitarbeiten. Allerdings ist auch die Rechtspolitik vollkommen begründet; sie ergibt sich aus dem Obigen von selbst. Ist das Recht der verschiedenen Völker auch kein einheitliches, wandelt es sich mit Zeit und mit Lebensverhältnissen, so ist doch das Recht einer bestimmten Periode, eines bestimmten Zeitpunktes durch die Volksentwicklung, zwar nicht genau voraus bestimmt — denn auch im Rechte

spielt der sogenannte Zufall eine Rolle —, wohl aber ist zu sagen, daß das eine Recht mehr oder minder dem Zuge der Entwicklung und den Strebungen des Weltgeistes entspricht, daß es mehr oder minder diejenigen Ziele fördert, welchen gerade die Entwicklung zusteuert; das eine ist insofern mehrwertiger als das andere, und hierbei zeigt sich die Rechtspolitik als Wertschätzerin, und ihre Aufgabe besteht in Werturteilen. Hier nun das Richtige zu erfassen, hier darzulegen, was diesen Zielen mehr, was ihnen weniger gemäß ist, und was die etwa widerstreitenden Interessen am besten versöhnt und, wo eine Versöhnung nicht möglich ist, dem vollwertigen Interesse am wenigsten Abbruch tut, das ist Aufgabe der Rechtspolitik. Sie ist auf diese Weise ein ausgezeichnetes Förderungsmittel, namentlich für den Gesetzgeber. Je nachdem wir den Verkehr steigern wollen oder nicht, werden wir den formlosen Vertrag annehmen oder ausschließen; wir werden die Wechselfähigkeit beschränken oder erweitern; wir werden die Eheschließung freigeben oder an Bedingungen knüpfen; wir werden das Grundeigentum zu befreien oder zu knechten suchen; wir werden die Wertrechte, namentlich die Hypotheken, dem Grundeigentum entgegentreten lassen und auf solche Weise das Feste und Unbewegliche zu beweglichen Werten zerstäuben, oder wir halten dies für einen Fehler und wehren den Tatendrang der mobilisierenden Rechte ab; wir werden das Erbrecht freigeben, die einzelnen Erben einander gleichstellen oder die Verfügung beschränken und Vorrechte bestimmen. In allen diesen Beziehungen handelt es sich darum, den Trieb der Entwicklung in sich zu fühlen und an seiner Durchbildung mitzuarbeiten. Der Jurist wird hier zum bewußten Mitarbeiter an der Weltidee und Weltgeschichte.

Ganz besonders wird uns hierbei die Kraft der rechtlichen Phantasie behilflich sein; denn sie gestattet uns das Experiment: sie gibt uns die Möglichkeit, eine Menge neuer Fälle zu ersinnen, wo der Rechtssatz zur Anwendung gelangt, und derartige hervorstechende Fälle werden am besten zeigen, ob wir uns auf dem richtigen oder auf einem Irrwege befinden.

Dabei ist noch eines hervorzuheben. Die Rechtspolitik hat sich durchaus nicht damit zu begnügen, etwa das festzulegen, was das Volksbewußtsein will; denn die Rechtspolitik ist fortschreitend, das Volksbewußtsein meist ultrakonservativ: es lebt in seinen Vorstellungen und läßt sich schwer davon abbringen. Darum sind es oft wenige hervorragende Geister, die auf solche Weise rechtspolitisch zur Förderung des Ganzen arbeiten. So ist z. B. die Überwindung der Hexenprozesse und der Folter nur unter höchstem Widerstand der Volkskreise geschehen, welche damals im Allgemeinbewußtsein den Ausschlag gaben, und ebenso hat noch heutzutage die Überwindung des Zweikampfes mit den vorhandenen Anschauungen schwer zu kämpfen.

Die Rechtsphilosophie aber verhält sich zur Rechtspolitik in der Art: sie gibt der Rechtspolitik die Bestätigung und die Begründung, und sie zeigt insbesondere die Unrichtigkeit des sogenannten Positivismus im Recht.

§ 10. Rechtsphilosophie und Rechtstechnik.

Ebenso unterscheidet sich die Rechtsphilosophie von der Wissenschaft der Technik des Rechts. Davon gilt aber folgendes:

Die Rechtsprechung hat die Erreichung des Gerechten zum Zweck. Solange das Recht noch im Volke lebt und sich lediglich gewohnheitsmäßig fortbildet, ist die Rechtsprechung eine völlig unbewußte. Man schlußfolgert nicht, man vergleicht nicht ausdrücklich, man empfindet nur an. Man entnimmt dem Leben das Gefühl dessen, was das Recht will, und behandelt die Ähnlichkeiten von selbst ähnlich. Auf diese Weise bildet sich ein gewisses Gefühl, eine gewisse Empfindung, und diese tritt in der Rechtsprechung zu Tage.

Erst wenn das Gesetzesrecht unter dem Einflusse des Häuptlingstums eine größere Bedeutung gewinnt, wird allmählich die Rechtsprechung zu einer bewußt überlegenden. Das Gesetz kann nicht anders als begrifflich sprechen; höchstens noch, daß es durch erläuternde Beispiele dem Rechtssinn entgegenkommen kann. Aus den Begriffen aber entwickelt sich die bewußte Rechtsprechung, und damit schließlich die Rechtswissenschaft.

Die bewußte Rechtswissenschaft hat es zunächst damit zu thun, Begriffe zu zergliedern und das in ihnen Enthaltene herauszunehmen. Dabei läuft sie allerdings Gefahren; denn die Begriffe sind bekanntlich niemals so scharf, daß sie einen festen Abschluß bieten, sondern sie bezeichnen das, was das Recht will, vielfach nur von ungefähr. Wenn z. B. von Öffentlichkeit, von Ärgernis, von Besitz die Rede ist, so läßt sich zwar in vielen Fällen, die gleichsam in der Mitte des Begriffes liegen, die Entscheidung mit Sicherheit geben; nicht ebenso aber, wenn man an die Grenzen des Begriffs gelangt; denn da verschwimmt der Begriff und geht in ein Halbdunkel über, so daß es schwer zu sagen ist, wo er endgültig aufhört.

Auch das muß hervorgehoben werden, daß Begriffe nicht immer den gleichen Inhalt haben, wenn sie auch durch dasselbe Wort gedeckt sind; so kann der Ausdruck gewerblich oder gewerbsmäßig je nach der Materie, in der er gebraucht wird, Verschiedenes bezeichnen[1].

Die Gefahren der Begriffsjurisprudenz bestehen nun darin, daß man den Begriff unjuristisch gebraucht, d. h. beides nicht berücksichtigt, einmal die schillernde Natur des Rechtsbegriffes und sodann die Verschiedenheit des Wortes und Begriffes in der verschiedenen Materie. Aber hier muß als Korrectiv ein Zweifaches hinzutreten: einmal das Rechtsgefühl, d. h. das unbewußte Rechtserkennen, das Anempfinden, von dem soeben gesprochen worden ist; dieses wird auch in der neuen Epoche des Rechts nicht völlig verschwinden können: nicht als unmittelbarer Führer wird es dienen, wohl aber als Warner, der dem Juristen bekundet, wo er auf falschem Wege ist, sozusagen das Gewissen des Rechts. Dieses Gewissen zu hören ist der Jurist verpflichtet, und es ist eine der schwersten Verfehlungen, wenn man dem Rechtsgefühl ins Gesicht schlägt und es für nichts hält oder gar in der Verletzung des Rechtsgefühls die Feinheit der Rechtspflege sucht. Ein zweites besteht darin, daß man aus dem Begriff nicht nur eine, sondern viele Folgerungen herauszieht und dabei ins Auge faßt, ob diese Folgerungen vernünftig oder unsinnig und widerspruchsvoll sind.

Ohne diese Korrektive sollte kein Jurist arbeiten.

Die Begriffsjurisprudenz hat aber weitere Betätigungen: sie zieht aus den Begriffen die Folgerungen; da aber verschiedene juristische Begriffe miteinander in Verbindung stehen, so werden diese Folgerungen sich begegnen, sich gegenseitig anziehen und abstoßen, und es werden sich daraus wiederum neue Rechtsbegriffe entwickeln. Wenn z. B. der Begriff des Eigentums und sodann der Begriff des beschränkten dinglichen Rechts festgesetzt ist, so wird der Jurist sich zu fragen haben, wie sich das Recht im Zusammenstoß beider zueinander verhält, wie auf diese Weise der Begriff des dinglichen beschränkten Eigentums hervortritt. Oder wenn die Begriffe der Gesellschaft und der Verbindlichkeiten zusammentreffen, so wird der Jurist zu erwägen haben, wie sich die Verbindlichkeiten gestalten, wenn sie mit einer Gesellschaft in Beziehung treten, ob als Verbindlichkeiten der Gesellschaft, des Gesellschaftsvermögens, der einzelnen Gesellschafter u. s. w.

Auf die Weise entwickelt sich im Recht die unendliche Menge der Zusammenhänge, der Begriffsverbindungen, der neuen Begriffsgestaltungen.

Die Lehre aber von den Grundsätzen, wie der Jurist diese Begriffsbehandlung vorzunehmen, welche Vorsichtsmaßregeln er hierbei zu beobachten, welche Wege er einzuschlagen hat, ist ein Teil der Rechtslehre, ein Vorbereitungskapitel, das der Dogmatik des Rechts vorauszuschicken ist; mit der Rechtsphilosophie hat sie nichts zu schaffen.

§ 11. Universalrechtsgeschichte.

Die Universalrechtsgeschichte, die man auch vergleichende Rechtswissenschaft zu nennen pflegt, hat die Aufgabe, wo möglich die Rechte aller Völker zu erforschen, der

[1] Das Bestreben, die Begriffe in ihrer Relativität scharf zu fassen und damit den Gebrauch derselben zu sichern und zu erleichtern, ist immerhin bedeutsam und wertvoll, wenn ich darin auch nicht das Wesen der Rechtsphilosophie erblicke. In dieser Beziehung hat besonders Schuppe in.

lebenden wie der toten, und diese Rechte zu erforschen, nicht nur was die objektive Rechtsordnung, sondern auch was die Betätigung der Rechtsordnung im subjektiven Rechtsleben betrifft. Dieses Feld ist ein unendliches, so unendlich wie die Geschichte des menschlichen Geistes, und es ist natürlich hier immer nur eine Annäherung an das Ideal möglich; nicht nur wegen der ungeheuren Menge des Stoffes, sondern auch vor allem, weil uns so außerordentlich viel Material entschwunden ist. Viele Völker sind dahingeschieden, ohne Spuren zu hinterlassen; nur von verhältnismäßig wenigen Völkern haben wir geschriebene Rechtsdenkmäler, und von den geschriebenen Rechtsdenkmälern wieder ist eine große Menge auf immer zu Grunde gegangen. Doch schon das Vorhandene ist außerordentlich groß, und an uns steht es, allüberall zu retten, was zu retten ist. Noch bieten die Naturvölker eine unendliche Fülle von Rechten und Rechtsgebräuchen dar, und es bedarf nur der Forscher, um uns darüber klare und umfassende Nachrichten zu geben. Vieles ist in dieser Beziehung geschehen; englische, holländische, französische, deutsche Beobachter haben Aufzeichnungen hinterlassen; Reisende und Missionare, Kolonialbeamte und Kolonialrichter haben ihre Ergebnisse aufgeschrieben, und schließlich ist die einheimische Gerichtsbarkeit eine lautere Quelle des dortigen Rechtes. In dieser Beziehung sind heutzutage große Fortschritte zu verzeichnen: die Lust der ethnographischen Forschung ist erwacht. Man hat auch eingesehen, daß die Kenntnis des Volkes ein außerordentliches Hilfsmittel ist, um unsere Herrschaft zu stützen, und daß die vielen Fehler der Kolonialregierungen größtenteils von der Unkenntnis heimischer Anschauungen herrühren. So zeigte es sich, daß die Forschung auch eine große Zweckmäßigkeit in sich trägt; und auch schon aus diesem Grunde haben die Kolonialregierungen diese Bestrebungen zu unterstützen. Wesentlich ist hierbei, daß man den Beobachtern an die Hand geht, sie auf die richtigen Gesichtspunkte hinweist und ihnen darlegt, worin die entscheidenden Gedanken in der Erscheinung Flucht zu suchen sind, so daß Wesentliches vom Unwesentlichen geschieden wird. Unumgänglich ist natürlich auch, daß die Forscher dem Stoffe mit Liebe entgegentreten und die Rechtsordnungen der Naturvölker, so sehr sie auch unseren Anschauungen widersprechen mögen, als Äußerungen der menschlichen Vernunft ehren und nicht, wie dies früher geschah, als Läppigkeiten und lächerliche Irrtümer von oben herunter behandeln. Von seiten der deutschen Kolonialregierung ist s. Z. ein von mir bearbeiteter Fragebogen in die Schutzgebiete gesandt worden, und eine Reihe höchst interessanter Berichte sind eingelaufen, die ich in der „Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft" bearbeitet habe.

Aber auch die Kulturländer, welche schriftliche Rechtsdenkmäler hinterlassen haben, bieten einen ungeheuren Rechtsstoff, wennschon früher durch die Leichtfertigkeit, Roheit und Unkultur so vieles zu Grunde gegangen ist. Wir haben z. B. von dem Strafgesetzbuch der Azteken, des Königs Netzahualkojotl bedeutsame Reste, und auch sonst sind die Nachrichten der einheimischen Azteken, die wir z. B. in Duran und in Sahagun finden, lebendige Zeugnisse des Aztekenrechtes. Die babylonischen und assyrischen Rechtsdenkmäler geben uns ein so klares Bild von dem Geschäfts- und Rechtsleben jener Zeit, daß wir diese Rechte besser kennen lernen als etwa das germanische Recht zur Zeit Karls des Großen; ganz ebenso wie uns einige Teile des Mondes besser bekannt sind als manche Teile der Erde. Das altbabylonische führt auf über 1000 Jahre v. Chr. zurück, die assyrischen Rechtsdenkmäler bieten uns die Rechte bis zum Fall des assyrischen Reiches, und die neubabylonischen Urkunden reichen von Nabukudurusur bis Nabunaid und von da in die persische, ja selbst in die griechische Periode hinein. Die mit Eifer betriebenen deutschen Ausgrabungen lassen noch ein ungeheures Material vermuten, das der Boden Mesopotamiens birgt, und sind wir erst in das Staatsarchiv Nabukudurusurs eingedrungen, so wird uns der ganze Regierungsmechanismus jener Zeit: Gesetzgebung, Verwaltung, Rechtspflege, klar vor Augen liegen. Glücklicherweise ist die Kenntnis des Assyrischen

---

verschiedenen Schriften und Aufsätzen sehr Verdienstliches geleistet (Methoden der Rechtsphilosophie, in Z. f. vgl. Rechtsw. V S. 209 f.; Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, im Jahrb. der internat. Vereinigung u. a.)

und Babylonischen so weit gediehen, daß hier, trotz einzelner Ungewißheiten, doch ein im ganzen sicheres und klares Ergebnis zu erzielen ist.

Die ägyptischen Rechtsurkunden reichen meist nur in die letzte Zeit der einheimischen Herrschaft zurück; am zahlreichsten sind sie aus der Zeit der macedonischen Dynastie. Ihre Entzifferung und innere Durcharbeitung steht großenteils noch bevor.

Auch das griechische Recht bietet uns eine Menge von Rechtsdenkmälern; in den griechischen Schriftstellern, namentlich in den Rednern steckt eine Fülle juristischer Betrachtungen; zahlreiche Inschriften bieten uns Zeugnisse der Gesetzgebung und Rechtsübung, und Funde wie das gortynische Strafrecht werfen ein helles Licht auf die Anfänge des griechischen Rechtslebens.

Von dem slawischen Recht haben wir ebenfalls, z. B. in der sog. Gesetzgebung Jaroslaws, alte Zeugnisse; im Keltischen bieten die sogenannten Brehon laws eine Menge von teilweise noch ganz unbearbeitetem Material. Aber auch über die Rechte der Ostasiaten haben wir eine außerordentliche Fülle von Nachrichten; und wenn erst die altchinesischen und altjapanischen Rechtsdenkmäler alle zugänglich gemacht sind, wird uns ein neuer Blick in die dortige Rechtsentwicklung zu teil werden.

Allüberall also eine Masse von Betätigungen des menschlichen Geistes, eine Fülle von Bestrebungen, um durch Gestaltung des Rechts und Anwendung der Rechtseinrichtungen den Bedürfnissen des Lebens und den Kulturbestrebungen des Volkes nachzukommen.

Eines ist hierbei noch hervorzuheben:

Die Rechtsentwicklung vollzieht sich auf fortgeschrittener Stufe der Kultur hauptsächlich auf dem Wege der Gesetzgebung; das ist aber nicht das einzige: denn der Rechtsgebrauch neben der Gesetzgebung ist nicht zu entbehren; nicht nur daß dadurch das Recht geändert, aufgehoben oder ergänzt werden kann, sondern ein jedes Recht wird einen verschiedenen Charakter haben, je nachdem es im Volke zur Anwendung kommt. Die meisten Rechtseinrichtungen sind der freien Wahl der Einzelnen und damit der persönlichen Willkür preisgegeben, und es kommt darauf an, ob man sie annimmt oder nicht. Ein Volk mit den besten Eheeinrichtungen kann eine Überzahl von Hagestolzen haben; ein Volk mit der besten Wechselordnung kann möglicherweise des Wechselverkehrs entbehren, und manche Völker mit guten Patentgesetzen weisen jährlich kaum fünf Patente auf. Manche Rechtseinrichtungen, die der Gesetzgeber mit bester Absicht geschaffen hat, um Wohltaten zu erweisen, bleiben außer Anwendung. Und auch soweit Rechtsinstitute im Gebrauch sind, kommt es immer in Betracht, wie sie mit anderen im Leben verbunden und in welcher Umgebung und welchen Formen sie gebraucht werden. So ist z. B. die Übung des französischen Rechts in Frankreich eine ganz andere gewesen, als in den deutschen Ländern, die dem Code civil huldigten.

Will man daher das Rechtsleben eines Volkes kennen, so darf man sich nicht auf die Rechtsquellen beschränken; man muß insbesondere auch den sogenannten Urkundenstil erfassen, man muß wissen, wie das Volk seine Rechtsgeschäfte abschließt, und ob die einen oder anderen Rechtsgeschäfte mehr oder minder häufig sind. Darum ist die Kenntnis der Rechtsurkunden eines Volkes ebenso wichtig wie die Kenntnis seiner Rechtsquellen.

Aber mit der äußerlichen Kenntnis der Rechte ist nichts getan; wir müssen die Rechte auch verarbeiten. Die Verarbeitung muß zunächst eine analytische sein: wir müssen den Rechtsstoff in seine Bestandteile auflösen[1]; erst diese Auflösung wird uns die Möglichkeit geben, ein jedes Rechtsinstitut zu konstruieren und zu zeigen, aus welchen Bestandteilen es aufgebaut ist. Der Jurist hat hier eine ähnliche Aufgabe, wie der analytische Chemiker: wie dieser muß er zunächst auf die Elemente zurückgehen; hat er

[1] Die Bearbeitung besteht daher nicht in der Subtraktion aller Verschiedenheiten, sondern in der Zergliederung der die Verschiedenheiten bildenden Elemente. Daß die Erkenntnis dieser Elemente juristischen Geist voraussetzt, ist selbstverständlich. Insofern hat Schuppe (Z. f. vgl. Rechtsw. V S. 209 f.) recht; allein, was er gegen Post vorbringt, ist meist deshalb unhaltbar, weil Post gewiß in der Differenzierung nicht das Einheitliche verkannt, sondern nur gegen die bisherige Ansicht Front gemacht hat, als wäre der Kreis der möglichen Rechtsbildungen auf einige wenige Typen beschränkt, eine Ansicht, welche die historische Schule aus dem Naturrecht mit hinübergenommen hatte.

sie, so kann er die zusammengesetzten Stoffe in ihrem Aufbau darlegen und zeigen, wie sie sich durch Aufnahme und Abstoßung von Elementen neu bilden und neu gestalten können. Haben wir z. B. die Rechtseinrichtungen in ihre dinglichen und obligationsrechtlichen Bestandteile zerlegt, haben wir überall gezeigt, wie das Rechtssubjekt mit dem Rechtsobjekt zusammenhängt, haben wir überall ermittelt, wie durch Einbeziehung neuer Elemente das Rechtsgeschäft sich vermannigfaltigen kann, dann haben wir eine Kenntnis des Rechtes erworben, nicht etwa bloß eine beschreibende, sondern eine in das Innere des Rechtes eindringende. Sind wir so weit, dann ist eine zweite Behandlung des Rechts möglich: wir können die Hauptsache von den Nebensachen, den Nerv von dem Beiwerk scheiden. Das ist absolut erforderlich bei solchen Rechten, die konkret im Volke erwachsen und in der Volksgewohnheit leben und sich entwickeln. Hier ist das Recht mit einer Menge von künstlerischen, religiösen und sonstigen seelischen Elementen verbunden, und wir können es nicht erkennen, wenn wir es nicht aus dieser Verbindung loslösen. Haben wir z. B. die Heiratszeremonien eines Volkes vor uns, so werden wir sie nur dann unserem juristischem Verständnis eröffnen, wenn wir die Elemente, welche Volksglaube, Volksphantasie, Mythus und Geisteridee hinzufügt haben, abziehen und dasjenige übrig behalten, was etwa an Frauenkauf, Frauenraub oder an sonstige juristische Anschauungs- und Betätigungsformen der Ehe erinnert.

Diese bis jetzt geschilderte Verarbeitung ist die rein juristische; sie ist aber nicht genügend; sie ist insbesondere nicht genügend, wenn die Universalrechtsgeschichte die Grundlage der Rechtsphilosophie bilden soll. Dann müssen wir das Recht in Verbindung setzen mit den übrigen Kulturelementen, insbesondere mit dem Glauben und mit der Wirtschaftsgeschichte des Volkes. Auch der ethnographische Charakter des Volkes, seine Zu- und Abneigungen, sein idealer oder anti-idealer Sinn kommt in Betracht und wird in der Gestaltung des Rechtslebens erkennbar sein. Beispielsweise wird in der Behandlung des Diebstahls der mehr oder minder wirtschaftliche Geist des Volkes, in der Behandlung der Blutrache und ihrer Ablösung bald die Racheleidenschaft und der stolze persönliche Sinn, bald der Erwerbstrieb und die Liebe zum Vermögen, zu Geld und Gut an den Tag treten. Mit diesen Forschungen ist die Universalrechtsgeschichte abgeschlossen. Damit ist aber auch das Fundament gelegt, und die Rechtsphilosophie kann ihres Amtes walten [1].

---

[1] Diesen Forschungen ist vor allem die Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft gewidmet, bis jetzt 15 Bände. Reiche Literaturangaben finden sich bei Meili, Institutionen der vergleichenden Rechtswissenschaft (1898). Als der erste Begründer dieser Wissenschaft hat Bachofen zu gelten (Mutterrecht 1861, Tanaquil 1870, Antiquarische Briefe 1880—1886); sodann vor allem Morgan, Systems of consanguinity and affinity und Wilken (dessen Schriften sich hauptsächlich auf die Malaien beziehen). Einer der eifrigsten Fortbildner (wenn auch nicht immer mit der richtigen Methode) war Post (Bausteine 1881, Grundlagen des Rechts 1884, Studien zur Entwicklungsgeschichte des Familienrechts 1889, Ethnologische Jurisprudenz 1894 u. a.) Bedeutungsvoll sind auch Dargun (Mutter- und Vaterrecht 1892) und Dareste (Etudes d'histoire de droit 1889). Außerdem gehören Schriften von Laveleye, Leist und Kowalewski in dieses Bereich. Teilweise Zutreffendes liefert Steinmetz (Ethnologische Studien zur ersten Entwicklung der Strafe, 1894 und in anderen Schriften). Eine unwissenschaftliche Kompilation bietet Westermarck, History of human marriage (1891). Von meinen Schriften erwähne ich: Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz (Würzburg 1884). Rechtsvergleichende Studien (Berlin 1889). Recht als Kulturerscheinung (Würzburg 1885). Wesen der Strafe (Würzburg 1888). Recht als Lebenselement der Völker (Würzburg 1887). Zur Lehre von der Blutrache (Würzburg 1885). Moderne Rechtsfragen bei islamitischen Juristen (Würzburg 1885). Kommenda im islamitischen Rechte (Würzburg 1885). Recht der Azteken (aus Z. f. vgl. R., 1892). Das chinesische Strafrecht (Würzburg 1886). Aus dem babylonischen Rechtsleben (von Kohler und Peiser), 4 Hefte (Leipzig 1890, 1891, 1894, 1898). Altindisches Prozeßrecht (Stuttgart 1891). Recht, Glaube und Sitte (in Grünhuts Zeitschr. f. d. Priv. u. öffentl. R. der Gegenw. XIX). Die Ideale im Recht (aus Arch. f. bürg. R., Berlin 1891). Negerrecht (aus Z. f. vgl. R., 1897). Urgeschichte der Ehe (aus Z. f. vgl. R. 1897). Ursprung der Melusinensage (Leipzig 1895). Aufsätze in der Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, im Gerichtssaal, in Z. f. die gesamte Strafrechtswiss., Z. f. Handelsrecht, Archiv f. bürgerl. Recht, Ausland, Zeitschr. für Sozialwissenschaft, in den Beiträgen zur Assyriologie, im Jurist. Literaturblatt, in der Politisch-anthropol. Revue.

§ 12. Hilfswissenschaften.

Hilfswissenschaften der vergleichenden Rechtswissenschaft sind die Sprachwissenschaft, die Kulturgeschichte, sodann die Psychologie und namentlich die Völkerpsychologie.

Die Sprachwissenschaft tritt hier nach zwei Beziehungen hervor; einmal gibt sie uns die Möglichkeit, die Urkunden der früheren Rechte zu lesen, und was sie in dieser Beziehung geleistet hat seit Erkenntnis des Sanskrit und seit Ermittlung des Assyro-babylonischen, ist ganz außerordentlich.

Sodann hat man aber noch folgenden Gewinn aus der Sprachwissenschaft zu erzielen versucht: Die Worte haben eine Entwicklung, und die Entwicklung gibt uns zugleich ein Bild der Entwicklung des Geistes; die Worte gehen vom Konkreten aus und greifen auf das Abstrakte über; die Geschichte des Wortes zeigt uns die Entwicklung des abstrakten Denkens, und dies natürlich auch in Bezug auf das Recht. Auf diese Weise konnte man manche Ergebnisse gewinnen, und so war es insbesondere von Bedeutung, daß in den indogermanischen Sprachen das Wort „Vater" von der Wurzel pa = „schützen" und nicht von „zeugen" abzuleiten ist. Doch darf diese Entwicklung nicht überschätzt werden, da die sprachlichen Gänge oft sehr sonderlich sind und durch viele Dunkelheiten führen.

Eine weitere Bedeutung suchte man der vergleichenden Sprachwissenschaft zu geben, indem man also folgerte: Wenn ein Urvolk einen Begriff erkannt hatte, so mußte es einen Ausdruck dafür haben, und der Ausdruck wird sich dann in allen daraus entwickelten Sprachen wiederfinden. Mithin gibt uns die Gemeinsamkeit der Sprachwurzel in den Tochtersprachen einen genügenden Nachweis, daß in der Urzeit der Begriff bestanden hat. Hierdurch läßt sich einiges, z. B. für die Verwandtschaftsbezeichnungen und Verwandtschaftsbeziehungen, erkennen; allein man darf auch hier die Schlußfolgerung nicht übertreiben: weder kann aus einem gemeinsamen Ausdruck sicher auf eine gemeinsame Abkunft geschlossen werden, denn die Möglichkeit der Entlehnung ist immer gegeben, auch die Möglichkeit, daß ein Wort, das etwas anderes bezeichnet, allmählich in den verschiedensten Sprachen gleichmäßig eine bestimmte Bedeutung angenommen hat; noch viel weniger aber läßt sich, wie man schon getan hat, aus dem Mangel eines gemeinsamen Ausdrucks darauf schließen, daß ein Begriff ursprünglich gefehlt habe; denn es ist eine bekannte Erscheinung, daß viele Worte allmählich aus dem Sprachschatze verschwinden und durch andere ersetzt werden, weil sie dem Volk und seiner Sprache nicht mehr genehm sind, weil man ihrer überdrüssig wird und sie durch andere, weniger abgenutzte und darum edler und vornehmer klingende Ausdrücke ersetzt.

Von der Kulturgeschichte ist insbesondere die Religionswissenschaft bedeutsam; denn eine große Reihe von Erscheinungen sind nur durch die Religionsgeschichte verständlich. Niemals wäre die indogermanische Familie das geworden, was sie ist, ohne die Ahnenverehrung; und ohne die Ahnenverehrung hätte die Blutrache eine ganz andere Gestalt angenommen; die Einrichtung des Trauerjahres ist aus der Totenscheu hervorgegangen; und was alles der Totenkult geschaffen hat, wie sehr das Häuptlingtum durch religiöse Vorstellungen befördert worden ist, wird sich im Laufe der Darstellung von sich aus ergeben.

Die Kulturgeschichte führt von selber auf die Psychologie hinüber; denn die Geschichte bedient sich der menschlichen Seele mit all ihren Leidenschaften und Regungen, und diese schaffen die Rechtsinstitute und überhaupt das Getriebe der Weltgeschichte. Die Instinkte der Grausamkeit, der Rache, der Geschlechtsliebe sind für das Familien- wie für das Strafrecht bildend gewesen; ebenso steht die Entwicklung der Religion und des Religionsrechts unter dem Einfluß mächtiger Seelenerscheinungen, suggestiver und autosuggestiver Erregungen, die bis an die Grenze der Psychose hinanreichen können; vor allem kommt in Betracht die furchtbare Gewalt der geistigen Ansteckung bei Menschen-

massen und die geradezu unbegreifliche suggestive Kraft der einzelnen Tat gegenüber der erregten Rotte. In allen diesen Beziehungen hat die Geschichte des Rechts aus einer systematischen psychologischen Beobachtung noch große Belehrungen zu erwarten[1].

B. Rechtsbildungen.

I. Verhältnis zur Natur.

§ 13. Grundlagen.

Der in die Natur gestellte Mensch wird ursprünglich durch ihren Eindruck überwältigt. Sie tritt ihm als etwas Übergroßes, Mächtiges entgegen, sie ist die Gottheit, zu der er schauernd aufblickt. Schließlich wird der Mensch mit ihr vertraut; er schätzt ihre Gaben, er ist dankbar für ihre Fürsorge, während er anderseits wieder die bösen Geister um sich schwärmen sieht. So entsteht ein ganzer Dämonismus oder Animismus, in dem die Völker leben. Dieser Geisterglaube beherrscht den Menschen, auch wenn er beginnt, die Natur für seine Zwecke einzufangen und sie sich zu unterwerfen. Zunächst entsteht ein gewaltiger Zusammenstoß: es ist ein furchtbares Unrecht, in die Selbstherrlichkeit der Natur einzugreifen, den Baum zu fällen, den Wald zu roden; die Waldgeister erseufzen darob. Bald aber weiß sich der Mensch aus diesem Zwiespalt zu helfen; die religiösen Vorstellungen weiß er nach dem Bedürfnis zu gestalten: der Geist wird versöhnt, oder er wird gar dem Menschen dienstbar gemacht, oder auch ein neuer Geist wird in die Gebiete des Kulturlebens verpflanzt. Der Mensch ist nicht umsonst ein Dämonist: es gelingt ihm, Geister einzufangen und zu seinen Schützern zu gestalten; so herrscht auf der ganzen Südsee das Institut des matakau, indem der Pflanzer zum Schutze seiner Früchte einen Geist an den Baum bannt, der dem Verletzer Tod und Verderben droht.

Damit nimmt die Beziehung zwischen dem Menschen und dem Kulturland eine besondere Bedeutung an; es ist ein Weiheverhältnis, und dieses leitet das Eigentum ein. Das Eigentum beruht ursprünglich auf einer dämonistischen Verknüpfung der Menschheit mit der Natur. Daher auch die Weihehandlungen, mit denen die wichtigsten Betätigungen des Grundeigners, namentlich auch der Ackerbau, umgeben sind.

Bevor wir jedoch hier weitergehen, müssen wir darlegen, wie die Beziehungen der Menschheit als Menschheit zur Natur sich entwickeln; und dies hängt zusammen mit der Gestaltung der Menschheit als Ganzes und ihrem Übergang vom Gesamtsein zum Einzelsein.

§ 14. Teilung der Welt. Allgemeines.

Die Menschheit geht von dem Kollektivismus, d. h. von dem Zustand des Gesamtseins, zum Individualismus, d. h. zum Zustand des Einzelseins, über[2], aber so, daß

---

[1] Kulturgeschichte und Völkerpsychologie sind neuerdings zur Soziologie verschmolzen worden. Hier haben Herbert Spencer (Principles of sociology u. a.), Lubbock, Frazer u. a. Bahnbrechendes geleistet. Es besteht hierfür auch eine Jahresschrift: L'année sociologique v. Durkheim, bis jetzt 5 Bände, sowie eine Zeitschrift Rivista di Sociologia, bis jetzt 5 Bände. Reiches Material findet sich in den vielen Schriften von Bastian u. s. w. Vgl. auch meinen Aufsatz: Recht und Völkerpsychologie in der Politisch-anthrop. Revue I 5. S. 385 f.

[2] Vgl. darüber meinen Aufsatz „Kollektivismus und Individualismus in der Geschichte" in der Zeitschr. f. Sozialwissenschaft I 4 S. 261 f.

auch im Einzelsein das Gesamtsein stets Wirksamkeit hat, nur daß das Einzelsein hierdurch nicht vernichtet und aufgesogen wird. Darin liegt einer der Hauptfortschritte der Kultur: aus den festen Massen, aus denen die Menschheit zuerst besteht, ringen sich Einzelne zu Tage und treten gegenüber dem Ganzen als Einzelne mit Einzelrechten hervor. Der Einzelne braucht sich nicht mehr völlig dem Zuge der Gesamtheit zu fügen; er kann neue Bahnen einschlagen, sein Leben neu gestalten und dadurch mächtig zum Fortschritt des Ganzen beitragen. Erst mit der Entwicklung des Einzelseins ist die moderne Kultur zum Dasein gekommen.

Dies ist maßgebend für das Vermögensrecht: das Vermögensrecht wird sich vollkommen den Zuständen des Gesamtseins und des Einzelseins anschließen. Das Vermögensrecht überhaupt hat, wie oft ausgeführt, darin seine Begründung, daß der Mensch für seine Zwecke, seien es körperliche, seien es geistige, der Außenwelt bedarf; die Außenwelt muß dem Menschen zugänglich sein, um ihm dienen zu können. Solange nun die Menschheit dieses Gesamtdasein führt, wird auch ein Gesamtrecht an diesen äußeren Gütern bestehen, und der Einzelne wird sie in dieser Gesamtheit, und nur in ihr, genießen und sich ihrer erfreuen können. Nun tritt die Sonderung der Einzelwesen ein und mit dieser Sonderung eine Zerschlagung des Gesamtvermögens zum Einzelvermögen. Denn soll der Einzelne sein Selbstrecht haben, so muß man ihm auch sein eigenes Vermögen geben; nur so kann er sich nähren, kleiden und in seinen Bestrebungen arbeiten, ohne von dem Willen anderer abhängig zu sein, die ihn vielleicht nicht verstehen und ihm die Mittel für seine Bestrebungen vorenthalten möchten. Das Sondervermögen ist daher das Wahrzeichen des Einzeldaseins, es ist seine Stärke und sein vornehmster Entwicklungsträger; in den Zeiten des Sonderdaseins muß einem jeden ein Teil der äußeren Güter zukommen, damit er sich in seinem Eigendasein ausleben und, durch Vermögen gedeckt, seinen Zwecken dienen kann.

Das Recht der Völker zeigt uns, wie die Weisheit der Weltgeschichte stets von diesem Gedanken getragen war: das Recht war ursprünglich Gesamtrecht: es war Hordenrecht, Gemeinderecht, lange bevor es Familienrecht und dann Einzelrecht geworden ist.

Mit der Anerkennung der Einzelpersönlichkeit ist zugleich ihr besonderer Schutz und der Schutz ihrer Einzelstellung hervorgetreten; es entwickelt sich neben dem Privatvermögensrecht das Recht der Persönlichkeit. Daneben behält aber auch der Kollektivismus manche Rechte, und es bleiben neben den Einzelpersonen allüberall soziale Einheitspersonen mit Einheitsrechten bestehen, — die sog. juristischen Personen, entweder die althergebrachten oder neue willkürlich geschaffene. Das Recht der juristischen Person ist daher nichts Künstliches, es beruht auf den Grundlagen des Rechts; es ist älter als das Recht der Einzelperson [1].

§ 15. Teilung der Welt. Besonderes.

Soweit wir zurückgehen, finden wir das Vermögensrecht ursprünglich als gemeinsames; auch der Gedanke, daß, was jemand erarbeitet, was er fängt und erbeutet, sein gehört, ist den Völkern ursprünglich fremd. Nicht darin liegt der Ursprung des Privateigentums, wie man gemeint hat; denn die Arbeit, die der Einzelne leistet, leistet er ursprünglich der Familie uud dem ganzen Geschlecht. Zuerst entwickelte sich der Begriff des Privateigentums bei den Gegenständen, welche von Anfang an die einzelne Persönlichkeit auszeichnen mußten; es sind Kleidung, Waffen, und es ist vor allem dasjenige, was sich auf den persönlichen Schutzgeist bezieht; denn eine sehr wichtige Entwicklung in der Geschichte des Menschen ist, wie später (S. 28) auszuführen, daß jedermann seinen eigenen Schutzgeist gewinnt und damit gewissermaßen anderen gegenüber als selbständige Größe auftritt. Diese Beziehung der Sachen zur Persönlichkeit reicht so weit, daß man sie dem Verstorbenen ins Grab mitgibt oder mit verbrennt. Der Glaube an das Fortleben im Jenseits wirkt hier überwältigend; nicht nur leblose Sachen, sondern auch Tiere, auch Sklaven, Witwen schickt

[1] Einführung in die Rechtswissenschaft S. 7, 14, 29.

man dem Verstorbenen nach. Allmählich mildert sich dieser Brauch; der Gedanke des Fortlebens wird vergeistigt, und man nimmt nicht an, daß der Verstorbene der Sache in ihrer körperlichen Eigenschaft bedarf, sondern nur gewissermaßen eines Extrakts, des in der Sache liegenden Geistes, ihres Schattens. Und so betrachtet man es als genügend, wenn man die Sache über das Grab oder über die Leiche hält und sie dann wieder dem gemeinen Verkehr überläßt.

Viel länger hat das gemeine Eigentum an unbeweglichen Sachen fortbestanden, und noch heutzutage ist bei den Negern, ebenso wie bei den Malaien und bei anderen Stämmen, der durchschlagende Gedanke der: das Land gehört dem Stamm, es kann aber einem Einzelnen oder einer Familie zur Bearbeitung übergeben werden, und dann ist der Besitzer geschützt, solange er die Sache verwendet, bebaut oder bebauen will. Das ist der Gesichtspunkt, mit dem wir in Afrika noch heutzutage zu rechnen haben: von Veräußerung, von dem Gedanken, daß das Land, das ich innegehabt habe, an mir klebt und mir einen Tauschwert erbringt, ist lange Zeit keine Rede. Dieser Gedanke kann sich erst entwickeln, wenn entweder durch Aufwendung auf die Grundstücke bedeutende Werterhöhungen und damit Wertunterschiede eingetreten sind, oder wenn die Kultureigenschaften der Sache durch ihre Lage sehr bedeutend verschiedenfacht werden. Dann erst entsteht der Gedanke, daß man nicht nur die Sache benutzen darf, solange man sie besitzt, daß man vielmehr, auch wenn man sie aufgibt, noch einen gewissen Gegenwert erlangen kann, der ursprünglich nichts anderes ist als der Mehrwert infolge der Aufwendungen oder infolge der besonders günstigen Lage gegenüber anderen Grundstücken, die man umsonst haben kann.

Bei Völkern, wo der Ackerbau intensiver Betrieb wird, wo er nicht nur die zufällige Tätigkeit Einzelner, sondern die allgemeine Erwerbsweise aller ist, findet dieser Gedanke eine besondere Ausprägung. Der Ackerbau wird genossenschaftlich; das Land wird vom ganzen Stamme in Besitz genommen, und der Stamm bearbeitet das Land in Gemeinschaft; er rodet die Wälder, säet und erntet; und ist das Land nach $1^1/_2$—2 Jahren erschöpft, so zieht man weiter, wo sich dann dasselbe Schauspiel wiederholt. Diese Feldgraswirtschaft (Jumsystem in Indien) gibt einem anderem System Raum: man bleibt seßhaft, teilt aber das Land in Kulturland und in Bracheland, das unbebaut bleibt und ausruht, um einer späteren Kultur zugänglich zu werden. Und hier kann wiederum die Kultur gemeinschaftlich bleiben, so das zamindari-System in Indien, so das System des cyvar bei den alten Kelten; oder aber das Land wird zeitweilig zur Kultur an die einzelnen Familien ausgeteilt: das pattidari-System der Inder, das Rebningsverfahren der Germanen, das comachadt-System der Kelten, das System des mir bei den Russen[1]; und ein ähnliches System bestand bei den Chinesen bis in das 4. und 3. Jahrhundert vor Chr.; es ist das japanische kubunden-System im 7. Jahrhundert nach Chr. Aber auch diesem System schlägt allmählich die Stunde: die allmähliche Neuverteilung hört auf, die Familien bleiben seßhaft: sie ziehen nun das Land an sich und behalten es, abgesehen von gewissen genossenschaftlichen Einrichtungen, die bestehen bleiben, wie z. B. der gegenseitigen Gemeinhilfe gegen gemeinsame Gefahren oder der Neuverteilung, wenn die Einzelanordnung des Landes sich als eine ganz unzweckmäßige erweist (Verkoppelung, Flurbereinigung); auch die Gemeindelosung, d. h. das Recht eines jeden Gemeindegenossen, einen Fremden, der im Gemeindegebiete Land gekauft hat, auszukaufen, ist noch ein Rest der alten Vorstellung. Im übrigen entsteht das Familien- oder Geschlechtereigentum.

---

[1] Ob der mir eine altrussische Einrichtung oder erst eine Entwicklung späterer Zeit vom 17. Jahrhundert an ist, ist allerdings neuerdings sehr streitig; vgl. die Darstellungen von Engelmann, Keußler, Meitzen (Wanderung, Anbau und Agrarwesen II S. 223) und namentlich Simkhowitsch, Feldgemeinschaft in Rußland (1898) S. 18 ff., 56 f., 71 f. Es ist zuzugeben, daß die Feldgemeinschaft an manchen Orten nachträglich entstanden ist; wo dies aber der Fall, ist sie immer nur ein Rückfall in frühere markgenossenschaftliche Zustände, eine rückläufige Bildung, wie sie im Laufe der Zeit häufig sind.

Das System des Familien- oder Geschlechtereigentums beherrscht weite Völkergebiete: Familienkreise von 50—100 und mehr Menschen sitzen auf demselben Kulturland und bebauen es gemeinsam, unter der Herrschaft eines männlichen und weiblichen Leiters (gospodar, domatschika etc.); so die ehemals blühenden Gemeinderschaften der Schweiz, die communautés Frankreichs, die zadruga der Serben, die kuça der Montenegriner u. s. w. [1]; und der Gedanke an dieses Familieneigentum, an diese Hausgemeinschaft lebt im deutschen Rechte noch lange fort. Er zeigt sich auch noch in dem mächtigen Einfluß, welchen das Erbgut auf die ganze Entwicklung ausübt: das Erbgut ist lange Zeit der Verfügung des Einzelnen entzogen; es ist der Familie verfangen: lange Zeit besteht noch ein Unterschied in der Behandlung der bona avita und der Errungenschaft; das Erbgut ist lange Zeit nur beschränkt veräußerlich, es unterliegt der Erblosung, indem der Erb- und Familiengenosse ein veräußertes Erbgut gegen Preisersatz an sich ziehen kann, u. s. w.

Aus dem Familiengut hat sich mit der immer größeren Individualisierung der Familie das Einzelvermögen entwickelt. Schon in den Zeiten des Familiengutes gibt es — auch abgesehen von dem obigen Kreise der notwendigen Persönlichkeitssachen — gewisse Vermögensstücke, Stücke des Erwerbs- und Wirtschaftsvermögens, die nicht im Gesamtvermögen der Familie aufgehen, sondern einem einzigen Familienmitgliede vorbehalten sind. Man kann sie in Anlehnung an das römische Recht Pekulien nennen. Der Gedanke ist ursprünglich der: die Pekulien sind zwar noch keine Sondereigen, aber, wenn es zur Teilung des Gesamtvermögens kommt, soll dem Pekuliengenossen das Pekulium zum voraus zugewiesen werden. Solches Pekulium war insbesondere all dasjenige, was der Genosse außerhalb des Hauses mit seiner geistigen oder körperlichen Arbeit verdiente.

Eine spätere Entwicklung faßte den Begriff strenger und sagte: der Pekulienberechtigte habe ein sofortiges Eigentum an den Pekuliarsachen, und der Gesamtheit stehe nur eine gewisse Verwaltung zu. Auf diese Weise mußte sich das Einzelvermögen entwickeln. Das geschah noch in anderer Weise: die Nachfolger des Hausvaters bleiben in früheren Jahrhunderten zusammen sitzen und genießen das Vermögen als Gesamtgut; zur Teilung gehört ursprünglich Zustimmung aller Genossen. Ein ungeheurer Fortschritt aber war der Satz, daß ein jeder Mitberechtigte jederzeit Teilung verlangen könne. Auf solche Weise kam man zur Auseinanderlegung des Vermögens, und auf den Erbgang folgte die Teilung.

Diese Individualisierung des Vermögens wird mit der Zeit immer energischer. An den kleinsten Dingen will man Alleineigner sein, und selbst im Haushalte beansprucht der eine wie der andere sein Eigentum. Dies ist eine Entwicklung, die sich schon bei Naturvölkern zeigt, offenbar im Anschluß an die oben (S. 23) gezeigte Vorstellungskette.

Das Einzeleigen mit der Veräußerungsmöglichkeit enthält allerdings einen Zwiespalt, der die ganze Folgeentwicklung charakterisiert. Während der Einzelne doch das Vermögen eigentlich nur während Lebzeiten für sich in Anspruch nehmen kann, vermag er die einzelnen Vermögensstücke so zu veräußern, daß sie nicht nur ihm, sondern auch den künftigen Geschlechtsgenossen fremd werden. Er kann nicht nur den Genuß, sondern auch das Kapital des Vermögens für sich verwenden, er kann das Ganze seinen persönlichen Zwecken opfern. Dies paßt mit jener Ideenwelt zusammen, welche die Gegenstände noch dem Toten ins Grab nachschickte; nachträglich tut man es nicht mehr: was bei seinem Tode noch vorhanden ist, wird nun anderweitigen Schicksalen unterworfen, aber was er veräußert hat, bleibt veräußert: es ist gleichsam dem Toten geopfert. Es wird sich zeigen, wie diese Idee weiterwirkend zu erbrechtlichen Einrichtungen: Erbvertrag, Testament geführt hat.

§ 16. Moderne Ergebnisse.

Dieses Einzelvermögen zeigt sehr große Vorzüge. Es entfesselt das Streben und den Arbeitstrieb; es läßt auf die Arbeit ihren Lohn folgen; es gibt dem Menschen

[1] Auch bei den Nordslawen nachweisbar, vgl. Simkhowitsch S. 8 f. So auch die consortia in Oberitalien u. a.

die Möglichkeit, frei und ungehindert und ohne Familiensklaverei seinen Zielen zuzustreben; es befördert die Willenskraft, die Achtsamkeit und den wirtschaftlichen Sinn. Auf solche Weise haben die Völker im Einzelvermögen die Quellen ihres Fortschritts, ihrer Kraft und ihrer Kulturstärke gefunden[1].

Allerdings hat das Einzelvermögen auch seine schweren Schattenseiten. Will man es mit Kraft durchführen, so muß man es als veräußerliches Vermögen gestalten, denn nur der freie Verkehr bietet die obengenannten Vorteile, und zugleich als vererbliches, denn nur so wird der Persönlichkeit eine dauernde Macht verliehen. Mit der Veräußerung aber und der Vererbung ist sofort die Ungleichheit unter den Menschen gegeben; die verschiedene Vermögenskraft eines jeden, die Verschiedenheit der wirtschaftlichen Beanlagung, die Verschiedenheit der Arbeitsenergie, die größere oder geringere Geschicklichkeit im Verkehrsleben gibt dem einen Menschen einen unbedingten Vorsprung vor dem anderen; der eine wird reich, der andere arm. Jahrhundertelang hat man sich mit dem Problem befaßt, wie hier abzuhelfen sei, namentlich weil immer von Zeit zu Zeit die unteren Klassen durch Krisen heimgesucht und dadurch in schwere wirtschaftliche und politische Mißlichkeiten verstrickt waren, auch immer von Zeit zu Zeit sich gegen die hergebrachte Ordnung aufbäumten und empörten. Namentlich auch das Erbrecht führt zu großen Ungleichheiten, wenn man nicht auf dem morgenländischen Standpunkt verbleibt, bloß einen einzelnen Erben anzunehmen; ist dies nicht der Fall, und hat jemand viel, der andere wenig Erben, so kann ein und derselbe Vermögensbetrag das eine Mal unter zehn, das andere Mal unter zwei Erben geteilt werden; das ist eine ersichtliche Quelle der Ungleichheit.

Nachdem man jahrhundertelang diesen Erscheinungen hilflos entgegengestanden hat, hat die neuere Zeit versucht, diese Mißlichkeiten des Einzelvermögens mehr oder minder auszugleichen. Man ging davon aus, die individuellen Kräfte des Eigentums aufrechtzuerhalten, ihm aber zu gleicher Zeit das Bestreben einzupflanzen, den sozialen Bedürfnissen zu dienen. Der unbedingte, eigensüchtige Einzeltrieb kann uns nicht frommen, und man muß mehr oder minder versuchen, auf dem Boden unserer Einzelwirtschaft wieder große Vereinigungsmittelpunkte zu schaffen, die dem Ganzen dienen und sich namentlich denjenigen widmen, die durch jene Grundsätze des Einzelvermögens in den Hintergrund gedrängt worden sind[2]. So hat man heutzutage die planmäßige Unterstützung der Kranken, der wirtschaftlich Schwachen, der Verunglückten eingeleitet und auf solche Weise den im Wirtschaftskampfe schwächeren Einzelwesen ein lebenswürdiges Dasein, Kraft und Fortbildungsfähigkeit zu gewähren versucht, und auch Versicherungen gegen Arbeitslosigkeit, genossenschaftliche Organisationen der Arbeit und anderes hat man eingerichtet.

Man tut dies heutzutage von Staats wegen, während frühere Geschlechter solches mehr als Familiensache behandelten; heutzutage wird der mächtige Staat herangezogen, um durch soziale Tätigkeit da auszugleichen, wo die Wirtschaftsordnung zu Ungleichheiten geführt hat.

Noch andere Umstände kommen hierbei in Betracht, welche den Nachteil der Ungleichheit zu mildern bestimmt sind; vor allem der Respekt vor der Arbeit, der jedem

---

[1] Die Vorteile des Einzeleigentums sind schon von Aristoteles, Politik II 2, in mustergültiger Weise entwickelt worden. Vgl. auch Thomas von Aquin, Summa theol. 2. 2 qu. 66. a. 2: quia magis sollicitus est unusquisque ad procurandum aliquid, quod sibi soli competit, quam id quod est commune omnium vel multorum; quia unusquisque laborem fugiens relinquit alteri id quod pertinet ad commune, sicut accidit in multitudine ministrorum; alio modo quia ordinatius res humanae tractantur, si singulis immineat propria cura alicujus rei procurandae; esset autem confusio, si quilibet indistincte quaelibet procuraret; tertio, quia per hoc magis pacificus status hominum conservatur, dum unusquisque re sua contentus est; unde videmus, quod inter eos, qui communiter et ex indiviso aliquid possident, frequentius jurgia oriuntur. Vgl. hierzu auch Schaub, Eigentumslehre nach Thomas von Aquin S. 266 f.

[2] Einer der Ersten, die diese Ideen angeregt haben, war der jetzt vergessene Philosoph Franz von Baader; vgl. Reichel, Sozietätsphilosophie F. v. B.s S. 56 f. (Separatabdr. aus Z. f. gesammte Staatswissensch. 57 Heft 2).

tüchtigen Arbeiter an sich eine geachtete Stellung gibt, und, damit verbunden, das Recht an der Idee. Unser Recht gewährt dem Ideenfinder großartige Rechte; dahin gehören insbesondere die neuzeitigen Urheber- und Erfinderrechte; diese bieten dem Begabten, wenn auch vermögenslosen, die Kraft, ungemessene Vermögensmassen zu erwerben und eine vollständige Umwälzung herbeizuführen; sie geben ihm die Fähigkeit, die Industrie sich dienstbar zu machen, und die, welche seine Herren waren, werden jetzt seine abhängigen Knechte. Der Kultus der Arbeit ist das wahre Gegenmittel, wodurch der Individualismus seine eigenen Schäden überwindet.

Das Recht des Ideenerfinders ist ein Recht der Schöpfung, und mit dem Begriff der Schöpfung entsteht ein Gedanke, der von der Arbeit zur Natur die Brücke schlägt: was ich geschaffen habe, das ist von meiner Geistesarbeit befruchtet, darin waltet meine Geisteskraft, es steht mir daher näher als anderen: die Arbeit ist Auslösung der Person. Übrigens ist der Gedanke schon früher fruchtbar gewesen, sobald der Einzelseinsgedanke die Person und ihre Arbeit als eigenrechtsbildend zu behandeln begann. So hat man daraus den Satz entwickelt: was ich aus der Natur erobere (okkupiere), ist mein; man hat dem Fruchtzieher mehr oder minder die Frucht, man hat endlich dem, der eine Sache verarbeitet (spezifiziert), so daß sie ihr Wesen umgestaltet, also insbesondere auch dem Künstler, der mit fremdem Werkstoff schafft, das Eigentum des Erzeugnisses zugestanden. Alles dies sind ebenso viele gewaltige Einwirkungen des Arbeitssystems in das System des angeerbten Gutes, des Sachkapitalismus.

Noch eines hat die Entwicklung gleichsam zur Sicherung aufgestellt, den Satz: Der Besitz, der lange Zeit währte, erlangt seine Rechtfertigung und bleibt bestehen, wenn er auch mit den Regeln des angeerbten Eigens und Sachkapitalismus im Widerspruch steht. Der Grund liegt nicht darin, daß man dem langjährigen Besitzer nicht wehetun will, er beruht vielmehr auf der Tatsache, daß ein langjähriger Besitz regelmäßig so sehr mit der ganzen Einzelwirtschaft verwächst, daß ein späteres Loslösen zur Zerstörung von Wirtschaftswerten und damit zum Nachteil nicht nur des Einzelnen, sondern auch der Gemeinschaft führen würde.

II. Verhältnisse von Mensch zu Mensch.

a) Verhältnisse inniger Art.

α. Familienrecht.

§ 17. Totemismus[1].

Auch im Familienrecht zeigt sich der ursprüngliche Gedanke: die Menschheit entwickelt sich ursprünglich in Gesamtheiten, der Einzelmensch tritt erst allmählich und langsam hervor. In der Familie hat ursprünglich jeder die Wurzel seines Wesens; sie verteidigt ihn, sie hat es zu büßen, wenn von ihm aus Untaten geschehen, sie verkehrt mit anderen Familien: der Einzelne ist recht- und machtlos. Die Gesamtheit der Familie nun, die auf solche Weise eine Einheit bildete, war religiös verknüpft: das rechtliche Band entsprach einem religiösen, der Familienverband war ein Totemverband.

Totem ist das Stammzeichen, gewöhnlich ein Tierzeichen; aber er ist nicht bloß etwas Äußerliches: denn derartige Formen haben bei den Völkern ursprünglich eine sehr tiefe innerliche Bedeutung. Es besteht nämlich der Gedanke, daß der Totemstamm nicht nur das Zeichen des Tieres trage, sondern auch die Seele des Tieres in sich habe, weshalb das Tier als Stammgott verehrt wird und alle Totemmitglieder sich scheuen würden, es zu töten oder es zu beunruhigen. Auch herrscht noch vielfach der Gedanke, daß man im Tode in dieses Tier zurückverwandelt werde.

[1] Zu diesem und den nächstfolgenden Kapiteln vgl. meine Urgeschichte der Ehe.

Dieser Totemismus ist über die ganze Erde verbreitet, und bis zu den neuesten Kulturvölkern können wir den Einfluß des Totemismus verfolgen; schließlich flüchtet er sich in die Sagenwelt, denn die Melusinensage, wonach eine Stammmutter des Geschlechts ein Tiergeist gewesen ist, ebenso wie die Lohengrinsage, wonach dies beim Stammvater der Fall war, sind nichts anderes als großartige Überreste dieser aus früheren Lebensanschauungen stammenden mythologischen Idee.

Dieser Totemismus hat dazu geführt, daß die Völker sich als eines fühlten, und wenn zwei Totemgruppen sich heirateten, so traten die Totemgeister dadurch in eine geheimnisvolle Beziehung. So entstanden die ersten Staaten; ein Hauptmittel des Zusammenhaltes aber war die kreuzweise Gruppenehe, von der alsbald die Rede sein wird.

§ 18. Lösung der Totemfamilie: Weiheschar und Sondergeist.

Allmählich zerfielen die totemistischen Verbände, und neue staatliche Einrichtungen traten ein auf Grund neuer familienrechtlicher Beziehungen.

Zu den Einrichtungen, welche die totemistische Gestaltung durchbrachen, gehört vor allem die gemeinsame *Jünglingsweihe*. Es ist eine durchgreifende Übung unseres Geschlechts, daß Jünglinge und Mädchen im Alter der Reife eine gewisse Zeit der Prüfung und der Abgeschlossenheit durchzumachen haben, um nachträglich als vollgültige Mitglieder in die Gesellschaft der Männer und Frauen zu treten. Wie alle großen Erscheinungen des Rechtslebens hängt auch diese mit dem Glauben zusammen: sie beruht auf dem Gedanken der Seelenerneuerung; das Kind legt die Seele des Kindes ab und nimmt die Seele des Erwachsenen an. Daher der vielfache Glaube, daß die Jünglinge durch ein Ungetüm verzehrt und in irgend einer Weise wiedergeboren werden: sie vergessen das bisherige Leben und treten ganz neu in die menschliche Gesellschaft ein.

Dieser Glaube ist so allgemein verbreitet, daß er auf tiefer seelischer Grundlage beruhen muß: es ist das hervortretende Mannesalter, das mit der Jugend bricht, und dem das ganze bisherige Leben als kindisches Spiel erscheint, — ein Gefühl, das die Stimmung der Mannbarkeitszeit kennzeichnet. In diese Zeit fällt nun auch alles, was an Wildheit und Rauheit in der menschlichen Natur ist, Rauheit gegen andere wie gegen sich selbst; daher die Quälereien, die Entbehrungen und die herbe Behandlung, die Abgeschlossenheit und die wirklichen Peinigungen. In diese Periode fallen auch die Bräuche, welche das Mannesleben kennzeichnen, die Belehrung über religiöse und politische Dinge, vor allem auch die in der Menschheit vielverbreitete Beschneidung (die erst in Zeiten fortschreitender Kultur in ein früheres Alter verlegt wird).

Die Jüngslingsweihe nun bringt alle Weihejünglinge in eine gemeinsame Schar: sie gelten als verwandt, als von einem Geiste getrieben. Es ist eine neue Verwandtschaft an Stelle der Blutsverwandtschaft, und die Weihgenossen leben nun auch nachträglich zusammen, halten sich im Männerhaus auf, haben ihre Spiele, ihren Erwerb, ihre Lebensverhältnisse gemeinsam. So entwickelt die Menschheit eine neue, kräftige Gemeinschaft, die dem totemistischen Verbande gefährlich wird; eine Gemeinschaft von Kraft und Wildheit. Dieser Gemeinschaft ist vorzüglich das Aufkommen des Häuptlingtums zu verdanken, denn Häuptling wird derjenige, der auf den gemeinsamen Beutezügen sich besonders hervortut und als Lenker und Leiter die anderen zum Ziele führt.

Damit treten weitere Erscheinungen hervor: die Einsamkeit, die den Jüngling in sich selbst vertieft, die Erregungszustände der Mannbarkeitszeit, damit verbunden das lange Fasten, die vielen Entbehrungen, Krankheiten und Wundfieber, alles führt zu einem stark entwickelten Innenleben, zu Träumen und Halluzinationen und vor allem zu einer Verselbständigung der Persönlichkeit: der Jüngling fühlt sich mit einem Geiste einig, mit dem *Manitu*, der ihm im Jünglingstraum geoffenbart wird, und so tritt der Einzelne gegenüber der Gruppe als selbständiges Wesen hervor.

Aber auch schon von früher her regt sich die Verselbständigung; sie tritt hervor in der *Namengebung*. Der Name ist ursprünglich nicht etwa bloß ein Merkmal, — er hat eine geheime Kraft; er ist der Träger der Seele: wenn man den Namen wechselt,

so tauscht man die Seele aus; wenn man den Namen eines Verstorbenen spricht, so tritt der Geist des Toten in die Mitte, weshalb viele Völker es aufs strengste verbieten und es sogar als todeswürdiges Verbrechen betrachten, den Namen eines Verstorbenen zu nennen. Auch darin zeigt sich die Bedeutung des Namens, daß er ursprünglich nicht willkürlich gewählt wird; er wird entweder den Umständen bei der Geburt entnommen, die gleichsam dem Menschen das Horoskop stellen und sein Leben beeinflussen: dann ist die Namengebung eine ominöse; oder der Name wird einem Vorfahren entnommen: das will heißen, daß die Seele des Vorfahren in das Kind übergeht. Und was die Hauptsache ist: wie die Jünglingsweihe dem Jüngling eine neue Seele gibt, so nimmt er einen neuen Namen an; bei manchen Völkern ist auch mit der Beamtenstellung, namentlich dem Häuptlingtum, ein neuer Name verbunden, und noch heute darf es niemand wagen, den Kaiser von China mit seinem früheren Namen zu bezeichnen.

Auf solche Weise wird durch den Namen nicht etwa bloß das Einzelwesen gekennzeichnet, es wird gestützt und gekräftigt: die Einzelseele klammert sich an den Namen, als an eine Stütze, und kann weiterbestehen, ohne im Gesamtleben zu verschwinden. Darum die Heiligkeit des Namens, von der uns noch ein Rest geblieben ist; denn schon Goethe bemerkt, daß es jedem unangenehm ist, wenn man mit seinem Namen spielt.

Soeben wurde von der Vorstellung gesprochen, daß die Seele des Vaters oder Ahnen auf das Kind übergehe; diese Vorstellung hat bei einigen Völkern zu seltsamen Folgerungen geführt, die sich hauptsächlich im Häuptlingsrecht äußerten, zur Teknonomie (Kinderherrschaft), die sich bei den Polynesiern findet: Mit der Geburt des erstgeborenen Sohnes muß der Häuptling abdanken und den Erstgeborenen als Herrscher betrachten; er ist nur noch als dessen Minister und Vormund tätig. Daß diese Einrichtung sehr zuträglich sei, ist nicht zu sagen. Andere Völker umgingen sie durch die Annahme, daß das Kind nicht die Seele des Vaters, sondern die Seele des Großvaters bekomme, und dieser war meist schon tot, wenn der Erstgeborene ins Leben trat.

Jedenfalls zeigt sich hier klar, wie oftmals der Individualismus wieder in Gesamtideen zurückfällt, die dann aber eigenartig individualistisch gestaltet sind.

§ 19. Gruppenehe.

Mit dem Totemismus war ursprünglich die Gruppenehe aufs innigste verknüpft. Zwei Totems heirateten einander kreuzweise. Die Männer des Totem A heirateten die Frauen des Totem B, und umgekehrt, und zwar nicht die Einzelnen die Einzelnen, sondern zusammen: die vielleicht 20 Männer des einen Totem heirateten 20 Frauen des andern, so daß kein Einzelner eine besondere Frau hatte, sondern jeder der 20 Männer seinen Anteil hatte an jeder der 20 Frauen. Auf diese Weise entstanden aus den Totems A und B (wenn wir die Männer mit großen, die Frauen mit kleinen Buchstaben bezeichnen) die zwei Gruppenehen A : b und B : a. Dies bewirkte, unserer Anschauung gegenüber, eine außerordentliche Verschiebung aller Verwandtschaftsbeziehungen; denn alle Kinder der Gruppenehe A : b bezeichnen die A als Väter und die b als Mütter, während umgekehrt die Kinder der Gruppe B : a die B als Väter und die a als Mütter bezeichnen; nicht etwa deswegen, weil Erzeuger und Erzeugerin unsicher wären, sondern deshalb, weil das Kind als Kind der Gruppe gilt. Die Folge ist die, daß jeder Mann den Sohn seines Bruders Sohn nennt und den Bruder seines Vaters Vater. Ebenso nennt jede Frau den Sohn ihrer Schwester Sohn. Anders gestaltet sich das Verhältnis zwischen einem Mann und dem Sohn seiner Schwester: dieser gehört nicht mehr der nämlichen Gruppenehe, sondern der entsprechenden anderen Gruppenehe an; bei der Gruppe A : b nennt A den Sohn seiner Schwester a nicht Sohn, denn er stammt nicht aus der Gruppenehe A : b, sondern aus der Gruppenehe B : a; er nennt ihn daher Neffen, und dieser nennt ihn Onkel; so entwickelt sich der Neffen- und Onkelbegriff.

Nach diesem System findet sich die Gruppenehe bei den Australiern wie bei einer großen Reihe von Rothäutestämmen, und auch bei Negervölkern ist sie noch nachweisbar. Es gibt aber auch noch andere Formen, in der sie sich entwickelt. Bisher haben wir die

regelrechten Fälle angenommen, daß die Männer der einen Generationsstufe stets nur Frauen derselben Generationsstufe heiraten. Aber es gibt auch Stämme, wo ein Mann nicht nur die Schwester seiner Frau, sondern auch die Nichte und Tante seiner Frau heiratet und umgekehrt.

Übrigens liegt allen diesen Gruppenehen der Satz zu Grunde, daß eine Gruppe die andere heiratet; keine Gruppe heiratet in sich selbst: mithin darf nirgends ein Mitglied der einen Gruppe mit einem Mitglied derselben Gruppe geschlechtlich verkehren: dies wäre der schwerste Frevel. Doch scheint dieses System erst ein Ergebnis später Entwicklung zu sein, denn es lassen sich namentlich in der Südsee Familienformen erkennen, wonach die Gruppe auch in sich selbst, wo also insbesondere Bruder und Schwester, heiraten dürften.

Man hat die ganze Lehre von der Gruppenehe bestreiten wollen, aber mit so wenig kritischem Eingehen auf die Nachweise, die zuerst Morgan[1] u. a., und dann ich gebracht habe, daß diese Bestreitung keiner weiteren Berücksichtigung bedarf.

§ 20. Mutterrecht und Übergang zum Vaterrecht.

Die totemistischen gruppenehelichen Verhältnisse der Menschheit beruhten ursprünglich auf dem Mutterrecht: das Kind gehörte dem Totem der Mutter, nicht dem Totem des Vaters an; also z. B. das Kind der Gruppenehe A : b war ein B und kein A. Dies ist begreiflich, denn die Zusammengehörigkeit mit der Mutter und mit ihrer ganzen Gruppe drängte sich von selbst auf, nicht nur durch die Geburt, sondern auch durch die Schicksale des Kindes, das in den ersten Jahren von der Mutter ernährt und vollkommen von ihr erzogen wird. Dieses Mutterrecht hat die Menschheit jahrhundertelang beherrscht, ist aber dann meist in das Vaterrecht übergegangen, wonach das Kind nicht dem Totem und der Familie der Mutter, sondern dem Totem und der Familie des Vaters angehört. Ein gewisser Zwang hat die Völker dazu geführt.

Einmal sah man sich genötigt, die großen Totems in Untertotems zu zerschlagen, und da geschah es nicht selten, daß man den Einteilungsgrund für die Untertotems von den Vätern herleitete; und wenn etwa die eine Wölfin einen Hirsch geheiratet hatte und die andere einen Bären, so wurden die Untertotems Hirsch und Bär genannt, und die ursprüngliche mutterrechtliche Totembeziehung wurde mit der Zeit vergessen.

Ein anderer Grund machte sich geltend, als der Mangel der Nahrungsmittel die Familien zwang, das Weite aufzusuchen und sich in kleine Gruppen zu teilen. Hier konnte man nicht festhalten, daß das Kind nicht zur Vaterfamilie, sondern zur Mutterfamilie in Beziehung stehe, und daß es daher nicht dem Vater, sondern dem Onkel gehöre; dieser Onkel war möglicherweise sehr fern, vielleicht ganz unbekannt, und so zeigten sich naturwidrige Verhältnisse. Dasselbe ergab sich auch, wenn etwa ein Stamm Kolonisten aussandte. Die Kolonisten konnten das Mutterrecht aus dem nämlichen Grunde nicht festhalten: die Kinder traten allmählich zum Vater in Beziehung, und die Beziehungen zum Onkel wurden zurückgedrängt oder auch ganz aufgegeben.

Namentlich aber hat ein Grund wesentlich dazu beigetragen, das Mutterrecht zu zerstören: das war die Raub- und Kaufehe. Wer seine Frau kraft Raubes oder Kaufes besaß, der hatte sie wie eine Sklavin und beanspruchte ihre Kinder, wie der Eigentümer der Kuh das Kalb als sein Eigentum in Anspruch nimmt. Wie weit dieses Moment gewirkt hat, beweist der Umstand, daß es bei vielen Völkern Vaterrechtsehen und Mutterrechtsehen gibt: Vaterrechtsehen, wenn die Frau gekauft worden ist; Mutterrechtsehen,

[1] Vor allem in seinem grundlegenden Werke: Systems of consanguinity and affinity of the human mankind (Washington 1871 — in den Smithsonian Contributions to Knowledge). Wer dieses Quellenwerk nicht durchgearbeitet hat, hat überhaupt kein Recht, in der Sache mitzusprechen. Über Gruppenehe und Totemismus vgl. meine Urgeschichte der Ehe (aus Zeitschr. f. vgl. Rechtswissenschaft) und die Einzelnachweise, die ich in verschiedenen Aufsätzen jener Zeitschrift gegeben habe; ferner Schriften von Cunow, von Howitt und Fison, von Spencer und Gillen u. a.

wenn der Kaufpreis nicht bezahlt werden konnte. Dies wird sich aus der Geschichte des Eherechts des näheren ergeben.

§ 21. Entwicklung der Einzelehe.

Aus der Gruppenehe hat sich die Einzelehe entwickelt und, wie es scheint, in vielfältiger Weise. Ein nicht seltener Übergang ist der von der Gruppenehe zur Vielmännerei: dieser Übergang macht sich von selbst, wenn der Mädchenmord häufig geübt wird und es Gebrauch wird, daß man nur eines der Mädchen der Familie aufzieht und am Leben behält. Sind auf solche Weise in der einen Ehe fünf Söhne und in der anderen nur eine Tochter, so führt die Gruppenehe von selbst dahin, daß die fünf Männer zusammen eine Frau bekommen, und das ist die Vielmännerei, wie wir sie in verschiedenen Teilen Indiens, namentlich bei den Todas, bei den Singhalesen und am Himalaya, finden. Diese Vielmännerei geht nicht selten über in die Wechselehe, die darin besteht, daß eine Frau zur selben Zeit immer nur einen Mann hat, diesen aber von Zeit zu Zeit, z. B. alle paar Monate, wechselt. So ist es z. B. bei den Nairs in Südindien; und bei manchen indischen Stämmen wird dies dadurch verdeckt, daß die Frau sich mit einer Pflanze verheiratet und „daneben" wechselweise mit einer Reihe menschlicher Männer verkehrt.

Eine großartige Entwicklung nun liegt darin, daß die Ehe monandrisch gestaltet wird, indem die Frau nur mit dem einen Mann verheiratet ist. Diese monandrische Einrichtung mag verschiedene Gründe haben; einer der Gründe ist der in jenen Zeiten äußerst häufige Frauenraub[1]. Die Frau wird geraubt mit roher Gewalt, meist in der Ferne; sie ist eine Art von Sklavin und hat die untertänige Stellung, welche ihr das Vaterrecht bietet; ihre Kinder gehören dem Mann in der Weise, wie es soeben angegeben worden ist. Natürlich führte dieser Frauenraub leicht zu Kriegen und Familienfehden, die dann oft lange fortwüteten und ihre Opfer heischten, aber schließlich mit irgend einer Versöhnung endeten. Die Versöhnung wurde, ganz entsprechend dem materiellen Zuge des Menschen, damit besiegelt, daß der Familie der geraubten Frau irgend ein Gegenwert gegeben wurde; der Gegenwert konnte in einer anderen Frau bestehen oder auch in Geld oder sonstigen Werten.

Ist die Entwicklung erst einmal so weit gediehen, dann ist es nur ein Schritt, daß man sofort damit beginnt, über den Frauenpreis in Unterhandlung zu treten. Der Raub wird mehr oder minder zur abgekarteten Sache, der Kampf mehr oder minder ein scheinbarer, und der Frauenraub geht über in den Scheinraub, bis schließlich von dem ganzen Raube nur noch ein paar Zeremonien übrig bleiben, die bis in die neuesten Zeiten im Gebrauch der Völker fortbestehen; so daß z. B. die Frau beim Hochzeitszug heimlich verschwindet, daß dabei Streitigkeiten entstehen, daß die Frau über die Schwelle mit scheinbarer Gewalt getragen wird, daß sie in Stöhnen und Klagen ausbricht; und ein Überrest dieser Auffassung, der allerdings auch noch andere Gründe haben kann, sind die sogenannten Tobiasnächte, eine Einrichtung, die darin besteht, daß die Vollziehung der Ehe erst nach einigen Tagen beginnen darf.

So wird der Frauenraub zum Scheinraub und zur Raubzeremonie, und der Frauenkauf tritt an seine Stelle. Er ist über die ganze Erde verbreitet und überall der Vorbote gesitteter ehelicher Verhältnisse. Allerdings führt auch diese Eheform zur vollen Untertänigkeit der Frau; doch ist es möglich, in der einen oder anderen Weise ihre Abhängigkeit zu lindern, z. B. dadurch, daß man den Mann nicht den vollen Frauenpreis zahlen läßt, sondern ihm einen Teil (das Talikulo der Malaien) erläßt; die Folge ist, daß der Familie noch immer einige Rechte an der Frau verbleiben und der Mann sie nicht unbestraft totschlagen darf. Im übrigen wird die Kaufidee bei den Völkern aufs äußerste ausgeklügelt; so gilt es bei den Negern in unseren Kolonien als Grundsatz, daß der Frauenpreis zurückbezahlt werden muß, wenn die Frau den Mann ohne Grund ver-

[1] Hierüber bereits Recht als Kulturerscheinung S. 8 f.

läßt, oder wenn sie ohne Kinder stirbt; doch kann die Familie sich hier dadurch helfen, daß sie dem Mann eine andere Frau kaufpreislos überantwortet. Hiernach gelten die Töchter als Segen und Reichtum, und bei den Kafirs kommt es vor, daß Leute, die einen großen Viehstand haben, und Leute mit vielen Töchtern sich zu einer Art von Gesellschaft vereinigen, wo der Viehstand auf der einen und der Mädchenstand auf der anderen Seite die Gesellschaftseinlage bildet.

Eine der interessantesten Entwicklungen ist es nun, wie der Frauenkauf wiederum sich zersetzt hat und zum Scheinkauf geworden ist; dies auf verschiedenem Wege. Vielfach wurde der Frauenpreis, der ursprünglich an den Vater oder Onkel der Frau fiel, der Frau selber überlassen, und er wurde so zum Frauengut oder Wittum. Sehr häufig war auch der Brauch, daß die Eltern der Frau dem Manne eine Aussteuer gaben, welche den Frauenpreis aufwog oder ihn sogar noch bedeutend überbot. So verschwand allmählich der Frauenpreis, bei den Indogermanen ebenso wie bei den Semiten: bei den Hindus wurde er zum Frauengut, Çulka, bei den Hebräern zur Ketuba, bei den Arabern und Islamiten zum Mahr.

Nunmehr war dem ethischen Zug der Entwicklung freier Spielraum gegeben, nachdem die Not des Daseins und der Zwang der Entwicklung abgeschüttelt war. So erstand die Eheform, welche mystisch eine seelische Verbindung der beiden Ehegatten herbeizuführen suchte: Blutverbindung, gemeinsames Essen und Trinken, so noch bei den Japanern der San-Sankudo, d. h. das dreimalige Leeren dreier Becher, bei den Hindus die Reisvermischungen u. s. w.; so erstand die priesterliche Eheschließung beim Hervortreten eines kräftigen Priestertums, wie bei den Hindus, wo diese Gottesehe in verschiedenen Formen vorkommt, und wo der Brahmane die heiligen Sprüche selbst bei den niederen Kasten verliest, die sich ihm nur in einiger Entfernung nahen dürfen.

Die weiteren Schicksale des Eherechts können hier unbesprochen bleiben: mehr oder minder wird in modernen Zeiten die Priesterehe zur Zivilehe, und die Zivilehe (meist als obligatorische Zivilehe) beherrscht nunmehr unser Kulturleben.

Das aber zeigt diese ganze Entwicklung aufs klarste, wie ohne Wissen des Menschen die Kulturfortschritte sich vollziehen: gewiß hat derjenige, der zuerst eine Frau geraubt hat, in keiner Weise geahnt, daß er damit zum Wohltäter der Menschheit geworden ist.

Ein ähnlicher Fortschritt läßt sich auch in der Ehewahl dartun. Zunächst ist die Ehegenossenschaft von selbst gegeben. Die Gruppen heiraten zusammen, später heiratet ein Einzelwesen der einen Gruppe ein Einzelwesen der anderen; das geschieht aber nicht nach eigenem Belieben, sondern nach dem Wunsch der Gruppe oder der von der Gruppe abgezweigten Familie. So ist noch auf weitem Gebiete die Wahl des Lebensgefährten in den Willen der Familie gesetzt: es sind die Interessen der Familie, welche in der Ehe als verkörpert erscheinen, und die Familie läßt sich darum das Belieben des Einzelwesens nicht gefallen.

Ein großer Fortschritt ist es bereits, wenn beim Frauenkauf der Mann freie Hand bekommt und für sein Geld, wie er beliebig Kuh und Kalb kaufen kann, sich auch ein Weib zu verschaffen vermag. Die Oberherrschaft des Geschlechts und der Familie wirft sich jetzt auf die Frau: die Frau ist Ware und zwar geldwerte Ware in der Hand der Familie, und der Frauenpreis gehört zu den Haupteinkünften des Familienhauptes.

Wie nun allmählich die Kaufehe aufhört und damit die Betrachtungsweise eine andere zu werden beginnt, ist bereits ausgeführt. Aber noch jahrhundertelang leidet die Frau unter der Obmacht ihrer Familie, und die Heirat gegen den Willen dieser ist der Frau entweder nicht gestattet oder wird ihr schwer zum Vorwurf gemacht.

Erst die neuere Zeit hat die Frau auch hiervon befreit und damit für das Einzelwesen einen neuen Boden der Betätigung geschaffen. Damit ist zugleich eine Fülle individueller Leidenschaft und eine Betätigung individueller Wahlentscheidung mit allen damit zusammenhängenden Leiden und Freuden gegeben, welche die Eigenart des neuzeitlichen Lebens bildet. Mit der Freiheit der Wahl gewinnt die Wahl auch einen ganz anderen Charakter; es sind persönliche, in den Tiefen des Geschlechtslebens ruhende Triebe, die zum Ausdruck gelangen, eine Quelle individueller Freude und eine Quelle individueller

Tragik, jedenfalls aber mit der Möglichkeit eines reichen Lebensinhaltes, der den früheren Zeiten versagt ist.

§ 22. Verschämte Ehe.

Die Entwicklung der Einzelehe vollzieht sich als Abweichung gegen das bisherige Recht, sie ist gewissermaßen ein Raub, den der Einzelne gegenüber der Allgemeinheit begeht. Daher eine Reihe von Erscheinungen, die ich unter dem Namen der verschämten Ehe zusammenfasse. Die Ehe wird im stillen abgeschlossen, oder wenn sie öffentlich erfolgt, so dürfen die Brautleute bei der Feierlichkeit nicht anwesend sein, sie schleichen sich vorbei. Namentlich aber geht daraus die Schwiegerscheu hervor: die Ehegatten scheuen sich vor den Schwiegereltern, der Verkehr ist untersagt, eine abergläubische Zurückhaltung trennt beide Generationen. Ähnliche Züge finden sich auf der ganzen Erde; sie zeigen, wie allüberall die Einzelehe als etwas Nachträgliches, Ungewohntes, früher Unrechtmäßiges gilt[1].

§ 23. Ausgestaltung des Vaterrechts.

Das Vaterrecht entwickelt sich, wie aus dem Obigen hervorgeht, zunächst als Herrschaftsrecht: der Ehemann ist Herr der Frau und damit Herr ihrer Frucht. Daher bildet sich bei den meisten Kulturvölkern ein Stand des Familienrechts, bei dem es nicht darauf ankommt, von wem das Kind gezeugt ist, sondern nur, daß es der Ehefrau angehört und damit ihrem Ehemann. Dies hat in jener Zeit um so größere Bedeutung, als die Arbeitskräfte gesucht sind und ein Sohn mehr in der Familie das Vermögen um eine Arbeitskraft bereichert. Daher auch die merkwürdige Einrichtung bei indogermanischen wie semitischen Völkern, daß, wenn die Ehe kinderlos bleibt, die Frau sich mit einem anderen Manne, meist einem Bruder oder Verwandten des ersten, verbinden muß, um der Familie ein Kind zu zeugen. So namentlich auch, wenn der Mann kinderlos stirbt. Es ist das ein Rechtsstand, den man bekanntlich nach dem hebräischen Brauch das Leviratsrecht nennt. Im indischen Recht war er besonders ausgeprägt: er bildete das Institut des Niyoga; und der auf solche Weise gezeugte Sohn hieß Kshetraja; er stand in der Familie dem Aurasa, dem legitimen Sohne, gleich. Eine der interessantesten Entwicklungen ist es nun, wie dieses Institut allmählich untergegangen ist, wie es dem Sinne der Völker immer mehr widersprach, weil ihm durch das Mittel der Kindesannahme ein leichterer Ersatz geschaffen wurde. Diesen Über- und Untergang können wir in den indischen Rechtsbüchern leicht verfolgen.

Auf demselben Prinzip beruhte es, daß im indogermanischen Rechte das Kind, mit dem die Frau schwanger in die Ehe trat, als das Kind des Ehemannes galt, ohne Rücksicht darauf, von wem es herrührte. Dieses Kind ist nach indischem Rechte der Sahodha, der Mitgebrachte. Und ebenso derjenige, den die Frau als bereits Geborenen in die Ehe brachte, der Jungfernsohn, Kânîna. Und schließlich selbst der Ehebruchssohn, der heimlich Geborene, für dessen Dasein nichts Weiteres sprach als das Verbrechen der Eltern, war ursprünglich ein vollbürtiges Mitglied der Familie, daher der bekannte Satz: pater est, quem nuptiae demonstrant. Erst allmählich tritt in dieser Beziehung ein Umschwung ein. Die Ehebruchskinder werden immer mehr zurückgedrängt, weil man annimmt, daß der Makel der Erzeugung ihnen anklebt. Und so werden diese Kinder allmählich einfach auf Alimente gesetzt oder ganz aus der Familie herausgedrängt, und damit entsteht die zweite Anschauung von der Vaterschaft, wonach der Vater als der Erzeuger des Kindes gilt. Natürlich bleibt von dem alten Gedanken noch manches übrig, und selbst heutzutage ist er nicht vollständig verdrängt; auch heute gilt der Satz: ist der Ehemann der mögliche Vater, so wird er als der wirkliche Vater angesehen; im übrigen ist heutzutage der Beweis, daß er nicht der Vater sein kann, zulässig, und die Anfechtung der Ehelichkeit ist aus diesem Grunde gestattet; allerdings auch hier mit der Eigenheit, daß, wenn der

[1] Beispiel in Z. für vgl. Rechtsw. XIV S. 341 f.

Ehemann anfechten kann und nicht ansieht, die Ehelichkeit des Kindes gewahrt bleibt, weil man nicht will, daß Dritte in die Ruhe der Familie eingreifen und ein Familienband zerreißen, das die Nächstbeteiligten erhalten wissen wollen.

Das Vaterrecht war hiernach ursprünglich Herrschaftsrecht gewesen und ist zu einem Rechte des Erzeugers geworden. Dieser Umschwung hat sich nicht vollzogen ohne eine religiöse Idee, und der religiöse Gedanke, der dem Vaterrecht eine neue Bedeutung gegeben hat, ist die auf der ganzen Welt verbreitete Vorstellung, daß die Seele des Kindes vor der Geburt oder unmittelbar nach derselben mit dem Ehemann der Mutter in eine geheime Verbindung tritt; dieser darf von nun an gewisse Dinge nicht tun, weil man glaubt, das Kind werde dadurch geschädigt, es komme als Mißgeburt zur Welt, es erkranke, und seine Seele entfliehe. Ist dieser Gedanke entwickelt, dann ist zugleich das Weitere gegeben: das Kind gehört dem Ehemann, ebenso wie es der Ehefrau gehört; es ist ihm mit Leib und Seele verbunden, nicht eigentlich, weil er der Erzeuger, aber weil er der Ehemann der Frau ist; doch das eine geht nun in das andere über: auf solche Weise wird es den Naturvölkern auch verständlich, daß das Kind dem Vater gleicht. Bei gewissen Stämmen hat sich diese Idee in ganz außerordentlichem Maße herausgestaltet, zur wundersamen Sitte, welche man als Couvade oder Männerkindbett zu bezeichnen pflegt, indem der Ehemann nach der Geburt des Kindes eine Zeitlang das Lager hüten muß, während die Frau die Geschäfte des Hauses besorgt. Der Gedanke ist der, daß gerade in dieser entscheidenden Zeit für den Ehemann eine ganz besondere Sorge, Enthaltsamkeit und Eingezogenheit des Lebens notwendig ist, weil sonst der Organismus des Kindes geschädigt wird und das Kind dem Tode verfällt. Diese Sonderssitte ist nichts anderes als eine etwas gewaltsame Ausbuchtung einer Vorstellung, die zu den Urerscheinungen unseres Geschlechts gehört und wie keine andere bildend gewirkt hat.

§ 24. Künstliche Verwandtschaft.

Die Verwandtschaft, die nicht auf Einheit des Blutes oder der dieser Blutseinheit gleichgestellten Herrschaft beruht, ist von mir künstliche Verwandtschaft genannt worden. Sie begreift Einrichtungen in sich, die noch heutzutage unsere Kulturvölker kennen, aber auch solche, die schon längst vor dem Schritte der Kultur verschwunden sind. Die wichtigste Einrichtung dieser Art ist die Kindschaftsannahme oder Ankindung, auch Adoption genannt. Sie beruht darauf, daß jemand, der an sich dem Blute fremd steht, durch irgend einen Vorgang zum Kinde gemacht wird. Solches reicht in die frühesten Zeiten unseres Geschlechts zurück; bei manchen Völkern ist die Kinderannahme so häufig, daß sie zu einem völligen Kinderwechsel führt. Hier haben wir es wohl mit einem Überrest aus den Zeiten der Gruppenehe zu tun; denn dort gehörte das Kind der ganzen Gruppe an, und es war nur zufällig, daß es mehr bei dem einen Paar der Gruppe als bei dem anderen lebte; dieser Zufall spielte nun weiter, oder vielmehr, er wurde ausgelöst zum Auswechselungsspiel, und schließlich behält jede Familie die Kinder, die ihr am besten behagen.

Die Kindschaftsannahme erfolgte sehr häufig durch Einwirken mystischer Mächte, indem durch Seelenvereinigung die Beziehung zu Vater und Mutter hergestellt wurde, so wie sie beim leiblichen Kinde besteht. Hierzu benutzte man vielfach die Einrichtung der Jünglingsweihe; wie wir wissen, bekam das Kind hierbei eine neue Seele; und wenn diese Weihe in der Adoptivfamilie vorgenommen wurde, so lag kein Gedanke näher als der, daß das Kind die Seele mit dieser Familie teile. Daher der nicht seltene Satz, daß die Ankindung vor der Jünglingsweihe geschehen muß und in Verbindung mit der Jünglingsweihe steht; so namentlich im indischen Rechte. Aber auch im germanischen Leben hängt die Ankindung durch Waffengebung oder durch Haarschur mit der Weihe zusammen. Demselben Gedankenkreis gehört auch die Zeremonie an, daß das Kind auf den Schoß gesetzt wird oder gar von da zur Erde gleitet, um den Geburtsvorgang zu versinnbildlichen. Später wird die Ankindung zu einem rein juristischen Institut, aller ihrer

mystischen Gedanken entkleidet, nicht selten dadurch gekennzeichnet, daß das Kind in die Geschlechtstafel eingetragen wird.

Der Grund der Ankindung war nicht nur der natürliche Trieb, Nachkommen zu haben, sondern noch andere Ideen lagen im Hintergrund. Keine ist mächtiger gewesen als der Gedanke, daß der Adoptivsohn als Sohn verpflichtet sei, die Totenopfer darzubringen und dadurch dem Verstorbenen Ruhe und Glück im Jenseits zu bringen. Dieses Motiv hat die Ankindung in gleicher Weise bei den Ostasiaten (Chinesen und Japanern, Koreanern) und bei den Indogermanen hervorgetrieben, namentlich bei den Hindus und bei den Griechen.

Doch auch dieser und ähnliche Beweggründe verschwinden allmählich, und es bleibt nur das eine naturgemäße Familienmotiv übrig; dieses ist aber so mächtig, daß das Institut auch noch im heutigen Leben eine bedeutende Rolle spielt, wenn es auch nicht mehr eine so maßgebende Einrichtung darstellt, wie z. B. im Leben der Hindus. Der Islam allerdings kennt die Kindschaftsannahme nicht, aber aus dem besonderen Grunde, weil der Prophet sie verwarf, da sie ihm unbequem war: er wollte die Frau seines Adoptivsohnes mit unter seine Weiber aufnehmen, und er hätte dies nicht gekonnt, wenn die Ankindung als wirksames Institut bestehen geblieben und diese Frau seine Schwiegertochter gewesen wäre.

Von der Kindschaftsannahme wohl zu unterscheiden ist das nur bei den Rothäuten nachweisbare System des Familienersatzes: es wird ein Gefangener in der Art aufgenommen, daß er an die Stelle eines Verstorbenen tritt, sei dies nun ein Sohn, Bruder, Vater u. s. w.; er gilt als der Fortsetzer der Seele des Verstorbenen, nimmt sein ganzes Sein in sich auf, bekommt dessen Vermögen, Familie u. s. w. Diese Einrichtung war den Rothäuten segensreich, weil sie in ihren Kämpfen oft vollständig dezimiert wurden: im Fall großer Verluste pflegten sie sich auf solche Weise aus den Gefangenen zu ergänzen, indem sie sie mehr oder minder an Stelle der Verstorbenen oder Gefallenen treten ließen. Natürlich setzt das Institut einen tiefen Glauben an diese Umwandlung voraus, auch von seiten der Gefangenen, denn sonst wäre es nicht möglich gewesen, daß solche Gefangene sich den feindlichen Familien so sehr angeschmiegt hätten, daß Ruhe und Ordnung herrschte und der neue Vater ohne weiteres wie der alte Familienvater im Stamme wirkte.

Ein anderes früher verbreitetes Institut ist das der Blutsbrüderschaft, auch Blutsschwesterschaft: zwischen zwei Personen tritt das Verhältnis von Bruder zu Bruder oder Schwester zu Bruder ein; ja, in alten Zeiten wurde dies so weit fortgebildet, daß die beiden Brüder wie eine Einheit galten, zwei Leiber und eine Seele, und diese Einheit zeigte sich in der Gemeinschaft der Frauen und des Vermögens: die Frau des einen Blutsbruders gehörte auch dem anderen, das Vermögen des einen galt zugleich als Vermögen seines Bruders, und keiner hatte etwas vom anderen getrennt. So findet sich die Blutsbrüderschaft in weiten Teilen der Erde, auf den malaiischen Inseln, wie in Ostafrika. Allmählich allerdings nimmt man an diesen tiefgehenden Folgen Anstoß, und man läßt die Blutsbrüder Freunde sein, ohne daß ihre Einzelpersönlichkeiten ineinander übergehen, und ohne daß der eine auf solche Weise im Hause des anderen schalten darf. Immerhin bleibt der Blutsbruder eine gewichtige Persönlichkeit, ein Helfer in Rat und Tat; die hauptsächliche Bedeutung aber ist die Blutrache: ein Blutsbruder muß den anderen rächen, das ist seine heiligste Pflicht. Auf solche Weise ist uns in unseren Kolonien die Blutsbrüderschaft ein heilsames, ja unentbehrliches Institut geworden: die Blutsbrüderschaft mit einem mächtigen Häuptling wird dem Reisenden Leben, Hab und Gut sichern, weil der Mörder, der Vergewaltiger eine schwere Rache heraufbeschwören würde. Allerdings hat das Institut auch manche Bedenken, und die schwarzen Herren Blutsbrüder sind mitunter noch recht anspruchsvoll. Eine besondere Art der Blutsbrüderschaft ist die Pelagenossenschaft, der Blutsverband von Gemeinde zu Gemeinde (nach den Malaien so benannt), der sich auch in einer gegenseitigen Helferpflicht äußert und außerdem ein Ehehindernis bietet und der auch bei den Galliern und Südslawen nachweisbar ist.

Diese ganze Verwandtschaft ist in modernen Staaten verschwunden; mindestens finden wir sie in unseren kodifizierten Rechten nicht mehr, wenn sie sich auch bei einigen Völkern, wie z. B. bei den modernen Griechen, im Leben erhalten hat. Der Grund, warum sie verschwindet, ist der, daß sie sich in ihrer späteren Entwicklung hauptsächlich auf die Blutrache hinausspielt, manchmal auch zu antistaatlichen Genossenschaften führt, und beides dem Fortschritt der Kultur weichen muß.

Andere Arten der künstlichen Verwandtschaft haben geringere Bedeutung, ja oft nur ein örtliches Anwendungsgebiet. Immerhin darf das Institut der Milchverwandtschaft im Islam nicht übersehen werden, das der Prophet aus dem Recht einiger Araberstämme entnommen zu haben scheint. Milch ist gleich dem Blut: das Kind steht zur Amme im selben Verhältnis wie zu einer Mutter. Ja, selbst mehrere von der nämlichen Amme gesäugte Kinder gelten als Milchgeschwister und stehen miteinander in Verwandtschaft. Die einzige Folge in der Islamwelt ist das Eheverbot; dieses geht in der Milchverwandtschaft ebenso weit wie in der Blutsverwandtschaft; die auf solche Weise entstandene Verwandtschaft zwischen verschiedenen Säuglingen derselben Amme versagt also den Milchgeschwistern späterhin die gegenseitige Ehe, — eine sehr mißliche Einrichtung, die in den Islamländern große Störung anrichtet. Außerhalb der Islamwelt findet sich die Einrichtung selten.

Eine andere künstliche Verwandtschaft ist die Verwandtschaft mit dem Pflegevater und dem Lehrer; sie hängt mit dem Ankindungsverhältnis insofern zusammen, als auch sie auf die Jünglingsweihe zurückweist: der geweihte Jüngling steht von selber in einer Art Verwandtschaftsverhältnis zum Weihevater, und so entsteht in Indien eine Verwandtschaft zwischen dem Brahmanen und seinem Zögling, in der Christenwelt eine Verwandtschaft zwischen Paten und Täufling u. s. w.

β. Erbrecht.

§ 25. Allgemeines.

Stirbt die einzelne Persönlichkeit, so ist ursprünglich für das individuelle Vermögen kein Raum mehr; denn lediglich die einzelne Person ist es, zu deren Gunsten Vermögensstücke aus der Allgemeinheit ausgeschieden waren; die Individualisation war individuell, darum zeitweise; sie hört auf. Hier baut sich die zweite Stufe der Individualisation auf: das Vermögen bleibt individuell, es kommt wieder an Einzelwesen; man scheut sich mehr und mehr vor dem Gesamtvermögen und will wo möglich das Einzelvermögen fördern. Auf diese Weise hat sich das Erbrecht entwickelt. Es setzt also zwei Stufen der Individualisation voraus: die eine, welche überhaupt Vermögensstücke aus der Allgemeinheit ausscheidet, und die andere, welche dahin drängt, diese Ausscheidung noch nach dem Tode dieser einzelnen Person fortdauern zu lassen.

Die Familienglieder, an welche das Vermögen fallen soll, werden aus dem Kreise der Familie ausgewählt; bald ist es ein Einzelner, bald mehrere. Die Art der Wahl wird eine sehr mannigfaltige sein, da hierbei die verschiedenartigsten Interessen mitwirken können: Interessen des Opfers, Interessen der Erhaltung des Familienvermögens, Interessen der Wahrung der Gütereinheit und schließlich die Interessen des näheren Familienverbandes, in dem der Erblasser gelebt hat, und von dem man annimmt, daß er in innigerem Vereine mit ihm steht als die übrigen Familienmitglieder.

Es war daher nichts irriger, als wenn das Naturrecht ein für allemal gewisse Erben als die natürlichen bezeichnen wollte, und wenn man z. B. Einrichtungen wie Majorat oder Minorat einfach als ungerecht zu bannen versuchte. Der Drang der Entwicklung geht zunächst nur dahin, das Vermögen als Einzelvermögen bestehen zu lassen; die Auswahl der Einzelerben ist eine Sache, die den verschiedensten Rücksichten unterstellt werden kann. Aufgabe des Gesetzes ist es nun, gerade die wichtigsten und durchgreifendsten Rücksichten zu wahren, und tut es dies nicht, so ist es eben ungerecht.

Dabei gibt es Völker, welche in der ersten Linie der Erben stehen geblieben sind; dies waren beim Mutterrecht die Neffen, beim Vaterrecht die Söhne; und wenn derartige

Familienglieder nicht vorhanden sind, so schafft man sie künstlich. Dies ist insbesondere der Zug des ostasiatischen Rechts: Chinesen, Japaner und Koreaner haben eigentlich nur eine Erbfolge der Abkömmlinge, und sind keine Abkömmlinge vorhanden, so muß durch Kindesannahme geholfen werden; nötigenfalls geschieht eine Ankindung nach dem Tode, wobei sich dann allerdings über die Auswahl der Person gewisse Regeln bildeten, die man aufrechterhält, wenn nicht besondere Gründe entgegenstehen. Diesen Typus des Erbrechts wahrt auch noch das heutige japanische Zivilgesetzbuch in Bezug auf die Hauserbfolge.

Andere Rechte gehen weiter und lassen in Ermangelung von Abkömmlingen sonstige Verwandte zur Erbschaft gelangen. Hierbei haben sich insbesondere zwei Systeme entwickelt: das System der Gradesnähe und das System der Parentelerbfolge. Daneben gibt es noch mehr oder minder regellose Mischsysteme. Die Gradesnähe geht nicht auf die Organisation der Familie zurück, sondern mißt nur die Stufenfolge, die man vom Erben bis zum Erblasser durchlaufen muß; sie läßt die Anzahl der Glieder entscheiden, welche dazwischen stehen, und durch die hindurch der Weg zum Erblasser gefunden wird. Ganz anders die Parentelerbfolge: sie geht von der organischen Familienbetrachtung aus; jeder bildet mit seinen Abkömmlingen eine Ordnung; eine zweite Ordnung bildet der Vater mit seinen Abkömmlingen, eine dritte der Großvater mit seinen Abkömmlingen u. s. w. So schreitet man von Stufe zu Stufe aufwärts, organisch die Entwicklung der Familien verfolgend: zuerst die Erben der ersten, dann die der zweiten, dann der dritten Ordnung u. s. w., so daß eine Schicht nach der anderen zur Hebung kommt. Allerdings gehört, wer in der ersten Parentel ist, zugleich zu den Verwandten, welche die zweite Parentel bilden u. s. w.; es gilt aber das Gesetz, daß sie in die erste Parentel gerechnet werden, und die zweite Parentel besteht nur aus den Personen, die nicht in die erste Parentel fallen u. s. w.

Der Gedanke der Parentelfolge ist so einleuchtend, daß es nicht zu verwundern ist, daß er sich auf den verschiedensten Gebieten unseres Erdballs unabhängig gebildet hat. Wir finden den Parentelgedanken besonders im Rechte der Hindus und im Rechte der Germanen; ferner im Rechte der Juden und der Araber, und auch bei anderen Völkern lassen sich mindestens Äußerungen des Gedankens nachweisen.

Sehr wichtig ist hierbei die Frage, ob nach Stämmen oder Köpfen geerbt wird, welche Frage man so zu stellen pflegt, ob das sogenannte Repräsentationsrecht gilt. Die Frage tritt in zwei Vorkommnissen auf: Möglicherweise ist ein Sohn und ein Enkel vom anderen Sohn vorhanden, während dieser andere Sohn gestorben ist; es fragt sich, ob der vorhandene Sohn den Enkel des anderen Stammes ausschließt, oder ob Enkel und Sohn zusammen erben? Letzterenfalls sagt man, daß der Enkel den Sohn, von dem er stammt, repräsentiere oder an dessen Stelle trete, — eine Redeweise, die allerdings nicht ganz zutreffend ist, aber den richtigen Gedanken volkstümlich bezeichnet. Manche Rechte haben sich gegen dieses Eintrittsrecht sehr lange gesträubt; der Islam noch heute; im deutschen Recht gehörte eine lange Entwicklung dazu, um es durchzusetzen, indem früher der Satz galt: Je näher dem Blut, je näher dem Gut.

Die zweite Erbgestaltung, in der das Repräsentationsrecht auftritt, ist folgende: Die Erben sind vom nämlichen Grade. Es sind z. B. 6 Enkel von einem Sohn vorhanden und 2 Enkel vom anderen Sohn. Die Söhne sind beide gestorben, und die Frage erhebt sich, ob die Enkel nach Köpfen teilen, oder ob auch hier die Familienorganisation durchdringt und das Erbe in zwei Teile geteilt wird, die eine Hälfte unter die 6, die andere unter die 2. In dieser Anwendung hatte das Eintrittsrecht noch viel größere Kämpfe zu bestehen; manche Gesetze, die es in der anderen Verbindung kennen, verneinen es hier. Unsere modernen, deutschen und romanischen Rechte haben ihm auch hier den Vorzug zuerkannt, von der Anschauung ausgehend, daß die den Enkeln in der Familie zum voraus zugewiesene Stellung durch den frühzeitigen Tod der Söhne nicht geändert werden solle. Wären die Söhne am Leben geblieben, so hätten ja in der Regel die jeweiligen Enkel (durch die Söhne hindurch) je die Hälfte des Vermögens erlangt; es sind nun keine genügenden Gründe vorhanden, eine völlig andere Teilung eintreten zu lassen, wenn die Söhne verstorben sind und die Enkel unmittelbar erben, so daß

in diesem Fall die 2 Enkel, die sonst je ein Viertel des Vermögens bekämen, auf je ein Achtel beschränkt würden. Das deutsche Recht allerdings hat sich sehr lange dagegen gesträubt und den Grundsatz aufgestellt: „So viel Mund, so viel Pfund."

In dieser Gestaltung haben sich die modernen Erbrechte entwickelt; die Erbordnungen zeigen allerdings im einzelnen große Verschiedenheiten; aber im großen ganzen beruhen sie auf dem einen oder anderen der beiden Systeme oder einer Verbindung beider. Auch unser B. G. B., das von der Parentelerbfolge ausgeht, führt sie folgerichtig nur bis in die dritte Ordnung organisch durch, während von der vierten Ordnung an zwar immer noch die Parentelen hintereinander gerufen werden, in jeder Parentel aber Gradesnähe und Kopfteilung herrscht. Der Grund ist der, weil sonst in den höheren Parentelen eine zu große Zersplitterung des Vermögens eintritt, was für die Vermögensbildung in keiner Weise vorteilhaft erscheint.

§ 26. Erbschaft der agnatischen Familie.

Die agnatische Familie hat der Erbfolge ihr Gepräge sehr scharf eingedrückt: nicht nur erben lediglich solche Personen, die durch Männer, d. h. durch Zeugung, verbunden sind, sondern man beginnt sogar die Frauenspersonen, auch wenn sie auf diese Weise verbunden sind, auszuschließen. Der Grund ist der: Bei den damaligen Eheverhältnissen pflegte die Frau das Vermögen in das Haus des Mannes zu bringen, so daß es für die Familie, aus der es stammte, endgültig verloren war. Man gab deswegen den verheirateten Frauen nur ihre Aussteuer mit und schloß sie von der Erbschaft aus. Das wird anders, sobald die Stellung der Frauen in der Ehe eine andere wird, und allmählich läßt man auch die Frauen zur Erbfolge zu. Eine höchst interessante Entwicklung in dieser Hinsicht hat der Islam durchgemacht, denn Mohammed war es, der den Frauen, entgegen den früheren Bräuchen, ein Erbrecht gab, das allerdings sehr unorganisch gestaltet ist. Wenn z. B. eine Schwester mit dem Bruder, eine Tochter mit dem Sohn zusammentrifft, so wird die Frau Erbin, wie ihr männlicher Partner, aber sie bekommt nur einen halben Mannesteil, entsprechend dem alten Grundsatz, wonach die Frau nur ein halbes Wergeld hatte. Wenn dagegen die Frau keinen solchen gleichartigen männlichen Partner hat, so beruft sie Mohammed zu einem festen Teil, Fardh, etwa einhalb, ein Sechstel usw. Auf diese Weise bekommt die Tochter, die Sohnestochter, die Schwester, die Mutter (aber auch der Vater, die Ehegatten und die uterinen[1] Geschwister) solche Fardh-Teile. Dadurch wurde natürlich das System äußerst verwickelt, unübersichtlich und führte zu den seltsamsten Sonderlichkeiten. So konnte es z. B. kommen, daß die uterinen Geschwister als Fardh-Erben gerufen waren, während die vollbürtigen Geschwister keinen Teil bekamen, weshalb ein Kalif die berühmte sog. Eselsentscheidung erließ, indem fingiert wurde, der Vater der vollbürtigen Geschwister sei ein Esel gewesen, so daß sie nur noch als uterine Geschwister zählten und als solche zur Erbschaft gelangten[2].

§ 27. Testament.

Einer der interessantesten Teile der Rechtsgeschichte ist die Geschichte des Testaments. Von diesem haben die Völker ursprünglich keinen Begriff; sie können sich nicht denken, daß man nach dem Tode, wo man nicht mehr ist, noch vollkräftig wirken kann, und insbesondere wird es als ein Widerspruch erachtet, wenn der Erblasser für eine Zeit verfügen will, wo er selber nicht mehr ist und mithin der Verfügungsfähigkeit gebricht. Allein, hier wirkte der Zwiespalt nach, von dem oben (S. 25) gesprochen wurde. Hatte man einmal das Eigentum von der Person unabhängig gemacht und dem Eigentümer die Befugnis gegeben, es zu opfern, es dem Erben zu entziehen, so wurde man zu der Annahme getrieben, daß der Eigentümer auch in der Lage sei, zu erklären, daß das Eigentum im

[1] D. h. bloß durch die Mutter, nicht durch den Vater mit dem Erblasser verbundenen.
[2] Rechtsvergleichende Studien S. 108.

letzten Augenblick seines Lebens auf einen anderen übergehen solle, und dies führte von selbst zur letztwilligen Verfügung. Der Widerspruch, den man darin findet, daß jemand über ein Vermögen verfügt, das er nach dem Tode überhaupt nicht mehr innehat, wird durch den Gedanken überwunden, daß man ja das Vermögen im letzten Augenblick des Lebens hingeben kann, und zwar auf eine solche Weise, daß es für immer nicht nur dem Erblasser, sondern auch seinen Erben entzogen ist. Auf diesem Wege mußte man zum sogenannten Erbvertrag gelangen, und seine Bildung wurde noch durch zwei besondere Umstände unterstützt: man konnte jemanden zum Kind annehmen; dann war er naturgemäßer Erbe des Vermögens, — er war es als künstlicher Sohn; nichts stand aber im Wege, daß die Kindesannahme in der Art abgeschwächt wurde, daß man sie auf das Erbrecht beschränkte und alle anderen Züge des Familienverbandes, die sonst mit der Ankindung verbunden waren, auslöste. Ein anderer Gedanke war es, daß man die Volksversammlung anrief und vor derselben und mit ihrer Zustimmung das Vermögen für sofort oder in die Zukunft übertrug; hierdurch erlangte die Verfügung zu gleicher Zeit einen gewissermaßen öffentlichen Charakter, und sie galt als Gesetz.

Der Erbvertrag war bindend und konnte nur mit Zustimmung des Vertragsgegners wieder aufgehoben werden. Das war lästig, und wäre die Menschheit nicht darüber hinweggekommen, so wären die letztwilligen Verfügungen eine Ausnahme geblieben. Aber man gelangte auf weiterem Wege zur einseitigen widerruflichen Verfügung, zum Testament. Das konnte in zweierlei Weise geschehen: 1. Man behielt sich bei einer solchen Vergabung oder bei einem solchen Erbvertrag das beliebige Rücktrittsrecht vor, oder 2. man wandte das Vermögen nicht dem Erben, sondern einem Vertrauensmann, Testamentsvollstrecker, zu und empfahl diesem die Reihe letztwilliger Verfügungen, die man ausgeführt wünschte, zur Erfüllung und Nachachtung[1]. Der juristische Erbe war hier der Testamentsvollstrecker, aber er war nur ein Erbe fiduziarischer Art im Interesse Dritter; und da der Vertrauensmann kein maßgebendes Interesse hatte, daß eher der A als der B das Vermögen bekomme, so gab man von selber dem Erblasser die Befugnis, die Bestimmungen zu ändern und dem Treuhänder ein anderes Verzeichnis von Erben zu übergeben. Auf solche Weise entwickelte sich das einseitige Testament[2] und damit eine der größten Wohltaten der Menschheit; denn dieses verbindet in sich folgende Betätigungen: a) Die Persönlichkeit wirkt über das Grab hinaus; b) sie kann die besonderen Verhältnisse berücksichtigen und demjenigen Zuwendungen machen, der ihrer bedarf; c) sie kann die Ungleichheiten und Ungerechtigkeiten der Natur mildern, indem sie denjenigen, der von Natur bedürfnisvoller in die Welt gesetzt ist als die anderen, mit einer besonderen Gabe versieht und ihm dadurch eine gewisse Ausgleichung gegenüber der Härte des Schicksals verschafft. Schließlich ist das Testament ein Hebel menschlicher Wohltätigkeit, ein Mittel, um ideale Zwecke zu fördern und insbesondere Vermögen zu Stiftungszwecken anzusammeln.

Ein interessantes Problem ist es, wie weit der Einzelwille des Erblassers gehen darf, und ob seine Willkür, die im wesentlichen schalten und walten darf, nicht unter gewissen Beschränkungen und gesetzlichen Kontrollbestimmungen steht. Manche Rechte, auch das ältere römische Recht, überlassen alles dem Pflichtermessen und der Verantwortlichkeit des Erblassers vor seinem Gewissen und der Welt. Dieses System hat unzweifelhafte Vorzüge: die Zwecke des Testamentes können reichlicher erreicht, die Unebenheiten besser ausgeglichen, die Einheit des Familienguts kann gewahrt und dieses vor Zersplitterungen behütet werden. Trotzdem ist weder das römische noch das deutsche Recht dabei stehen geblieben; beide besorgen den Fall eines Mißbrauchs. Nun wäre immerhin folgende

---

[1] Vgl. auch schon Einführung in die Rechtswissenschaft S. 96, wo die Entwicklung nur skizziert werden konnte. Ich erwähne es aber mit Rücksicht darauf, daß die Idee zu 2, die ich auch schon vorher in meinen Vorlesungen dargelegt hatte, neuerdings unabhängig auch bei Lambert, La tradition romaine sur la succession (1901) p. 48 f., ausgeführt worden ist.

[2] So im röm. Recht das Manzipationstestament. Daher auch der römische Satz: Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest; man konnte dem Vertrauensmann, dem familiae emptor, nur sein ganzes Vermögen übergeben, und dies schloß von selbst die gesetzliche Erbfolge aus.

Möglichkeit geblieben: man hätte es dem freien Ermessen des Gerichts oder der Obrigkeit überlassen können, zu prüfen, ob im einzelnen Falle ein solcher Mißbrauch vorliegt, insbesondere, ob die Erbschaft einer unwürdigen Person zugewandt ist. Sowohl das römische wie das germanische Recht zeigen Ansätze dieser Entwicklung. Diese belastet aber das Gericht mit einer so schwierigen Prüfung und führt eine solche Unsicherheit des Rechtsstandes herbei, daß die Geschichte dabei nicht stehen geblieben ist und zu festen Größenbestimmungen geführt hat: die nächsten Erben sollten das Recht auf einen gesetzlichen Teil, eine portio legitima bekommen, den Fall schwerer sittlicher Verfehlungen ausgenommen.

Dies ist das System der modernen kontinentalen Rechte geworden. Es ist nicht zu verkennen, daß es den widerstrebenden Rücksichten Rechnung trägt; auf der anderen Seite ist es allerdings der großen Ansammlung von Vermögensmassen nicht günstig; es führt insbesondere bei Großbetrieben und Großgütersystemen zu einer bedauernswerten Zersplitterung oder doch Belastung und Überlastung der Wirtschaftsgrundlagen und Wirtschaftsmittel, so daß man sich veranlaßt gesehen hat, einerseits durch ein System von unteilbaren, unbelastbaren Stammgütern, anderseits durch die bäuerliche Einrichtung des Anerbenrechts den schweren wirtschaftlichen Nachteilen zu entgehen, welche eine unvermeidliche Wertzersplitterung zur Folge hätte.

Ein anderer Nachteil des Pflichtteilsystems ist es, daß oft ein beträchtliches Erbgut an einen Sohn zu hinterlassen ist, der als Verschwender wenig Gutes fördert, oder an einen Erben, dessen Vermögen sofort die Beute der Gläubiger wird. Diesem Nachteil steuert man heutzutage durch die Bindung des Pflichtteilgutes, die in solchen Fällen wirtschaftlicher Gefahr gestattet ist, so daß der Erbe nicht das Kapitalvermögen in die Hand bekommt, sondern nur die Früchte, während das Vermögenskapital von dritter Hand verwaltet oder als unveräußerlich erklärt wird.

Eine Art der Bindung ist die Bindung durch Einsetzung eines Nacherben, indem der erste Erbe das Erbgut in seinem Kapitalbestand einem zweiten Erben erhalten muß. Dieses Institut hat, auch abgesehen vom Pflichtteil, seine bedeutende Berechtigung. Es hat die Bestimmung, es zu vermeiden, daß das Vermögen in der ersten Generation sofort wieder verfliegt; und das ist nicht selten zu befürchten, da die Söhne stark wirtschaftlich angelegter Väter, kraft des Reizes des Widerspruchs, nicht selten den entgegengesetzten Hang in sich tragen. Auf solche Weise kann der Erblasser es sichern, daß seine Enkel und Urenkel noch an demjenigen zehren und sich erfreuen, was er seinerzeit vielleicht mit schwerer Mühe und feiner Spekulation errungen hat.

Indes auch dieses System muß seine Schranken haben, denn es ist gewiß unerträglich, daß etwa Jahrhunderte hindurch das Vermögen verfangen bleibt und die Erbordnung sich in der von dem Erblasser bezeichneten festen Reihenfolge entwickeln muß. Und darum streben die modernen Rechte dahin, eine solche Nacherbeneinsetzung auf gewisse Zeit oder auf eine gewisse Reihe von Generationen zu beschränken, — Beschränkungen, die sich auch im B. G. B. finden[1].

Mit diesen Nacherbeinsetzungen verwandt sind die Stiftungen; ja, der Islam begreift unter dem Worte Wakf unbedenklich beides. Bei der Nacherbeinsetzung wird der Vorerbe Eigentümer, allerdings unter einer auflösenden Bedingung; und wenn er auch das Kapitalvermögen nicht angreifen darf, so steht ihm die Verwendung der Vermögensfrüchte frei. Das Ziel der Verfügung kann allerdings sein, die Familie im Wohlstande zu erhalten, die Nachkommen gegen Verschwendung zu sichern; allein, diese Ziele sind allgemeine Vermögenserhaltungsziele und beziehen sich nicht auf eine besondere Betätigung des Vermögens. Ganz anders die Stiftung: der Stiftling ist nicht Eigentümer des Stiftungsvermögens; ihm kommt nur seine stiftungsgemäße Vermögensrente zu; und wenn die Stiftung nicht zu Gunsten einzelner Familien, sondern zu Gunsten von Naturwesen oder zu irgend welchen sonstigen Kulturzwecken gegründet ist, so ist der Unterschied gegenüber der Vor- und Nacherbeinsetzung noch viel bedeutender. Das Vermögen ist hier viel stärker gefesselt, denn nicht nur das Kapital, sondern auch die

[1] Einführung in die Rechtswissenschaft S. 102.

Zinsen sollen im Sinne des Erblassers verwendet werden. Darum geht unsere ganze heutige Entwicklung dahin: es sollen Stiftungen nur mit Staatsgenehmigung gegründet werden können; und es soll dem Staat unter Umständen das Recht zustehen, der Stiftung eine andere Verwendung zuzuweisen oder sie ganz aufzuheben; denn um hier vernünftig zu walten, ist nicht nur eine Einsicht in die Gegenwart, sondern eine Voraussicht der Zukunft nötig.

Dies sind die Endpunkte der Entwicklung des Erbrechts, wo es wieder die kollektive Vermögensentwicklung berührt, nachdem es zum Hort des Einzelvermögens geworden ist.

b) Losere Verhältnisse. Schuldrecht.

§ 28. Versprechen als wirtschaftliches und als ethisches Moment.

Wesentlich von den bisherigen Beziehungen verschieden ist das Schuldrecht, das keine lebenslänglichen oder auch nur übermäßig lang dauernden Verbindungen schafft, sondern mehr oder minder flüchtige Begegnungen, die angebahnt und wieder getrennt werden, aber wegen ihrer Zahl, ihrer Mannigfaltigkeit und ihres Einflusses auf das Menschenleben von hervorragender Bedeutung sind.

Dieses Schuldrecht ist ein wesentliches Erzeugnis einzelrechtlicher Entwicklung; Zeiten kommunistischer Auffassung kennen das Schuldrecht höchstens als Missetatrecht, wo die eine Familie der anderen für die Vergehungen ihrer Mitglieder aufkommen muß. Erst mit der Zeit, wo das Vermögen sich vereinzelte und jeder seine Eigentumsstücke hatte, entwickelte sich die Notwendigkeit, daß der eine den anderen zu Leistungen verpflichtete; und je weiter insbesondere die Arbeitsteilung drang, um so mehr zeigte sich das Bedürfnis, dasjenige zu schaffen, was man Verbindlichkeit nennt.

Der Austausch allerdings geht dem Schuldrecht lang voraus; ja, es hat lange Zeit Austausch gegeben, ehe man den Gedanken des Schuldrechts gefaßt hat. Der Austausch bestand eben in der unmittelbaren Hingabe der einen Sache für die andere, wobei man in einfachen Verhältnissen der Verpflichtung entbehren konnte.

Sobald aber der Gedanke auftrat, daß zukünftige Leistungen mit in das Bereich des Rechts gezogen werden, war ein Fortschritt und zwar ein Fortschritt ersten Ranges gegeben. Es war ein Fortschritt wirtschaftlicher wie ethischer Art. Der wirtschaftliche Fortschritt bestand darin, daß es möglich wurde, Leistungen künftiger Zeit jetzt schon in das Getriebe des Verkehrs hineinzuwerfen und zum Gegenstand verkehrsmäßigen Austausches zu machen. Derjenige, der nichts hat, als seine Arbeitskraft, kann möglicherweise mit den Mitteln anderer wirtschaften, wenn er die Gegenleistung in der Zukunft verspricht, nachdem er den erhofften Gewinn gemacht hat. Auf diese Weise vertraut der eine auf die künftige Leistung des anderen, und das nennt man Kredit. Mit dem Kredit kommt eine ganze Fülle neuer Werte in den Verkehr, die Vergangenheit dient der Zukunft, wie die Zukunft der Vergangenheit; die Schranke der Zeit wird überschritten, und ungehindert herrscht jetzt der Mensch über Zeit und Raum.

Die juristische Konstruktion dieses Verhältnisses ist allerdings sehr verschieden gewesen. Die erste Zeit mußte sich solche Beziehung vorstellen als eine Art von Wertrecht des Gläubigers an der Person des Schuldners: er hatte das Recht, aus dem Schuldner in irgend einer Weise das Geld herauszupressen; der Schuldner war seine Pfandsache. Und so kam die weltgeschichtliche Idee von der Haftung des Schuldners mit Leib und Leben, von der Haftung des Leichnams, von der Haftung mit der Freiheit, von der Schuldsklaverei und von der Abarbeitung der Schulden durch den verpfändeten Schuldner (Pfandling), eine Idee, die in der Geschichte der Menschheit viele Jahrhunderte einnimmt und Generationen hindurch zwar erzieherisch wirkte, aber auch eine Fülle von Elend und Weh über die Familien brachte. Und eine weitere Entwicklung war es, als der Schuldner dem Gläubiger noch dadurch entgegenkam, daß er sich ihm förmlich verhaftete und dem Gläubiger sein Pfund Fleisch, seine Freiheit, seine Ehre verpfändete

oder sogar das ganze Seelenheil mit in die Schanze schlug. Dies hing mit der unten darzulegenden Annahme zusammen, daß der Mensch die Selbstmunt in der Art habe, daß er Leib, Leben, Freiheit und Ehre einem anderen dahingeben dürfe. Lange Zeit hatte die Menschheit zu ringen, sich von diesem Gedanken freizumachen, und es gelang ihr; vorher aber war es nötig, daß sie den Haftungsbegriff von der Person abzustreifen und dafür den Begriff der Verpflichtung einzusetzen vermochte: der Schuldner haftet nicht mehr, d. h. seine Persönlichkeit ist frei und unangetastet; er ist nur verpflichtet, d. h., er ist gehalten, eine Leistung zu machen. Das Recht pocht hier nicht an die Grundfesten des menschlichen Daseins, es greift nicht die Person in ihrem Sein und Wesen an, es wendet sich an die Stellung der Person im Verkehrsleben und erklärt die Stellung als erschüttert, wenn die Leistung nicht gemacht wird; und dementsprechend wird die Erschütterung der Stellung durch Eingriff des Rechts zur Geltung gebracht: das Recht als Vertreter des Verkehrs greift in die Stellung der Person ein und rückt die Verhältnisse, wie es den Erfordernissen des rechtlichen Verkehrslebens entspricht. Hierbei war es nun allerdings möglich, daß man in die Härten früherer Zeiten zurückgriff; denn wenn der Schuldner, um seine Stellung im Verkehr zu wahren, zu einer Leistung verpflichtet war, so konnte man ihn auch durch persönlichen Zwang anhalten, diese Leistung zu machen; man konnte sogar zu der Folgerung gelangen, der Schuldner sei verpflichtet, das Nötige zu tun, um sich in stand zu setzen, der Leistungspflicht zu genügen, also einen Erwerb zu machen, sich durch Arbeit die Mittel zu verschaffen, als Arbeiter einzutreten, ja Sklave zu werden. Aber immerhin konnte dies doch vernünftigerweise nur so weit reichen, als man an eine Ergiebigkeit dieses Zwanges denken konnte, und auch der Gedanke, daß die Verpflichtung zur Leistung zugleich auch die Verpflichtung enthalte, das zu tun, was die Leistung ermöglicht, z. B. so lange zu arbeiten, bis das Geld herbeigeschafft ist, mußte sich allmählich als falsch und trügerisch erweisen. So war damit die Bahn geebnet, um von dem Schuldrecht früherer Tage sich zu entfernen und zu dem Satze zu gelangen: wenn der Schuldner nicht zahlt, so können wir uns nur an seinem Vermögen vergreifen; außerdem besteht höchstens noch ein Recht des Gläubigers, den Schuldner zu verhindern, der Befriedigung der Gläubiger entgegenzuhandeln.

Die Entwicklung des Schuldrechts hat aber nicht nur einen wirtschaftlichen, sondern auch einen bedeutenden ethischen Bezug. Der ethische Mensch ist nicht etwa bloß der gutartige, sondern auch zugleich der folgerichtige Mensch, und zur Folgerichtigkeit gehört, daß, wer ein Versprechen gegeben hat, volle Verläßlichkeit hat, so daß man die Erfüllung des Versprechens als sicher in Aussicht nimmt. Somit reifte der Lebenssatz: Versprechen muß man erfüllen. Dieses trat bei den Völkern auch vielfach in der Art hervor, daß ein Versprechen als geheiligt erschien und unter dem Schutze eines besonderen Gottes stand. Durch Anrufung Gottes und Verfluchung konnte diese Heiligkeit noch besonders verschärft werden. Tritt nun das Recht hinzu, und verlangt es mit seinen Mitteln, daß dem Versprechen gehorcht wird, so trägt es dazu bei, die Folgerichtigkeit des Lebens zu erhöhen und den Charakter zu verbessern. Auf solche Weise hat die Moral in das Recht und das Recht in die Moral eingewirkt.

Hierbei zeigte sich aber allerdings mancherlei Zwiespalt; denn die wirtschaftliche Natur des Versprechens bringt das Erfordernis mit sich, daß die „Diskontierung" der Zukunft nur dann rechtlich erfolgen darf, wenn dadurch ein der allgemeinen Wirtschaft günstiges Ergebnis erzeugt wird; daher nicht, wenn z. B. ein Versprechen auf etwas Unerlaubtes gegeben wird oder eine solche Preisgabe der Persönlichkeit enthält, welche den Geboten der wirtschaftlichen Freiheit widerspricht, oder wenn etwa ein Versprechen ohne wirtschaftliche Grundlage, ein bloßes Spielversprechen vorliegt. Hier muß das Recht als ein auf der Wirtschaft beruhendes Recht sich streng ablehnend verhalten und kann seinen Rechtszwang nicht gestatten, um das Versprochene zur Geltung zu bringen. Dagegen müßte von dem Standpunkt der Folgerichtigkeit auf Erfüllung solchen Versprechens gedrungen werden. Schon in der Sittenlehre entwickeln sich hier schwere Zwiespalte, sofern man etwas dem Sittengebot Widersprechendes zugesagt hat, so daß nun auf der einen

Seite das Gebot der Folgerichtigkeit steht, auf der anderen Seite das sittliche Verbot, welches dann übertreten wird, wenn man folgerichtig tut, was man gegen die Sittlichkeit versprochen hat. Wie ein solcher Zusammenstoß in der Moral auszugleichen ist, ist nicht näher zu erörtern; jedenfalls aber zielt die Rechtsordnung heutzutage dahin, das Gebot der Folgerichtigkeit nicht zu übertreiben und es nur dann in Anwendung zu bringen, wenn nicht andere wichtige Umstände der Leistung und dem Zwange zur Leistung entgegenstehen; mithin geht das Gebot der wirtschaftlichen Freiheit vor, und es geht der Gedanke vor, daß Geschäfte, die außerhalb des gedeihlichen Wirtschaftskreises stehen, rechtlich unbeachtet bleiben. Dies ist nicht immer so gewesen: es hat Zeiten gegeben, die Leib, Leben, Freiheit, alle Lebensgüter dem Gebote der Folgerichtigkeit geopfert haben. Dies hängt mit dem Umstande zusammen, daß die Entwicklung der Moral des Versprechens ursprünglich eine religiöse ist; vor der religiösen Scheu brechen alle anderen Rücksichten zusammen, und wer sein Wort der Gottheit gegeben hat, muß es lösen, und gälte es das Opfer von Jephtas Tochter[1].

Das Schuldrecht ist aus dem Einzelsein hervorgegangen, es ist ein Hort des Einzelseins; es ist aber zugleich ein ungeheures Hilfsmittel der Gesamtheit, um die Kräfte und Vermögensmassen in der richtigen Weise zur ausgiebigen Verwertung zu bringen; und es zeigt sich hier, wie im Eigentum, die unaussprechliche Weisheit des Weltalls, das die Einzelnen getrennt marschieren und vereint schlagen läßt.

§ 29. Form.

Im übrigen hat sich diese Entwicklung nicht auf einmal vollzogen. Bevor das Schuldrecht unmittelbar auf das Ziel lossteuert, sind verschiedenene Zwischenstufen wahrnehmbar. Die erste Stufe ist die des freien Rücktritts vom Versprechen während einer bestimmten Zeit, so daß erst nachträglich die Zusage bindend wird.

Die zweite Stufe ist die Stufe der mittelbaren Bindung, indem der Versprechende zwar zurücktreten kann, aber nur unter Erleidung eines Nachteils, also gegen Zahlung eines Reugeldes oder auch gegen noch schwerere Bedrängnisse. Sie läßt sich in morgenländischen Rechten nachweisen, aber auch im deutschen Recht. Eine Abart ist

die dritte Stufe, die Stufe der Entschädigungshaftung; der Versprechende haftet im Fall der Nichterfüllung für Entschädigung, weil die Nichterfüllung als ein zu sühnendes Unrecht gilt.

Die vierte Stufe ist die Stufe, auf der zwar eine unmittelbare Bindung eintritt, aber erst dann, wenn zum Versprechen etwas anderes hinzukommt. Dies kann sein die teilweise Erfüllung auf der einen Seite, so daß das Versprechen bereits aus dem Stande des bloß Geistigen in den Stand körperlicher Wirklichkeit tritt. Diese Art der Festlegung zeigt sich im Islamrecht, sie zeigt sich namentlich im germanischen Recht (der Gottespfennig bindet). Das Hinzutretende kann aber auch eine Form sein kraft ihrer religiösen Weihe. Hiervon ist nun zu handeln.

Die Form stammt aus der religiösen Natur des Versprechens. Sie hat ursprünglich nicht etwa die Bedeutung, den Willen plastisch auszudrücken (wie eine rationalisierende Geschichtsdarstellung wollte), sondern man bedient sich der Form um der Form willen, weil man annimmt, daß in ihr geheimnisvolle Kräfte lauern. Noch bei den alten Deutschen galt der Satz, daß in den Runen besondere Kräfte walteten und daß die Berührung des heiligen Runenstabes Segen und Fluch bringe; und allüberall auf der Erde finden wir, sofern die Menschen in ihren religiösen Empfindungen und in ihrem Verkehrsbedürfnis weit genug vorgeschritten sind, daß die Formen einen Zauber in sich tragen. Wie im Prozeß die Gottesprobe Wahrheit und Unwahrheit kundgibt, weil die unwahre Aussage den Fluch mit sich führt, so ist es beim Versprechen die Falschheit der Gesinnung und der künftige Treubruch, welcher die Gottheit

[1] Man vergleiche die wunderbare Ausführung in Dante, Paradiso, Canto V, die allerdings auf dem Standpunkte der Scholastiker steht.

wachruft, nachdem man sich ihr genaht und sich ihrer Gewalt unterworfen hat. Daher bei den Negern die Versprechungen beim Fetisch durch Fetischessen, daher bei den Malaien das Versprechen unter Fluchformeln, unter sinnbildlicher Vernichtung verbrechlicher Dinge, unter Anrufung der Sonne, der Schlange, des Schwertes u. s. w.

Wesentlich ist also der Zauber, der dem Versprechen wie ein Schatten folgt, der sich dem Versprechenden bis ins Jenseits an die Fersen heftet: er ist ein mächtiges Hilfsmittel, das Versprechen bindend zu machen und seine Kraft zu steigern.

Demgegenüber ist es eine moderne Bildung, wenn man absieht von den objektiven Mächten und das Versprechen ganz in die Ehrlichkeit des Versprechenden legt und die Ehrlichkeit des Versprechenden zum Ausgang des rechtlichen Schutzes macht: der rechtliche Schutz soll so weit gehen, als man im Fall der Ehrlichkeit zu erwarten hat, vorbehaltlich der sozialen Momente, die oben betont worden sind. Hierbei haben dann die Formen keine substanzielle Kraft mehr; doch bleiben sie oft längere Zeit bestehen, aber sie gewinnen eine andere Bedeutung: sie dienen zur Klärung und Sicherung, damit man weiß, ob es wirklich zur bindenden Vereinbarung gekommen ist; und an Stelle des Runenzaubers tritt die Schrift als dauernde Kundgebung des Gedankens, welche im Bestreitungsfalle den im Versprechen bezeichneten Gedankeninhalt so zu Tage fördert, daß darüber Zweifel und Anfechtung verstummen muß. Eine neue Bedeutung gewinnt die Form durch Beziehung zu Dritten: das schriftlich verkörperte Geschäft gewährt die Möglichkeit, daß sich Dritte, gleichfalls schriftlich oder körperlich, daran beteiligen; und so entwickeln sich Rechtseinrichtungen, wie Wechsel und Inhaberpapiere.

§ 30. Anfechtbarkeit.

Die ethische Seite des Versprechens führt noch zu einem weiteren wichtigen Satze: Zwar verlangt man zur Gültigkeit des Versprechens keine Freiheit des Versprechenden in dem Sinn, daß etwa ein Versprechen anfechtbar wäre, welches durch lebhafte Beweggründe veranlaßt worden ist; ein derartiger Satz würde den Grundregeln der Wirtschaft und den Grundsätzen der Ethik in gleicher Weise widersprechen; denn auch, was man unter dem Drange scharf wirkender Beweggründe gewollt hat, hat man gewollt[1]. Wohl aber muß ein Versprechen dann Not leiden, wenn gewisse Beweggründe in einer dem freien Verkehr der Menschen widersprechenden Weise absichtlich hervorgerufen worden sind und das Versprechen darauf beruht; denn es wäre gegen den ethischen Grundsatz der persönlichen Freiheit, wenn dem einen Einzelwesen gestattet wäre, durch solche Eingriffe dem anderen ein Versprechen abzubringen und das andere sich oder der Welt dienstbar zu machen. Daher der Satz: Ein Versprechen kann angefochten werden, wenn es erzwungen ist, oder auch dann, wenn es von dem anderen Teil erschlichen wurde, in der Art, daß dieser ihn täuschte, ihm falsche Vorstellungen einflößte und ihn dadurch geistig in seine Gewalt brachte; denn wer einem anderen ein Wahnbild zu dem Zweck beibringt, damit er entsprechend dem Willen des Täuschenden handelt, der versetzt gleichsam den anderen gewaltweise in eine fremde Denk- und Anschauungssphäre und macht ihn dadurch zum fremden Sklaven, zum Sklaven desjenigen, der sein Denken bestimmt. Darum haben die fortgeschrittenen Rechte eine Anfechtung des Versprechens wegen Zwangs und wegen Betrugs gewährt, häufig auch, mehr oder minder, wegen Irrung.

§ 31. Sicherung.

a. Pfand.

Noch bevor das Versprechen zu seiner vollen Entwicklung gelangt war, kannte man die pfandrechtliche Sicherung. Ja, diese war sogar der Ausgangspunkt, oder wenigstens einer der Ausgangspunkte für die Entwicklung des Schuldrechts; der Schuldner

[1] Coactus volui; so auch schon die nikomachische Ethik III 1. Vgl. auch die wunderbare Darstellung in Dante, Paradiso, Canto IV.

haftete ja mit Leib und Leben. Daher war es auch ganz entsprechend, daß der Schuldner den einen oder anderen Gegenstand zum Pfande setzte und dem Gläubiger die Möglichkeit gab, sich mittels dieses Pfandes zu befriedigen.

Alle Arten des Pfandrechts haben also die Befriedigung aus der Sache gemein; die Befriedigung ist aber entweder eine Nutzungs- oder eine Kapitalbefriedigung, und danach ist zuerst zwischen Nutzungs- und Kapitalpfand zu unterscheiden. Beim Nutzungspfand wurde die Sache dem Gläubiger zur Nutzung gegeben, entweder so, daß die Nutzung das Kapital allmählich ertötete und den Schuldner befreite, oder so, daß die Nutzung auf die Zinsen gerechnet wurde und auf diese Weise dem Gläubiger eine Verzinsung des Kapitals bot. Durch die meisten Völker hindurch läßt sich dieser Unterschied zwischen Zinspfand und sog. Totsatzung verfolgen, sowohl was die Verpfändung von Sachen als auch was die Verpfändung von Menschen betrifft; denn auf weiten Kulturgebieten treffen wir diese Einrichtungen; wir finden sie im morgenländischen Recht; und schon im Recht von Assyrien und Babylonien treten sie uns entgegen als das Pfand mit der Klausel: Zins ist nicht, Mietgeld ist nicht, d. h., der Gläubiger tritt in den Genuß des Hauses, zahlt kein Mietgeld, aber entbehrt dafür der Zinsen des dargeliehenen Kapitals.

Die Kapitalbefriedigung dagegen greift der Sache an die Grundfesten ihres Wesens, sie entzieht sie selbst dem Vermögen des Schuldners und benutzt ihren Kapitalwert zur neuen Wertbildung. Auch hier gibt es wieder verschiedene Formen: die Befriedigung durch eigenen Kapitalerwerb und durch fremden Kapitalerwerb; im ersteren Fall wird der Gläubiger selbst Eigentümer, wobei dann der etwaige Unterschied zwischen Kapitalwert und Schuldhöhe entweder ausgeglichen wird oder unausgeglichen bleibt (ersteres beim Kauf auf Wiederkauf, letzteres beim Verfallpfand). Die Befriedigung durch fremden Kapitalerwerb aber besteht darin, daß der Gläubiger die Sache veräußert und sich aus dem Erlös befriedigt. Das ist die Gestalt der Hypothek; sie hat große Vorteile, sie bietet auch die Möglichkeit eines mehrfachen Pfandrechts: man kann die Sache in der Art verpfänden, daß der zweite Pfandgläubiger dasjenige bekommt, was von dem Veräußerungserlös des erstern übrig bleibt u. s. w. Das römische wie das deutsche Recht haben diese Gestaltung gezeitigt. Das deutsche Recht aber hat dabei Grundsätze durchgeführt, die man früher schon in Griechenland befolgte, die aber im römischen Rechte zur schweren Schädigung aufgegeben wurden: es hat bei Liegenschaften versucht, das Pfandrecht zur öffentlichen Kenntnis zu bringen, wie es in Griechenland geschah durch die Pfandsteine und andere Mittel; in Deutschland erfolgte es durch die Kundgebung in der Volksversammlung oder durch Eintrag in die Gerichtsbücher, aus denen sich dann unsere Grundbücher entwickelt haben.

§ 32.

β. Bürgschaft.

Die Bürgschaft ist ursprünglich das Eintreten eines neuen Schuldners statt des alten, um den alten zu lösen, um ihn von der Schuld, um ihn von der Fessel, von der Schuldgefangenschaft zu befreien. Das Recht kennt ursprünglich nur einen Bürgen statt, nicht einen Bürger neben dem Schuldner; dies reicht noch in spätere Zeit hinein: noch nach römischem Recht wurde der Bürge befreit, wenn man den Schuldner verklagte, und umgekehrt: das Problem der doppelten Schuld für denselben Schuldinhalt ist der früheren Zeit zu schwer. Späterhin entwickelte sich die Sache, wie folgt: Der Schuldner wurde ursprünglich durch den Bürgen befreit; da aber die Haftung des Bürgen eine persönliche war und mit seinem Tode erlosch, so ließ man den ursprünglichen Schuldner in der Art weiterhaften, daß er in solchem Fall einen neuen Bürgen stellen mußte. Diese Haftung erweiterte man in der Art, daß er einstehen mußte, wenn der Bürge nicht zahlen konnte, und so kam man allmählich auf eine Gesamthaftung beider, die aber, wie im römischen Recht, gewisse Schranken hatte. Erst eine spätere Entwicklung kehrt die Sache um und macht die Haftung des Bürgen zu einer aushilfsweisen, indem sie dem Bürgen die Einrede der Vorausklagung gibt.

Von besonderem Interesse ist das Verhältnis des Bürgen zum Hauptschuldner: der Hauptschuldner ist ursprünglich dem Gläubiger gegenüber frei; aber es ist seine Treupflicht gegenüber dem Bürgen, ihn auszulösen. Geschieht dies nicht, kommt die Haftung des Bürgen zur Geltung, muß er zahlen, so hat er einen gesteigerten Rückgriff gegen den Schuldner, oft strafweise zum doppelten erhöht.

§ 33. Soziale Betätigungen des Schuldrechts.

a) Allgemeines.

Das Schuldrecht hat, wie bemerkt, als Träger des Einzelrechts zugleich eine große soziale Bedeutung. Es soll die Güterwelt so gestalten, daß daraus der größtmögliche Segen für die Menschheit hervorgeht. Das geschieht durch Übergang der Güter vom einen zum anderen Vermögen, es geschieht durch Zusammenlegung von Gütern zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes. Im ersten Fall wechselt das Gut den Herrn, im letzteren wird es zwei Herren dienstbar. Der Übergang des Gutes kann wieder ein endgültiger sein oder ein zeitweiser; die Hauptvertreter des ersteren sind die Austauschgeschäfte, der Hauptvertreter des letzteren ist das Darlehen.

Weniger bedeutsam sind die nicht-wirtschaftlichen, die unwirtschaftlichen Betätigungen des Schuldrechts, wovon S. 51 zu handeln ist.

Solche Betätigungen des Schuldrechts entwickeln sich am mannigfaltigsten in der Freiheit des wirtschaftlichen Verkehrs. Dieser wird allerdings lange Zeit durch genossenschaftliche Bildungen und durch Eingriffe von Staats halben beschränkt. Auch hier ist noch der Trieb der Allgemeinheit stärker als die Spannkraft der Einzelperson: Zunft, Kaste, Monopol beschränken die Freiheit des Einzelnen. Allmählich ringt er sich hervor, und die Schranken brechen. Sie waren jahrhundertelang heilsam, solange die Nation noch nicht die nötige Reife erworben hatte. Auch noch in der ersten Zeit der Entfesselung der wirtschaftlichen Mächte zeigen sich neben einer großen Fortschrittsentwicklung schwere Schattenseiten. Der Wettbewerb wird zum Kampf, und zu einem Kampf, der nicht immer ehrlich geführt wird. Die ehemaligen Schutzmittel sind gebrochen; jetzt muß die Rechtsordnung als eine neue Macht erstehen, um die Auswüchse zu beseitigen und die ethische Kraft des Menschen zu schirmen.

Aber wieder andere Erscheinungen bilden sich: die Einzelnen schließen sich als Wettbewerbgenossenschaften aneinander an, und es erstehen die Wettbewerbskartelle, und diese werden wieder zu gemeinsamen, einheitlich organisierten, weit verzweigten Produktionsanstalten, die tatsächlich den Verkehr beherrschen, jeden Wettbewerb niederschlagend. Auch hier hat die Rechtsordnung ihre Aufgabe; sie hat die Gesellschaftsbildung zu überwachen und ihr entgegenzutreten, wo sie verderblich wird, sie hat die Einzelnen zu schützen gegen die Schlinge, die sie sich selbst um den Hals legen, indem sie solche Kartellverbände für rechtlich unwirksam oder, wenn wirksam, für frei kündbar erklärt.

Allüberall ergeben sich für die Rechtsordnung ungeheure Aufgaben, die nur der versteht, der das Recht von höherer Warte erschaut.

§ 34. Soziale Betätigungen des Schuldrechts.

b) Besonderheiten.

α. Austauschgeschäfte.

Die Schuldverhältnisse entspinnen sich insbesondere durch Tauschgeschäfte; man tauscht Ware gegen Ware aus; das bringt die Entwicklung des Einzeldaseins, und das bringt die Arbeitsteilung mit sich. Erfolgt der Austausch sofort, so ist, wie bereits bemerkt, für Schuldverhältnisse ursprünglich kein Raum; anders aber, wenn für einzelne Leistungen Kredit gewährt wird.

Eine besondere Gestaltung aber nimmt der Tausch an, sobald der Begriff des Geldes entsteht, d. h. eines allgemeinen Wertmittels, welches die große Bequemlichkeit bietet, daß die eine Sache nicht die andere zu suchen braucht. Nehmen wir auf der einen Seite den Gegenstand A und auf der anderen Seite eine Masse vom Gegenständen von B—Z, so müßte der Umtausch in der Art vor sich gehen, daß der eine Tauschlustige den Gegenstand A gegen irgend einen dieser Gegenstände, z. B. F, den er gerade für sich braucht, auszutauschen sucht. Nun wird es sich aber häufig so verhalten, daß derjenige, der F geben kann, den Gegenstand A nicht braucht; hier hat nun das Geld die Funktion: es ersetzt alle Gegenstände B—Z, und wer den Gegenstand A veräußert, veräußert ihn gegen dieses allgemeine Wertmittel, d. h. gegen die Möglichkeit der Gegenstände B—Z, und ist damit in der Lage, alle Sachen innerhalb dieses Kreises zu erwerben, also auch die Sache F; denn irgend einer, der die Sache F hat, gibt sie gegen das allgemeine Wertmittel hin, weil er für dieses allgemeine Wertmittel wieder dasjenige bekommt, was er braucht. Das Geld hat also eine ähnliche Aufgabe wie eine öffentliche Straße: während sonst die Leute sich nur dann begegnen und treffen können, wenn ihnen privatim von dem einen oder dem anderen Nachbarn der Zugang gewährt wird, so können sie sich immer dadurch treffen, daß man auf der allgemeinen Straße geht, wodurch jeder zu dem kommen kann, zu dem er zu gelangen ein Interesse hat.

Als Geld wird das Verschiedenste im Leben der Völker gebraucht: es sind zunächst wohl Gegenstände des Schmucks, die man ablegt und dem anderen gibt, wie Muscheln, Perlen; es sind sodann Gegenstände allgemeinen Bedürfnisses oder allgemeiner Wertschätzung, wie Tierstücke, Häute u. s. w. Eine neue Epoche wird aber eintreten, wenn man solche Gegenstände als Geld verwendet, welche nicht nur einen vertretbaren Charakter haben, d. h. so gestaltet sind, daß ein Stück unbedingt so viel wie das andere gilt, sondern auch teilbar und haltbar sind. Das ist der Fall bei den Metallen; darum ist die Entstehung des Metallgeldes für die Völker von so außerordentlicher Wichtigkeit. Nach verschiedenen Versuchen sind sie dazu gelangt, und zwar ist man entweder bei den unedlen Metallen stehen geblieben oder zum Gebrauch der Edelmetalle vorgeschritten. Die Teilung in einzelne Stücke geschah ursprünglich durch tatsächliche Trennung und durch tatsächliches Abscheiden; und die Wage hatte hier große Bedeutung: sie war die Begleiterin aller Verkehrsgeschäfte; ohne Wage kein Geldgeschäft! Eine neue großartige Idee war es, daß man das Geld münzte, d. h. daß man den Wert aufprägte in einer solchen Weise, daß diese Prägung öffentlichen Glauben fand. Damit war die Zerteilung im einzelnen Fall und die Abwägung mit einem Male überflüssig geworden, und die Wage verschwand aus dem allgemeinen Rechtsleben; sie blieb nur noch als Sinnbild, als zurückgebliebener Rest altertümlicher Rechtsverhältnisse fortbestehen.

Mit dem Geld scheidet sich Kauf und Tauschgeschäft; letzteres verliert bedeutend an Umfang, ohne vollständig im Rechtsleben zu verschwinden. Das Kaufgeschäft eignet sich besonders zu Kreditoperationen, insbesondere mit Stundung des Geldes.

Großartige Probleme entwickeln sich hier, wie z. B. die Frage, wann die Gefahr auf den Käufer übergeht, d. h. wann die Rechtslage eine solche wird, daß der Käufer, trotz Untergangs der Sache, den Kaufpreis zu zahlen hat; eine Frage, in welcher sich die Rechte außerordentlich entzweien. Während das indische, griechische und römische Recht mit dem Abschluß des Geschäfts die Gefahr überwälzen, geht sie im deutschen Recht erst über mit der Erfüllung; in den verschiedenen Rechtsschulen des Islam ist die eine und die andere Entscheidung vertreten. Das neue Bürgerliche Gesetzbuch hat bekanntlich im Prinzip den deutschen Satz aufgenommen, allerdings wesentlich beschränkt durch die Möglichkeit der Besitzauftragung, des sogenannten constitutum possessorium[1], d. h. die Gefahr geht nicht erst über mit dem Augenblick der wirklichen Besitzübergabe, sondern schon mit dem Augenblick, der unter den Parteien als Moment der Übergabe gelten soll.

Ein geminderter Austausch liegt dann vor, wenn ein Gut nicht als Kapitalgut, sondern nur in einzelnen seiner Genußbetätigungen übergeben wird, wofür eine Gegen-

[1] Zwölf Studien zum B.G.B. I 328 f.

leistung, vielfach in Geld, zu entrichten ist; das ist die Domäne des Miet- und Pachtvertrags. Eine wirtschaftlich sehr bedeutsame Form des letzteren ist die Teilpacht, bei der nicht ein fester Zins, sondern ein Bruchteil der Früchte zu leisten ist, wodurch die Pacht ein gewisses genossenschaftliches Element erhält, welches beide Vertragsschließenden an der günstigen und ungünstigen Entwicklung des Ertrags beteiligt, aber zu gleicher Zeit, da die Wirtschaftsweise eine fest bestimmte sein muß, ein Moment der wirtschaftlichen Abhängigkeit des Pächters bildet[1].

§ 35.

β. Darlehen und Zins.

Beruhen die Austauschgeschäfte auf der Arbeitsteilung und dem Bedürfnis, sich das zu verschaffen, was der andere hat, gegen das, was man entbehren kann, so beruht das Darlehn auf dem Gedanken, daß Kapitalien oftmals auf der einen Seite viel notwendiger sind als auf der anderen, daß daher die Möglichkeit gegeben sein muß, daß kraft Rechtsverkehrs das dem einen zustehende Kapital zeitweise dem anderen zur Benutzung anheimsteht. So ist das Darlehn ein ausgezeichnetes Mittel der Gesamtheit, die Kapitalien möglichst zu verwerten, und zugleich des Einzelnen, sich durch richtige Verwendung fremder Kapitalien vorwärtszubringen. Solche Kapitalien sind eine Gesamtheit vertretbarer Sachen: Getreide, Geld usw., bei denen nicht die Stücke, sondern die Menge als Konsumtions- und Produktionselement in Betracht kommt. Hier nun tritt die schwierige Frage des Zinses hervor, die die Menschheit jahrhundertelang bewegt und das ganze wirtschaftliche Leben aufs tiefste ergriffen hat. Was bei der gemieteten Sache der Mietzins ist, das ist beim Darlehn der Zins, d. h. ein Zeitlohn dafür, daß das Darlehnskapital eine Zeitlang beim Kapitalempfänger bleiben darf, mindestens nicht an den Darleiher zurückerstattet zu werden braucht. Uns scheint eine solche Vergütung ebenso naturgemäß wie der Mietzins, und doch hat diese Idee lange Kämpfe gekostet, ja, mehrere der bedeutendsten Religionen haben sich dem Zinsnehmen widersetzt. Die Gedanken, die dabei vorherrschten, waren folgende: Einmal kann das Darlehen nicht nur produktiven, sondern konsumtiven Zwecken dienen; hier hat der Kapitalempfänger keine Vermögensbereicherung vom geliehenen Kapital; er hat es verzehrt, ohne daß der Gehalt in seinem Vermögen zurückgeblieben wäre. Da fragt man nun: Soll es billig sein, wenn der Darlehnsnehmer außer dem Kapital noch etwas Weiteres herauszuzahlen hat? Ist doch das Kapital bei ihm nicht fruchtbar gewesen! Und wenn dieses Konsumtivdarlehn, wie ehedem, das hauptsächliche und normgebende war, so ist es begreiflich, daß man die Regel hiervon ableitete und die Fälle des Produktivdarlehns keiner besonderen Behandlung würdigte.

Ein zweiter Gedanke ist der[2], daß das Darlehen vielfach in der Not aufgenommen wird und es in den Zeiten, die noch dem Gemeinvermögen näher stehen, als besonders unbillig erscheinen muß, die Not auszubeuten. Und wenn auch nicht gerade eine Notlage vorliegt, so sind die Verhältnisse doch meist so gestaltet, daß die Zahl der Darlehnsgeber eine recht beschränkte ist oder doch nur in beschränkter Zahl dem Entleiher zu Gebote steht, so daß von einem wirksamen Wettbewerb und darum von einer entsprechenden sachgemäßen Bestimmung des Zinsfußes nach Maßgabe allgemeiner objektiver Normen kaum die Rede sein kann.

Eine weitere, noch mehr juristische Begründung ist folgende: Das Geld ist unfruchtbar; fruchtbar ist nur die Arbeit, die sich des Geldes bedient, und das Geld ist hier höchstens Hilfsmittel, nicht aber Ursache des Erwerbs. Wenn man daher das Geld verzinslich macht, so maßt man ihm eine Eigenschaft an, die es nicht hat, und man nimmt dem Darlehns-

---

[1] Die Teilpacht findet sich bereits im altmorgenländischen Recht, so insbesondere bei den alten Babyloniern. Über ihre wirtschaftlichen Vor- und Nachteile besteht eine ganze Literatur, Schriften von Ehrenberg, Dietzel, Reitzenstein u. s. w.

[2] Einführung in die Rechtswissenschaft S. 63.

empfänger etwas von der Frucht seiner Arbeit, die allein als das Maßgebende, Produktive, Vermögensvermehrende erscheint[1].

Alle diese Anschauungen haben es dahin gebracht, daß das Zinsnehmen bei manchen Völkern verboten wurde: die Juden durften nur Zins nehmen vom Nichtjuden, das Christentum untersagte jedes Zinsnehmen, und die Kirche bestrafte den „Wucher", d. h. das Zinsannehmen, mit dem schweren kirchlichen Fluche[2], und sie verlangte insbesondere die Gerichtsbarkeit in allen Wucherfällen, um ihr Verbot wirksam durchzuführen. Auch der Islam verpönt das Zinsnehmen, und es gehört dieses Verbot und die Einschnürung der Verkehrsgeschäfte, um Umgehungen zu verhüten, zu den besonderen Eigentümlichkeiten des islamitischen Verkehrsrechtes. Hat doch dieser Gedanke hauptsächlich dazu beigetragen, die Handelsgesellschaften des Islams (Schirkat) und damit einen der Haupthebel der Kultur zu verkümmern.

Andere Völker setzten sich über diese Gründe hinweg, berücksichtigten aber in sonstiger Weise die Lage des Kapitalsuchers, der häufig in Not ist und sich den beschwerenden Umständen beugen muß, die sich ihm bieten: sie gestatteten zwar das Zinsnehmen, bestimmten aber gewisse Schranken: ein Zinsnehmen darüber hinaus war verboten und wucherisch, ein Vertrag solcher Art nichtig oder gar strafbar. Diese Behandlung finden wir im indischen Rechte wie im römischen; im indischen Rechte gibt es aber noch ganz besonders feine Untergliederungen: insbesondere ist nach den Rechtsbüchern die Zinshöhe je nach der Kaste des Darlehnsnehmers verschieden. In gewissen Fällen sah man sich genötigt, von dem Verbote abzugehen, wenn nämlich der Zins eine erhebliche Versicherungsprämie enthält, insbesondere wenn das Darlehen für ein gefährliches Geschäft gegeben wird, so daß der Darleiher eine erhebliche Gefahr läuft; so bei dem Kredit, den man dem seefahrenden oder sonst in die weite Welt ziehenden Kaufmann gewährt.

Eine der interessantesten Erscheinungen ist die Wirkung der Zinsverbote auf die Völker und der verzweifelte Kampf des Verkehrs aufstrebender Nationen gegen die strenge Festhaltung der Verbotssatzungen. Das Zinsverbot legt natürlich das Kapital nach einer Seite hin lahm; es zwingt den Geldinhaber, es in Grundeigentum und anderen, Naturfrüchte bringenden, Gegenständen anzulegen; und will man Handel treiben, so kann man sich nicht durch Kapital beteiligen, man muß zum Selbsthandel schreiten oder mindestens eine Gesellschaftsart wählen. Alle solche Formen, welche das Zinsverbot offenläßt, werden mit Begierde ergriffen, und der gehemmte Trieb bringt mit Gewalt nach außen. So ist keine Weise des Handels im Morgenland üblicher geworden als die des Kirad oder die Commenda, im ostasiatischen Archipel Bagilaba genannt, die darin besteht, daß man jemandem für sein Geschäft ein Kapital gibt und dafür am Gewinn beteiligt wird.

Eine andere Form, in welcher sich das Kapital verzinslich macht, ist die der Grundrente: man gibt dem Grundeigner ein Kapital, das vom Grundstück aus eine ewige Rente auswirft; das Kapital bleibt nicht bestehen, es wird entkräftet, es geht in der ewigen Rente auf; nicht mehr der Zins wird bezahlt, sondern eine Rente, und die Rente gilt als Kaufgegenstand; das Kapital ist daher nicht fruchtbringend im Sinne des Wucherverbotes, sondern es verschwindet als Leistung, und die Rente bildet die Gegenleistung.

[1] Thomas von Aquin, Summa 2. 2 qu. 78 a. 1: Cum pecuniae usus sit illius consumptio ac distractio, injustum et illicitum est, pro ejus usu aliquid accipere ... venditur id quod non est, per quod manifeste inaequalitas constituitur, quae justitiae contrariatur. Er gebraucht das Beispiel: si quis seorsum vellet vendere vinum, et vellet seorsum vendere usum vini, venderet eandem rem bis vel venderet id quod non est; unde manifeste per injustitiam peccaret. Die letztere Schlußfolgerung kann natürlich nur das Konsumtivdarlehen treffen, und auch dieses nicht, wenn dem Darleiher durch dieses Konsumtivdarlehen ein Geldgewinn entzogen wird. Daß diese Begründung überhaupt nur eine ganz relative Berechtigung habe und wesentlich auf die wirtschaftlichen Zustände jener Zeit berechnet sei, erkennen die heutigen Kanonisten selbst an, z. B. Schaub, Eigentumslehre nach Thomas S. 360 f., Biederlack, S. J., Der Darlehnszins (1898) S. 8 f. Auch der päpstliche Stuhl machte darum Vorbehalte, so das Rundschreiben Vix pervenit Benedikts XIV. von 1745, und genehmigte das mäßige Zinsennehmen auf Grund der Staatsgesetze. Vgl. Biederlack S. 32, 39 und das hier zitierte Enchiridion morale von Bucceroni. Übrigens wiederholt noch Scaccia, de comm. § 1 qu. I nr. 403 die Argumentation des Aquinaten.

[2] Vgl. insbesondere Clem. un. de usur. (5, 5) vom Konzil von Vienne 1311.

Im Gegensatz dazu stehen alle diejenigen Formen, welche sich mehr oder minder als Umgehungsgeschäfte darstellen, in denen der Zins den Zinscharakter behält und nur juristisch einen anderen Deckmantel bekommt, Umgehungsgeschäfte, an denen die christliche wie die Islamwelt so reich ist.

Man kann nicht sagen, daß das Zinsverbot der Kirche im ganzen ungünstig gewirkt hat; es war zu einer Zeit mächtig, wo die wirtschaftlich unreifen Völker mit Recht auf andere Formen des wirtschaftlichen Lebens hingewiesen wurden, wo insbesondere die Fruchtbarkeit des Bodens und die Fruchtbarkeit der wirtschaftlichen Selbsttätigkeit gegenüber dem beweglichen Kapital sehr wohl betont werden konnten, weil sonst breite Volksschichten geneigt gewesen wären, sich einer tatenlosen Genußsucht hinzugeben und die Kapitalistenstellung zur Knechtung ihrer Mitmenschen zu benutzen. Auf solche Weise hat das Zinsverbot zur Förderung wirtschaftlichen Handelns beigetragen und dazu beigetragen, die sozialen Gegensätze zu mildern. Daß natürlich die Verkehrsvölker in ihrer Weiterentwicklung sich dem Verbote nicht mehr fügen mochten, daß namentlich die italienischen Städte dem Verbot zum Trotz blühende Zinsgeschäfte machten, daß sie darum auch mit Strafe bedrohten, wer immer gegen diese Zinsgeschäfte die geistlichen Gerichte anrief, ist sehr begreiflich und wirtschaftlich gerechtfertigt. Je mehr das Darlehen einen produktiven Charakter annahm, je mehr sich im blühenden Handel zeigte, daß das Geld, wenn auch nicht unmittelbare Ursache, so doch ein wesentliches Bedingnis des Handelsgewinnes ist, um so mehr mußten die Gründe der Zinsgegner zusammenfallen, um so mehr mußte auch die Logik der Tatsachen darüber hinwegführen; dies insbesondere, seitdem der aufblühende Bankierstand die Zahl der Darlehnsgeber wesentlich erhöhte und ihr Geldbetrieb den Charakter einer dem Wettbewerb unterliegenden Verkehrstätigkeit annahm. So haben sich die modernen Völker von dem Zinsverbot ganz abgekehrt, sie haben sogar die volle Zinsfreiheit festgesetzt; und der Wucherbegriff nahm einen ganz anderen Inhalt an. Man erkannte jetzt den Wucher als etwas durchaus nicht dem Zinsrecht allein Eigenes; man erkannte ihn als eine im ganzen Verkehr vorkommende Schmarotzerpflanze, nämlich als ein parasitisches verkehrswidriges Handeln zur Ausbeutung von Notlage, Unerfahrenheit oder Leichtsinn, d. h. von objektiven oder subjektiven Mißverhältnissen des Menschen, deren Ausbeutung ebenso unsittlich wie verkehrswidrig ist; denn nur die wahre Leistung soll das Maß des Erwerbes bestimmen, nicht die Not des zu Boden liegenden Gegners.

Auch hier zeigt sich der Zug der Weltgeschichte, der jeweils der einzelnen Kultur die entsprechenden Rechtsinstitute zuzuweisen sucht, und in der Entwicklung der Rechtseinrichtungen gibt sich dem Kulturforscher der gesunde Trieb der Menschheit kund.

§ 36.

7. Gesellschaft.

Der Gesellschaftsvertrag ist hervorgegangen aus der Unfähigkeit des Einzelnen, mit seinen Mitteln bestimmte Zwecke zu erreichen; die Gesellschaft erheischt die gegenseitige Hilfe, das Stellen von Vermögensmassen mehrerer unter einen einheitlichen Zweck, was ein besonderes, fein geregeltes Gefüge von Verbindlichkeiten erheischt; die Einlagen können körperliche Sachen, aber auch körperliche und geistige Leistungen sein. So hat sich das Gesellschaftsgeschäft von alters her in zwei Richtungen erwiesen, die Gesellschaft von Diensten, deren Hauptbeispiele ursprünglich die Musikgesellschaft und die Überfalls- und Plünderungsgesellschaft ist (mit Einfall in das feindliche Gebiet) und die Handelsgesellschaft, bei der besonders das körperliche Vermögen eine Rolle spielte. Von alters her üblich ist besonders das schon den Babyloniern wohlbekannte Commendaverhältnis, wonach der eine eine Vermögenseinlage macht, während der andere damit Handel treibt, von welcher Form bereits gesprochen wurde. Große Gesellschaftsformen erwuchsen im römischen Recht als Publikanengesellschaften, und im modernen Recht als Berggenossenschaften; die Reedereien und die Aktiengesellschaften entstanden, welche mehr oder minder den fruchtbaren Gedanken verwirklichten, die Haftung für die Gesellschaftsschulden auf das Gesellschaftsvermögen zu konzentrieren und das Schuldrecht zu einem nur das Vermögen belastenden

Wertrecht zu gestalten; ein kühner Gedanke, der eine gewaltige Spekulation ermöglicht, für welche die Schultern der Einzelnen zu schwach werden.

§ 37.

δ. Unwirtschaftliche Betätigungen: Schenkung, Spiel.

Die Schenkung an sich ist dem ursprünglichen Menschen fremd. Fremd ist ihm nicht die Gastfreundschaft, fremd nicht die Unterstützung, z. B. zum Zweck der Zahlung des Wergeldes; fremd ist ihm aber der allgemeine Schenkungsbegriff, der Begriff der allgemeinen (nicht auf besondere Zwecke zielenden) Vermögensvermehrung des Fremden unter Abbruch seines eigenen Vermögens. Zwar gibt der Naturmensch ohne weiteres Dinge hin, aber er erwartet eine Gegengabe: die Schenkung ist ein Zwang zum Austausch, ein Zwang zur entsprechenden Abwechselung in der täglichen Umgebung, der den Naturvölkern so sehr im Sinne liegt. Daher überall der Gedanke: das Geschenkte gilt als unter der Voraussetzung der Gegengabe gegeben; erfolgt diese nicht, so kann man das Geschenkte zurückfordern. Es bedurfte einer langen Entwicklung, um dieses Rückforderungsrecht in enge Grenzen zu schließen und es allmählich auf dringende Ausnahmefälle, z. B. den Fall der Verarmung oder des groben Undanks, zu beschränken.

Die Freigebigkeiten spielen als Äußerungen des Altruismus im fortgeschrittenen Kulturleben eine große Rolle; sie vertreten den abstrakten Altruismus im Gegensatz zu dem konkreten, der Menschenhilfe; sie sind einerseits Äußerungen des Einzelstrebens, wissen aber wiederum die durch das Einzelstreben geschaffenen Ungleichheiten zu begütigen oder zu mildern.

Ganz anders das Spielgeschäft; es zielt dahin, den einen auf Kosten des andern zu bereichern je nach dem Ausfalle eines Ereignisses; das seelische Moment liegt hier in der gereizten Erwartung, die dem für Gewinn oder Verlust entscheidenden Ereignis entgegenstrebt, in der Nervenspannung, die ein gewisses Bedürfnis ist, namentlich in Zeiten eines herrschaftslosen, ungeregelten Gemütslebens. Darum galt das Spiel früher, z. B. bei den Germanen, als eine schwere und heilige Sache, und wer verlor, gab willig Hab und Gut hin und folgte in die Gefangenschaft. Spätere Zeiten, die an Stelle des Spieles andersartige seelische Einwirkungen und Gemütserregungen schaffen oder sie durch Zucht bezähmen, stellen sich dem Spiel feindselig, in der Erkenntnis der wirtschaftlich zerstörlichen Natur desselben. Sie verbieten oft das Spiel mit strengen Strafen, entweder durchaus oder mit einzelnen Ausnahmen, oder entziehen ihm doch mindestens den Rechtsschutz. Hierbei berücksichtigt man insbesondere auch, daß unter fortgeschrittenen Völkern bei dem Spiele noch ein verderbliches Element hervorbricht: die Sucht, schnell und mühelos reich zu werden, die Scheu vor einem geregelten Leben, das Unvergnügen an den Geduldproben, die uns das Leben setzt, und die durchgemacht werden müssen, wenn man etwas Fruchtbringendes erreichen will.

Allerdings weiß sich die Spielsucht vielfach neue Gebiete zu erschließen, und das bekannte verkleidete Börsenspiel ist der neueste Ausläufer des Spielgedankens. Die Bekämpfung des Spiels auch in dieser Form ist eine wichtige Aufgabe der Gesetzgebung, um so wichtiger, je schwerer es ist, hier das Spiel von produktiven Verkehrsbetätigungen zu scheiden[1].

III. Organische Verbindungen zu einem kulturförderlichen Ganzen.

§ 38. Totemstaat, Häuptlingsrecht, Königtum.

Wie sich aus den Familien die Totems entwickelt und wie sich die Totems mit Hilfe der Gruppenehe aneinander geschlossen haben, ist bereits oben (S. 27 f.) zur Dar-

[1] Vgl. meine Schrift über das Börsenspiel (1894).

stellung gebracht worden[1]; es bleibt noch übrig, die Organisation dieser Totems und Totemsbände ins Auge zu fassen: sie war durchweg eine republikanische. Die verschiedenen Mitglieder oder Familienhäupter traten zusammen und beratschlagten die Angelegenheiten. Für wichtige Zeiten, namentlich im Kriege, setzte man sich unter die Oberleitung eines dazu gewählten Staatshauptes. Mitunter gelang es gewissen Familien, ein solches Ansehen zu erlangen, daß die Staatshäupter ohne weiteres aus ihnen entnommen wurden. Ein solches Staaatshaupt können wir Sachem nennen, nach dem Sprachgebrauch der Rothäute, bei denen die Verhältnisse sich am besten erkennen lassen. Die Entwicklung von dem vorübergehenden Totemhaupte zum dauerndem Sachem, von dem gewählten zum mehr oder minder erblichen Sachemtum ist eine wichtige Bewegung in der Geschichte der menschlichen Gemeinschaft.

Alle diese Kreise wurden durchbrochen, als das Häuptlingtum entstand; mächtige Naturen wußten die ganze Verfassung umzustürzen, rafften alle Rechte an sich und identifizierten sich mit dem Staate. Sie taten es, wie S. 28 gezeigt, mit Hilfe der Jugendverbände: aus Raub- und Beutezügen entwickelte sich eine Militärmacht, an deren Spitze ein kühner Häuptling stand, und mit ihrer Hilfe rissen kräftige Naturen die Herrschaft an sich. Jetzt galt das Staatsgebiet als ihr Gebiet; Eigentum und Weiber der Staatsmitglieder beanspruchten sie nach Belieben für sich. Um diese Rechte erklärlich zu machen, führten sie ihr Geschlecht auf göttlichen Ursprung zurück; als Sprößlinge der Götter standen sie über den Staatsgenossen erhaben; jeder Verkehr mit ihnen galt als geweiht, jede Sache durften sie dem gewöhnlichen bürgerlichen Verkehr entziehen (tabu machen), und alles mußte das Glück und Heil darin finden, ihnen dienstbar zu sein; sie hatten also eine ähnliche Stellung wie die, welche Aristoteles als Tyrannis charakterisiert, aber eine Stellung, die religiös verklärt war.

Dieser Umschwung brachte eine ungeheure Änderung in die ganze Entwicklung; Umwandlungen, die sonst im Laufe der Jahrhunderte eingetreten wären, erfolgten in wenigen Jahren. Die Fortbildung der ganzen Kultur mußte den Häuptlingen besonders am Herzen liegen, denn diese Fortbildung war zu gleicher Zeit eine Steigerung ihres Ansehens und ihrer Macht. Namentlich die materielle Kultur suchten sie zu mehren und damit zugleich ihren eigenen Reichtum. Die antisozialen Tendenzen, wie Blutrache, Selbsthilfe, mußten ihnen zuwider sein, und gewaltig griffen sie in das Getriebe des Volkslebens hinein; sie wollten allein die Befugnis haben, die Streitigkeiten zu begütigen, sie wollten allein berechtigt sein, für die Verwaltung Maß und Ziel zu setzen, allein befugt, das Recht zu pflegen und zu verwirklichen.

So traten die früher bezeichneten Fortschritte der menschlichen Entwicklung in kürzester Zeit hervor: wo man früher nur tastete, wurde jetzt bewußt geschaffen: Gesetze folgten auf Gesetze, Verordnungen auf Verordnungen; alles mußte sich dem Übermenschen fügen, und wenn er starb, so lag die ganze Kultur darnieder; erst mit dem Eintreten des neuen Häuptlings traten wieder Kulturzustände ein: denn man wußte nichts anderes, als daß alles von ihm herrühre und alles Heil auf ihn zurückgehe; darum der Brauch vieler Völker, den Tod des Häuptlings zu verbergen, bis ein neuer Häuptling erscheint und die Zügel der Herrschaft an sich nimmt.

Aber das Häuptlingsrecht hat auch nach folgender Richtung hin günstig gewirkt: es war im Interesse des Häuptlings, fremde Feinde abzuwehren; er mußte daher veranlaßt sein, alle nötigen Kräfte zum Schutze der Grenzen zu konzentrieren; das war aber auch im Interesse des Ganzen: so schufen die Häuptlinge vielfach ruhige Zustände und erlösten das Volk von der Geißel fremder Einfälle, die früher das Volksgebiet verheerten, die sonst das Volk vernichtet oder der Vernichtung nahegebracht oder es zur völligen Untertänigkeit und Versklavung geführt hätten.

Ein weiterer Vorteil des Häuptlingsrechtes war die Pflege internationaler Beziehungen: die Häuptlinge waren Personen, welche sich gewöhnen mußten, über das

[1] Mit Recht hat man daher schon hervorgehoben, daß die menschlichen Gemeinschaften in ihrem Ursprung in die vormenschlichen Zeiten zurückgreifen; vgl. v. Schubert-Soldern, Zur Rechtsphilosophie, in der Ztschr. f. die gesamte Staatswissenschaft 1897 III S. 491.

eigene Gebiet hinauszuschauen und namentlich das Verhältnis des Staates zu den Nachbarstaaten ins Auge zu fassen. Sie regten gute Beziehungen an; ihnen sind darum vorzüglich die Verbindungen mit fremden Staaten und die Staatsverträge zu danken. Das zeigt sich z. B. bei den afrikanischen Häuptlingen, und es wirkt fort bis in die mittelalterlichen Verhältnisse; in den italienischen Städten war es hauptsächlich die emporgekommene Signorie, welche die internationalen Verhältnisse pflegte.

Noch ein Punkt kommt in Betracht: Die Häuptlinge sind es vielfach, welche eine gewisse Freiheit der Kulte gebracht haben; die Bekenntnisfreiheit mußte ihnen im Kampfe gegen das Priestertum einen mächtigen Beistand schaffen. Dies führt uns auf das Verhältnis zum Priesterstand.

War der Häuptling in der Lage, auch das Priesteramt in sich aufzunehmen, war er auch zu gleicher Zeit der oberste Priester, wie bei den Inkas, dann hatte seine Macht keine Grenzen. Aber nicht immer war er in dieser Beziehung auf Rosen gebettet, denn das Priestertum war vielfach so sehr im Volk eingebürgert und so sehr mit der Anschauung und Bildung der Menschen verwachsen, daß der Häuptling nichts anderes vermochte, als sich mehr oder minder mit ihnen zu verständigen. Allerdings hörten kräftige Häuptlinge nicht auf, an der Macht der Priester zu rütteln und eine Betätigung derselben nach der anderen an sich zu ziehen: sie verweltlichten den Prozeß, sie verweltlichten die Verwaltung und Kriegführung, sie gewährten eine gewisse Freiheit der Bekenntnisse, spielten das eine Priestertum gegen das andere aus und trugen dadurch wesentlich zur Modernisierung des Staates bei. Anderseits war das Priestertum vielfach ein Schutz der Schwachen gegen das Übermaß des Einen und namentlich gegen den Mißbrauch einer so furchtbaren Einzelgewalt. So gab es nicht selten Reibungen und Kraftproben, die noch in dem späteren kaiser-päpstlichen Streite hervorbrachen, die oft zu furchtbaren Zusammenstößen führten und auf beiden Seiten die geistigen Kräfte stählten.

Das Priestertum hat aber noch eine andere wichtige Funktion vollzogen: mit Hilfe des Priestertums entwickelte sich der Umschwung vom Häuptlingtum zum Königtum[1]. Der König ist nicht Häuptling, auch der absolute König nicht; denn der König erklärt sich nun und nimmer als die einzige Quelle des Rechts; er weiß, daß er ein Organ des Staates ist, mag er sich auch für ein Organ halten, das frei verfahren darf, ohne jemandem Rechenschaft abzulegen. Damit entwickelt sich ein Weiteres: Ist der König ein Organ des Staates, so hat er nicht nur seine Rechte, sondern auch seine Pflichten; er ist gehalten, im Interesse des Staates zu handeln; und wenn auch dieser Pflichtgedanke erst allmählich zur vollen Überzeugung kommt, so ist doch schon von Anfang an das unbewußte Gefühl, daß der Herrscher nicht nur für sich, sondern auch zugleich für andere zu wirken habe, dem Königtum innewohnend. Auch hier hat das Priestertum den Umschwung vollzogen; die Priester verlangten, daß der König Gott geweiht werde, und sie erklärten die Pflichten gegen Gott als heiligen Inhalt der königlichen Gewalt; der König mußte schwören, zu Gott zu stehen und Gottes Gebote zu erfüllen. Damit war von selber der Gedanke zum Ausdruck gebracht, daß sein Belieben Grenzen habe, und daß diese Grenzen natürlich auch durch die Bedürfnisse des Ganzen und durch das Wohl des Volkes gesteckt seien, — soweit das Wohl des Volkes den Priestern am Herzen lag und ihr Stützpunkt war.

So entstand das Königtum. Nicht überall aber hat das Häuptlingtum die Oberhand gewonnen: bei vielen Völkern hat die republikanische Totemverfassung fortgedauert; bei anderen wurde der Häuptling gebeugt unter die Macht der Geschlechter, d. h. der einflußreichen Familien; bei anderen behielt die Volksversammlung ihre Bedeutung, und sie mußte immer berufen werden, wenn es sich um wichtige Beschlüsse handelte, die über den gewöhnlichen Kreis der Staatsverwaltung hinausgingen.

Es gibt daher zwei, es gibt aber auch nur zwei grundsätzlich verschiedene Organisationen der Staaten. Entweder die Organisation mit dem Recht des Einzelnen oder die Organisation mit den Rechten des Volkes, welches zwar auch einen Vorsitzenden, einen Präsidenten ernennen kann und ernennen wird, aber doch nur mit einer von ihm ab-

[1] Vgl. auch Einführung in die Rechtswissenschaft S. 109 f.

geleiteten, nicht mit einer unmittelbaren, von außen her gewordenen selbständigen Macht[1].

Die weitere Entwicklung des Staatslebens ist wesentlich moderner Natur; allein Ansätze dazu finden sich bereits in den Rechten der Natur- und Halbkulturvölker. Schon bei Totemvölkern finden sich Beispiele unserer modernen Volksvertretung; schon hier bildet die Schranke des Priestertums eine gewisse verfassungsmäßige Sicherung; ja, auch was das Richtertum betrifft, so treffen wir nicht selten die Einrichtung, daß der König gar nicht selbst urteilt, sondern nur den Vorsitz hat und der Rat der Großen das Urteil fällt, wie z. B. in Ostafrika der Rat der Schauri. Dies sind Ansätze, die aber allerdings erst in späteren Verhältnissen, wo die Verfassung nicht schwankend und unbestimmt, sondern in feste Sätze gebannt ist, ihre volle Entwicklung gefunden haben.

§ 39. Geschlechterstaat und Gemeindestaat.

Das auf solche Weise vereinigte Volk bildet eine Einheit, nicht nur eine Einheit des Rechts, sondern eine Einheit der ganzen Kultur, eine Einheit der geistigen Entwicklung und der ganzen Lebensbetrachtung. Diese Einheit ergibt sich ursprünglich schon genealogisch, weil das Volk aus der Familie hervorgegangen ist; und haben sich die verschiedenen Totems zusammen verschwägert, so ist das Zusammenleben ein so inniges, und die Gruppenehe greift so mächtig ein, daß notwendig eine gewisse einheitliche Nivellierung, eine gleichmäßige Stufe des Denkens entsteht; und auch die religiöse Einheit bleibt gewahrt, denn wenn auch die verschiedenen Totems ihre verschiedenen Götzen haben, so verstehen sich diese Götter ebensogut zueinander wie die Totems selbst. So entwickelt sich eine einheitliche geistige Atmosphäre, und sie ist es, in welcher die Lebenskraft des Volkes ruht.

Dies wird unterbrochen, wenn fremde Elemente in den Staat eintreten. Solches ist ursprünglich undenkbar: niemand kann Staatsgenosse werden, der nicht einer der Familien oder Geschlechter angehört. Allerdings führt das Bedürfnis nicht selten dahin, daß eine Persönlichkeit in die Klientelschaft aufgenommen wird und auf diese Weise unter die Fittiche einer Familie kommt, die sie beschützt, aber auch für sie einstehen muß; allein dies sind Ausnahmen.

Eine Änderung tritt ein, sobald man fremde Kolonisten zuläßt: diese bilden oft einen wünschenswerten Zuwachs, sie bestellen große Landstriche, sie können besteuert werden und tragen auf solche Weise zur materiellen Wohlfahrt und zur Macht bei, denn die Verteidigung des Staates ist auch ihr Interesse. Eine wichtige Entwicklung ist es nun, wenn diese Kolonisten mit in den Staatsverband aufgenommen und mehr oder minder mit dem Staat verschmolzen werden. Jetzt tritt an Stelle der Einheit eine gewisse Verschiedenheit in der Geistesverfassung, in Charakter und Anlage. Aber diese Verschiedenheit muß wiederum ausgeglichen werden durch das Zusammenleben, durch Mischehen und durch das gemeinsame Interesse und die gemeinsame Wirksamkeit zum Wohle des Staates. So entsteht an Stelle der alten Geschlechterstaaten unser Territorialstaat.

Auch nach anderen Richtungen hin hat sich die Geschlechterverfassung aufgebraucht; wie die Kolonisten die ausschließliche Macht der Geschlechter brachen, so mußten die Geschlechter sich selber vielfach dadurch auflösen, daß die ihnen angehörigen Familien zusammengewürfelt wurden; es lebte jetzt nicht mehr die Geschlechterfamilie zusammen, sie bildete jetzt nicht mehr eine strenge Einheit, die Einheit der Gentilen und der Phratrien, sondern die lokalen Verhältnisse knüpften die Menschen aneinander. Wenn eine Familie des Geschlechts A und eine Familie des Geschlechts B oder C zusammen wohnten, so mußte sich

---

[1] Dies ist in der Einführung S. 109 näher durchgeführt. Meist ist noch die unzutreffende sokratisch-aristotelische Dreiteilung in Monarchie, Aristokratie und Republik (Politie) üblich (Aristoteles, Politik III 5 § 1). Richtig schon der große Machiavelli, principe c. 1: Tutti gli stati . . sono o republiche, o principati. Darüber neuerdings auch Menzel in Grünhuts Zeitschrift XXIX S. 562.

in ihrem Kreise eine neue Gemeinschaft bilden, eine Gemeinschaft der durch das Zusammenwohnen wachgerufenen Interessen und eine Gemeinsamkeit der durch das Zusammenleben von selbst erregten Bestrebungen.

So tritt an Stelle der Geschlechterverfassung die Gemeindeverfassung mit ihren eigenen Oberhäuptern und ihrer eigenen Vertretung. Dies hat natürlich auch viel dazu beigetragen, die Kolonisten und die Geschlechter einander anzunähern; die Geschichte der römischen Tributkomitien ist ein beredtes Zeugnis der Macht solcher lokalen Verbände. Bedeutsam sind derartige Gemeinschaften namentlich in Ostasien: die chinesische Gesellschaft beruht auf den Verbänden der Chia und der Pao mit ihren Chia- und Pao-Häuptern, und auch die japanische Gesellschaft war früher auf solche Verbände, Go-nin-kumi und Kashira, angelegt. Aber auch im germanischen Leben hat diese Gemeindeverfassung wesentlich dazu beigetragen, die Macht der Geschlechter zu brechen, die allerdings lange Zeit als ein engerer Verband, als ein Staat im Staate mit besonderen Vorrechten sich zu halten suchten, dann aber zuletzt weichen mußten.

Je mächtiger sich im Territorialstaat die Mannigfaltigkeit entwickelt, je mehr sich diese auf der anderen Seite mit einer gewissen gemeinsamen Denkungsweise verbindet, um so reicher wird die Kultur sein, die der Staat entwickelt. Wir brauchen zur Kultur viele und verschiedenartige Begabungen; wir brauchen aber auch wieder ein gemeinsames geistiges Fluidum, in dem diese Begabungen sich vereinen und zusammenwirken. Das ist die Kulturbedingung unserer Staaten.

§ 40. Staat als Verwirklichung der sittlichen Idee.

Diese Entwicklung des Staates gibt auch seine Rechtfertigung: der Staat muß sein, weil nur in einer solchen Gemeinschaft die menschliche Kultur sich entwickeln kann, weil, wenn die Menschen als Einzelne sich zerblättern, alle Errungenschaften menschlichen Geistes zu Grunde gehen. Die Verbindung muß eine autoritative, machtvolle sein, wenn überhaupt die Kulturaufgaben gegen die Umsturzmächte bestehen bleiben sollen, und ebenso muß die Verbindung eine bauernde und folgerichtige sein, wenn nicht unsere Kulturentwicklung ständig den größten Schwankungen unterliegen soll. Auf diese Weise ist der Staat die Verwirklichung göttlichen Geistes, die Verwirklichung der in der Weltgeschichte tätigen Kulturmächte und Gewalten. Dies, was das Wesen des Staates betrifft. Wie sich die Staaten im einzelnen entwickeln, ist Sache des Waltens geschichtlicher Kräfte, wobei allerdings Volksgeist und Volksbewußtsein eine große Rolle spielen. Ob ein Volk Personen erzeugt, welche eine mächtige Häuptlingsstellung einnehmen können, ob das Volk Geschmeidigkeit genug besitzt, um sich dem Häuptlingtum zu fügen, das hängt natürlich nicht nur von den äußeren Geschichtsverhältnissen, sondern auch von dem Volkscharakter und dem Bildungsgange des Volkes ab.

Im übrigen hat die Anschauung von der Bedeutung und Rechtfertigung des Staates, seitdem man darüber nachdachte, wesentliche Wandlungen durchgemacht. Am tiefsten und vernünftigsten hat im Altertum Aristoteles die Sache erfaßt, und sein Werk über die Politik bietet noch dem jetzigen Leser eine Fülle von Belehrung, ist auch für die mittelalterliche Weltanschauung von entscheidender Bedeutung gewesen. Allerdings trat im Mittelalter die christliche Idee der Gottesherrschaft auf, und da Staat und Kirche als göttlich erschienen, so entwickelte sich die berühmte Frage, ob der Staat unmittelbar von Gott eingesetzt sei, oder ob er erst der Kirche seine Autorität zu verdanken habe. Es war dies die Frage, welche das ganze Mittelalter seit Gregor VII. beherrschte und auch nachträglich nicht völlig zur Ruhe kam. Die Kirche beanspruchte die alleinige unmittelbare Göttlichkeit und erklärte, daß der Staat seine Rechte von der Kirche herleite, ebenso wie der Mond sein Licht von der Sonne. So entstand die Theorie der zwei Schwerter, indem die Kirche zwei Schwerter habe, von denen sie das eine dem Staat übergebe, u. s. w. Die Kirche leitete daraus die Befugnis ab, die kaiserliche Macht zu beaufsichtigen und nötigenfalls den Kaiser abzusetzen. Der prägnanteste Ausdruck des Kurialismus war die berühmte Bulle Unam sanctam von Bonifaz VIII., den Dante stets in der leidenschaftlichsten

Weise bekämpft hat. Hier entbrannte der Kampf auf der ganzen Linie, und Männer wie Dante, überzeugte Ghibellinen, suchten mit aller Macht die Selbständigkeit des Staates gegenüber der Kirche zu verteidigen: ihn dürfe die Kirche nicht versehren, denn er gehöre mit zu den Lebensbedingungen der Menschheit. In seinem unsterblichen Poem spricht er diese Idee vielfach aus; außerdem schrieb er eine Schrift, „De Monarchia", in der er diese Frage ausführlich entwickelte. Weiter ging ums Jahr 1824 Marsilius von Padua, der Leibarzt Kaiser Ludwigs des Bayern, der umgekehrt eine Oberherrschaft des Staates über die Kirche verteidigte, ganz im Sinne der streitbaren Persönlichkeit des Kaisers, für den er schrieb.

Eine große Rolle hat bei alledem auch die Sage von der konstantinischen Schenkung gespielt, indem man behauptete, dieser Kaiser habe, von einer Krankheit genesen, dem Papst Sylvester bedeutende Zugeständnisse gemacht. Die frühere Zeit glaubte an diese Schenkung und suchte sich mehr oder minder damit abzufinden, Dante ebenso wie Bartolus u. a. Heutzutage ist die Unechtheit und der legendarische Charakter dieser Überlieferung ohne Zweifel.

Noch lange wogte der Kampf nach, auch nachdem die Idee des Weltkaisertums Schiffbruch gelitten hatte, und Jesuiten wie Suarez und Johannnes Mariana waren beredte Vertreter des Kurialsystems, das bis in die systematisch durchgeführte Lehre von der Berechtigung zum Tyrannenmord ausmündete [1].

Andere Wege schlug später das Naturrecht ein. Der gesunde Gedanke, daß die Gliederung der Menschheit aus dem Innern der Menschenseele hervorgeht, nur nicht aus der Menschenseele in der Vereinzelung, sondern in ihrem sozialen Zusammenhang, wurde zum Staatsvertrag verzerrt, indem man den sozialen Gesamtwillen vereinzelte zu einer Summe von zusammentreffenden Einzelwillen und diese Summe unter den vom Privatrecht her bekannten Begriff des Vertrags brachte. Die ganze Vorstellung beruhte auf dem dem Naturrecht eigenen Mangel der metaphysischen Grundlegung, auf der Unfähigkeit, die Gesamtheit als Gesamtheit und den in ihr weilenden teleologischen Trieb zu erkennen [2]. Und diese Vorstellung hegte man, trotzdem schon Aristoteles in seiner Politik I 1, § 9 das goldene Wort gesprochen hatte, daß der Staat eine Naturschöpfung sei und der Mensch ein von Naturanlage zum Staate vorgebildetes Wesen, ein ζῶον politicon, und trotzdem Thomas von Aquin so herrlich verkündet hatte, der Mensch müsse in Staaten leben, er müßte dies, selbst wenn der Sündenfall nicht gewesen wäre [3]. Und doch hatte einer der größten Politiker und der gewaltigsten Opportunisten, Machiavelli (1469—1527), bereits gezeigt, wie im Erwerb und in der Erhaltung der Herrschaft die Machtfrage die Hauptrolle spielt, die Macht über die Mittel und über die Gemüter, ohne Rücksicht auf die Zustimmung der Bevölkerung.

Selbst Spinoza konnte sich lange Zeit von der Idee des Staatsvertrages nicht losmachen; er hing ihr noch an in seinem tractatus theologico-politicus, er sprach hier noch von den Bedingungen dieses pactum (XVI, § 12 ff.). Weiter ist er allerdings in seinem nachgelassenen Werke, dem unvollendeten tractatus politicus, gediehen, wo der Staatsvertrag ziemlich verschwindet (VI 1, III 9): in unum conspirare, et communi aliquo affectu naturaliter convenire [4]. Allein, der Einfluß Spinozas nahm seit den ersten Dezennien des 18. Jahrhunderts ab, und die Äußerung des letzten Traktats blieb ziemlich einflußlos [5]. Noch bis ins 19. Jahrhundert geisterte die Lehre vom Staatsvertrag, bis sie der große Hegel für immer bannte: „Es liegt nicht in der Willkür der Individuen, sich vom Staate zu trennen, da man schon Bürger desselben nach der Naturseite hin ist. Die vernünftige Bestimmung des Menschen ist, im Staate zu leben, und ist

[1] Vgl. die bemerkenswerte Schrift von H. C. Schmidt, Lehre vom Tyrannenmord (1901) S. 40 f.
[2] Vgl. Einführung S. 107.
[3] Vgl. Baumann, Staatslehre des hl. Thomas v. Aquin S. 167.
[4] Vgl. über diesen Fortschritt in der Anschauung Spinozas Menzel in den Festgaben f. Unger S. 54 f. und dazu meine Bemerkungen im Juriſt. Literaturblatt XI S. 30.
[5] Vgl. Bäck, Spinozas erste Einwirkungen auf Deutschland S. 84 f.

noch kein Staat da, so ist die Forderung der Vernunft vorhanden, daß er gegründet werde. Ein Staat muß eben die Erlaubnis dazu geben, daß man in ihn trete oder ihn verlasse; dies ist also nicht von der Willkür der Einzelnen abhängig, und der Staat beruht somit nicht auf Vertrag, der Willkür voraussetzt. Es ist falsch, wenn man sagt, es sei in der Willkür aller, einen Staat zu gründen; es ist vielmehr für jeden absolut notwendig, daß er im Staate sei." (Philosophie des Rechts § 75 S. 118 f.)[1] Dies ist seit Aristoteles das Vernünftigste, was darüber geäußert wurde. Ein Eingehen auf die verschiedenen Irrgänge des Staatsvertrages ist entbehrlich, da wir hier Rechtsphilosophie, und nicht Geschichte der Rechtsphilosophie zu geben haben.

Und auch die Lehre von den Schranken der Staatsgewalt und den sogenannten Menschenrechten gehört nicht hierher; denn es handelt sich hier nicht um etwas Absolutes, sondern um eine Gestaltung nach geschichtlich verschiedenen Grundlagen und Grundbedingungen. Am verkehrtesten ist die Theorie, welche den Staat zum Rechtsstaate macht, d. h. ihm nur die Aufgabe der Rechtspflege und keine andere zugesteht.

Dagegen liegt dem modernen Staat allerdings das Erfordernis zu Grunde, daß die Verwaltung nach gewissen Grundsätzen verfahre, und daß sie die gesetzlichen Rechte der Einzelnen anerkenne. Allein dies ergibt sich aus der Lehre von der Verfassungsmäßigkeit der Staatsregierung, von der sich bereits in frühen Zeiten Ansätze finden.

IV. Einwirkung des Ganzen auf die Geschicke des Einzelnen.

1. Strafrecht.

§ 41. Schuld und Willensfreiheit.

Bei der Entwicklung des menschlichen Einzelwesens bricht auch dasjenige hervor, was man freien Willen nennt, und mit dem freien Willen die Schuld. Lag die Schuld zur Zeit des Gesamtlebens mehr in der Gesamtheit als im Einzelnen, so tritt jetzt der Einzelne als voller Träger der Schuld hervor und hat für sie einzustehen, er und nur er. Die Schuld aber beruht darauf, daß der Mensch nicht maschinenmäßig durch das Getriebe von Beweggründen geleitet wird, sondern daß ihm eine gewisse Freiheit zusteht, eine sogenannte Willkür, innerhalb eines bestimmten, durch Beweggründe und Anlagen gegebenen Gebietes zu wählen. Dieses Verhältnis habe ich bereits in meiner Einführung in die Rechtswissenschaft S. 136 f. dargelegt; die Naturanlage ist nicht etwa so gestaltet, daß sie unmittelbare Willenserregungen auf Grund der Beweggründe erzeugte; wäre dem so, so wäre es um die Willensfreiheit geschehen. Aber die Naturanlage gibt nur eine bestimmte Geneigtheit, einen bestimmten Trieb, kraft der Beweggründe zu wirken; daneben steht der freie Wille, der in der Lage ist, von diesem Triebe abzuweichen und sich nach einer anderen Richtung zu schlagen. Allerdings, das ist sicher, daß das festbestimmte menschliche Einzelwesen dem freien Willen nicht eine jede Ungebundenheit und Zügellosigkeit gewährt, denn Freiheit ist nicht gleich Zügellosigkeit, und es gibt nichts Unrichtigeres, als ganz von der Persönlichkeit und ihrem Charakter abzusehen und zu vermeinen, daß ein jeder in jedem Augenblick ein Geheimnis wäre, aus dem die allerunwahrscheinlichsten und seltsamsten Dinge hervorgehen könnten. Vielmehr gibt der Charakter dem menschlichen Willen bestimmte Geneigtheiten, die ihn von einer Reihe von Taten absolut zurückhalten, so daß diese von einem bestimmten Menschen nie und nimmer zu erwarten stehen. Daneben aber bleiben dem normalen Menschen immer noch eine große Reihe von Möglichkeiten offen, und unter diesen Möglichkeiten zu wählen ist Sache des freien Willens.

Der freie Wille, der sich gegen die sozialen Gebote wendet, kommt in Schuld. Die sozialen Gebote entstehen, sobald man beginnt, den Einzelnen als Persönlichkeit der

[1] Treffendes sagt auch in dieser Beziehung Franz von Baader, dessen Aussprüche von Reichel, Die Sozietätsphilosophie Franz von Baaders S. 24 f., übersichtlich zusammengestellt sind (Separatabdr. aus der Zeitschr. f. die gesamte Staatswissenschaft 57 Heft 2).

Gesamtheit entgegenzusetzen; wenn er auf der einen Seite zu handeln und zu entschließen befugt wird, so wird ihm auf der anderen Seite geboten, in seinen Handlungen gewisse Güter der Menschheit zu wahren. Tut er dies nicht, so ist dies ein Sich-aufbäumen gegen die Gesellschaft, es ist ein Widerrecht, es ist die Schuld.

Die Schuld verlangt ihre Sühne; die Sühne ist die Wiederherstellung des durch die Schuld herbeigeführten Unheils, des Unheils, das darin besteht, daß die soziale Ordnung gebeugt und dadurch die Gesamtheit in Gefahr gesetzt wird; denn wer den Einzelnen zum selbständigen Handeln zuläßt, muß darauf bestehen, daß die soziale Ordnung gewahrt wird; unter der Zügellosigkeit des Einzelnen soll nicht das Ganze zu Grunde gehen [1].

Die Sühne besteht in einem Schmerz, in einem seelischen Leiden, denn das seelische Leiden läutert den Einzelnen und stumpft auch für die Gesamtheit den Stachel der Schuld ab, weil sich die gerechte Entrüstung in Mitleid umwandelt und dadurch der Schuldige der Gesellschaft wiedergewonnen wird. Auch die sittliche Empfindung wird in der Gesamtheit gestärkt, wenn sie fühlt, daß derjenige durch Leiden gebeugt wird, der der Gesamtheit gefährlich zu werden drohte.

Das ist das Wesen der Strafe; dieses erschöpft sich daher nicht in Äußerlichkeiten; es erschöpft sich nicht darin, daß die Strafe andere abschreckt: denn wenn dies auch der Fall, so wäre es immerhin kein gerechter Zustand, daß der eine (als souffre-douleur) büßen müßte, damit die anderen sich bessern; nur wenn die Strafe sich sühnend gegen den Täter selbst kehrt, ist sie gerecht.

Ebensowenig kann man sagen, daß die Strafe rein die Besserung des Täters zum Zwecke hat; dann müßte man den Unverbesserlichen nicht bestrafen, und beim Verbesserlichen würde Strafe und Zwangserziehung zusammenfallen, während doch beides im höchsten Grade zu trennen ist. Der Landstreicher, der niemanden verletzt, bedarf oft einer viel längeren Zucht, als der Dieb oder Betrüger oder überhaupt der Gelegenheitsverbrecher.

Dies gilt namentlich auch für das, was man heutzutage als Zweckstrafe aufstellt. Zweckstrafe besagt nur, was man früher als Strafe kraft relativer Strafrechtstheorie bezeichnete, also Strafe mit Abschreckungs-, Besserungszweck, Strafe mit Sicherungszweck, sofern die menschliche Gesellschaft gegen unverbesserliche Einzelwesen geschützt werden soll. Ist für letzteres ein Bedürfnis vorhanden, so darf man eine solche Absperrung nicht als Strafe behandeln: soweit der Verbrecher kraft der Gerechtigkeit Strafe verdient, ist ihm ein Leiden zuzufügen; soweit er aber noch außerdem, der Gefährlichkeit wegen, von der Gesellschaft abgeschlossen werden muß, ist ihm nur soweit Schmerz zu bereiten, als dies mit der Abschließung untrennbar verbunden ist. An der scharfen Abscheidung von Zwangserziehung, Sicherungsabschließung einerseits und Strafe anderseits hängt die Zukunft der Strafrechtswissenschaft.

§ 42. Blutrache.

In den Zeiten, wo der Einzelgeist wenig entwickelt war und darum der Begriff der Strafe, welcher gerade die Entgegensetzung der einzelnen Persönlichkeit und der Gesamtheit zur Voraussetzung hat, noch nicht auftauchen konnte, galt statt des Strafrechts das Racherecht.

Die Rache ist eine der Strafe in manchen Beziehungen verwandte Einrichtung; sie beruht auf dem Gedanken, daß der Schuld eine Vergeltung zu teil werden müsse; allein sie entbehrt des sozialen Elementes: nicht deswegen will sie vergelten, weil der Einzelne sich gegen die Gesamtheit aufgebäumt hat und die Gesamtheit dies zu sühnen hat, sondern deswegen, weil der Einzelne verletzt wurde, und diese Verletzung will wieder eine Verletzung; das verlangt ein dem Menschen, ebenso wie anderen animalischen Wesen, ursprünglich innewohnendes Gefühl. Darum ist auch die Rache unbändig und blind; sie kennt, wenigstens in ihren ersten Entwicklungsstufen, kein Maß und kein Verhältnis. Sie trägt nicht zur Gesundung der Gesamtheit bei, sondern bietet Anlaß zu ständig

[1] Von mir näher ausgeführt in der Schrift: Wesen der Strafe (1888).

neuen Erregungen und ist darum ein antisoziales und unsittliches Institut. Allerdings ist die Blutrache nicht immer in diesen ersten Stufen stecken geblieben; sie hat Entwicklungsformen angenommen, welche sie der Strafe annäherten. Schon das, daß man sie nicht nur als Recht, sondern als Pflicht betrachtete, und daß sie nicht von dem Verletzten, sondern von der ganzen Familie geübt wurde, gab ihr einen allgemeineren Charakter. Außerdem entwickelten sich gewisse Verhaltungsgrundsätze; insbesondere sollte die Rache mit dem Unrecht ein bestimmtes Gleichmaß zeigen. So kam es, daß die Blutrache den Menschen jahrhundertelang genügte und erst allmählich anderen Einrichtungen Raum gab. Jedenfalls aber ist die Blutrache eine der verbreitetsten Erscheinungen des Erdballs. Es gibt kein Naturvolk, das sie nicht kannte, kein Kulturvolk, das nicht aus dem Stande der Blutrache hervorgegangen wäre[1].

§ 43. Anfänge des Vergeltungsrechts.

Als sich das soziale Strafrecht entwickelte, trat der Gedanke der Sühne und damit das richtige Verhältnis zwischen Schuld und Strafe oft nur in sehr getrübter Form hervor. Zwar, eine gewisse Verhältnismäßigkeit hatte sich schon in den Blutrachezeiten festgestellt, und die Idee: wie man verletzt hat, müsse man wieder verletzt werden, ist äußerst verbreitet; sie ist eine allverbreitete Äußerung des Grundgedankens, daß die Strafe eine gerechte Sühne und Wiedervergeltung sein müsse. Daher der Satz: Auge um Auge, Zahn um Zahn. Dieser Spruch scheint auf den ersten Augenblick manche Berechtigung zu haben; er steht aber mit unserer jetzigen Anschauung in Widerspruch und führt zu äußerlichen Ergebnissen. Denn einmal wendet er sich gar nicht an die Schuld, sondern an den Erfolg der Tat: der nämliche Erfolg soll dem Schuldigen zu teil werden; das ist aber nach unserer jetzigen Rechtsbetrachtung unzutreffend: der Täter hat vielleicht in starker Aufregung gehandelt; ist es da angemessen, daß man ihm absichtlich und nach ruhiger Erwägung dasselbe Übel zufügt, ihm etwa wiederum ein Auge ausstößt, wenn er den Verlust eines Auges herbeigeführt hat? Sodann muß beachtet werden, daß ein und derselbe Erfolg bei dem einen Einzelwesen schmerzlicher ist als bei dem anderen; schon in früheren Zeiten setzte man sich den Fall, daß, wenn ein Einarmiger einem anderen die Hand abgehauen, der Verlust der einen Hand ihm doch viel schlimmer wäre als das Übel dessen, dem nach Verlust der einen Hand noch eine andere übrig bleibt. Der Talionsgedanke ist daher der fortgeschrittenen Rechtsabwägung nicht mehr gemäß; als das Richtige erscheint folgendes: dem Frevler ist ein Leiden zuzufügen, das mit der Schuld in einem solchen Verhältnis steht, daß wir es als eine gerechte Wiedervergeltung und Tilgung der Schuld empfinden. Das ist natürlich in den verschiedenen Zeiten verschieden. Verschieden ist es namentlich nach der Empfindungskraft und der Leidensfähigkeit des Menschengeschlechts, die durchaus nicht in allen Zeiträumen die nämliche ist[2].

Seine Weihe erlangt das Vergeltungsprinzip durch die Idee der Gottesstrafe. Die Tat wird vergolten, weil sie die Gottheit beleidigt hat und die beleidigte Gottheit zu versöhnen ist. Es braucht keines Hinweises, daß die von uns längst überholte anthropomorphistische Anschauung ein bedeutendes Bildungselement in sich trug. Die Sühne für die beleidigte Gottheit war zugleich eine Sühne für das beleidigte sittliche Bewußtsein, sie war zugleich eine Sühne für das gotteswidrige und damit sozialwidrige Verhalten. Allerdings nahm dieser Gedanke oft eine höchst persönliche Form an; man glaubte, daß die Gottheit zürne und ungehalten sei; ja, man glaubte, daß sie diesen Unwillen an der ganzen Menschheit oder doch wenigstens an Stadt und Staat erweise. So kommt es,

[1] Nachweise in meinem „Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz" S. 131 f., meiner Schrift über die Blutrache (1885) und zahlreiche weitere Nachweise in späteren rechtsvergleichenden Abhandlungen. Vgl. neuerdings Arias, istituzioni giuridiche nella divina Commedia (1901) p. 31 f.

[2] Abarten der Talionsidee sind die sinnbildliche Strafe und die Bestrafung des frevelnden Körperteils; darüber vgl. Einführung in die Rechtswissenschaft S. 147 f.

daß selbst ein so gottesfürchtiger Mann wie Justinian der Ansicht ist, daß Gotteslästerung Seuchen und Erdbeben erzeuge, und Ende des 15. Jahrhunderts glaubte man das Auftreten der Blattern auf schwere göttliche Strafe wegen ähnlicher Sünden zurückführen zu müssen. Ebenso findet sich der Gedanke vielfach in den italienischen Stadtrechten des 16. Jahrhunderts, und daher erklärt sich die furchtbare Strafe des Feuertodes gegen den Päderasten und die Satzung, daß man auch das mißbrauchte Tier tötete: man wollte alles, was an die Tat erinnerte, wegschaffen, damit auch die Gottheit vergesse und es die Gesellschaft nicht büßen lasse. Übrigens hat dieser Gesichtspunkt mit dazu beigetragen, das Strafrecht als soziales Institut auszubilden und von der Rache zu lösen; denn es bestand nunmehr ein Bedürfnis der Gesellschaft zu strafen, das viel schwerer wog als die Leidenschaft des Einen, des Verletzten.

Die rationell-sinnfällige Ausladung der Vergeltungsidee ist aber der Gedanke der Abschreckung. Die Sühne will das Verderben abwenden; eine volkstümliche Anschauung, welche die Abwendung lediglich in der Verhinderung der Wiederholung des Verbrechens erblickt und die seelische Sühnung in der äußerlichen Furcht vor der Strafe sieht, verkehrt die Idee der Sühne in die Abschreckungsidee, welche große Gebiete der Kulturwelt beherrscht und beherrscht hat. Hierbei ist die Idee der Abschreckung noch eine recht rohe und sinnliche. Man will nicht etwa abschrecken durch die Strafdrohung, so daß die Strafvollziehung nur eigentlich etwas Nebensächliches wäre, sondern man will eben gerade abschrecken durch die Strafvollziehung, macht darum diese so öffentlich als möglich und so grausig als möglich. Noch im Anfang des 19. Jahrhundert war es Sitte, zu Hinrichtungen die Kinder mitzunehmen, damit sie vor dem Verbrechen eine heilsame Scheu empfingen, da ihnen die Strafe handgreiflich vor Augen trat; der Galgenbühl ist meist ein weithin schauender Hügel und der Galgen das überall sichtbare Wahrzeichen der Gerechtigkeit, wie es einer der hervorragendsten Maler, Vettore Pisano, zweimal auf seinen Stadtbildern angebracht hat[1].

Immerhin hat diese Idee wesentlich den Gedanken genährt, daß das soziale Interesse am Strafrecht beteiligt sei; das Strafrecht wurde aus einer Talionseinrichtung zu Gunsten des Einzelnen zu einer Sühneeinrichtung zu Gunsten der Gesamtheit.

Allerdings ist diese Sühneeinrichtung nicht absolut; sie läßt Ausnahmen zu, sofern in gewissen Fällen das Strafbedürfnis erlischt oder hinter anderen sozialen Erfordernissen zurücksteht. Daraus ergibt sich die Rechtfertigung der Verjährung und der Begnadigung[2].

§ 44. Entstehung der Schuldvergeltung.

Der Gedanke der Blutrache war äußerliche Vergeltung; darum sah man ursprünglich nur auf den äußerlichen Schaden, nicht auf die innere Schuld; und lange Zeit ist auch das soziale Strafrecht auf diesem Stande geblieben. Viele Völker strafen die Tat rein ihres Erfolges wegen und ohne Rücksicht auf den sich dabei entwickelnden seelischen Vorgang. Noch ein so entwickeltes Strafrecht wie das chinesische ahndet das Zufallsvergehen, d. h. die schuldlose Missetat, und auch das japanische Strafrecht vor der Einwirkung europäischer Ideen ging dahin, daß man auch Wahnsinnige und Willenlose bestrafte. Später machte man Unterschiede: Der erste Unterschied ist der, die vorsätzliche und nicht vorsätzliche Tat auseinander zu halten und die vorsätzliche Tat härter zu behandeln. Dieser Unterschied trat schon in der Blutrachezeit hervor, und manche Völker, wie z. B. die Völker des Islam, befolgen die Idee in der Weise, daß sie bei absichtsloser Tötung den Bluträcher zwingen, das Wergeld, d. h. den Ersatz für den Getöteten, anzunehmen, bei absichtlicher Tötung aber dem Verletzten das Recht geben, das Wergeld zurückzuweisen und die Durchführung der Blutrache zu betreiben.

---

[1] Auf dem Tondo in der Berliner Galerie und dem hl. Georgsbild in S. Anastasia in Verona.

[2] Vgl. Wesen der Strafe S. 18 f. Die Geschichte der Begnadigungslehre ist kennzeichnend für die philosophische Auffassung des Strafrechts; vgl. darüber die vortreffliche Darstellung von Sternberg, Begnadigung bei den Naturrechtslehrern (Z. f. vgl. R. XIII S. 321 f.).

Lange Zeit aber bleibt dieser Unterschied der einzige: man straft die absichtslose Missetat, man straft die absichtliche, erstere leichter, letztere härter; man gibt der ersteren auch sonst mannigfache Vergünstigungen, so z. B. gestattete das jüdische Recht dem absichtslosen Täter, in die Asylstadt zu fliehen und dort zu bleiben. Allmählich nimmt man einige Fälle, wie den Fall des Wahnsinns und den Fall bringenden Irrtums ganz von der Strafe aus, und so kommt man endlich auf die schwierigste Unterscheidung, auf den Unterschied zwischen dem fahrlässigen und dem völlig schuldlosen Tun. Fahrlässig ist derjenige, der den Erfolg nicht will und nicht voraussieht, ihn aber voraussehen würde, wenn er die Achtsamkeit hätte, welche das Leben im allgemeinen, oder welche insbesondere Gewerbe, Beruf im einzelnen Falle verlangen. Man sagt in diesem Fall: es ist ein Willensfehler, eine Schuld, wenn man, bei den Gefahren, die das Leben bringt, die Geistesspannung versäumt, die nötig ist, um Verletzungen der Mitmenschen zu vermeiden. Und je gefährlicher eine Tätigkeit, um so mehr ist man gehalten, alle Möglichkeiten zu überdenken, um einen unheilvollen Erfolg zu verhüten. In der heutigen Zeit, in der Zeit des Dampf- und elektrischen Betriebes und in einer Zeit, wo die Medizin vor den kühnsten Operationen nicht zurückschreckt, tritt das bringende Gebot höchster Sorgfalt ganz besonders an den Menschen heran. So bringt die Zeit, welche die Zufallshaftung zurückweist, eine strenge Haftung für Fahrlässigkeiten, namentlich für Berufsfahrlässigkeiten, eine Haftung, die sich manchmal mit dem alten System der Zufallshaftung berührt.

§ 45. Treibende Kräfte der Entwicklung.

Die große Tat der Weltgeschichte, die Umwandlung der Blutrache in das staatliche Strafrecht, hat sich nach zwei Seiten hin vollzogen.

Einmal drängte sich der Staat ein; er wollte und mußte strafen, weil die Blutrache das Rechtsbedürfnis nicht stillte. Dahin führte zunächst der Gedanke des Gottesrechts, von dem bereits gesprochen wurde: Vollzieher des Gotteswillens sind der Staat und seine Organe. Sodann gab es Vergehungen, welche so sinnfällig die Integrität des Staates und die Sicherheit der Gesamtheit bedrohten, daß ein Einschreiten von Staats halben absolut als Bedürfnis erschien. So wurden auch von Blutrachevölkern Landesverrat und ähnliche Vergehungen gegen die Sicherheit des Staatswesens durch die Gesamtheit gesühnt, so auch die Hexerei, weil diese (der böse Zauber) nach der Ansicht des Volkes eine furchtbare Gefahr für alle, für die Gesamtheit in sich barg.

Sodann drängt sich der Staat ein, weil die Blutrache nicht etwa das soziale Interesse mangelhaft erfüllt, sondern ihm völlig entgegenarbeitet und in ihrem Sondergeiste und ihrem Eigengelüste das Mark der Nation verzehrt. Schon in frühen Zeiten entwickelte sich der Grundsatz, daß innerhalb der einzelnen Familien, innerhalb des einzelnen Totems keine Blutrache vollzogen werden darf, weil hiedurch die Gemeinschaft in ihr eigenes Fleisch wütet. Die Folge ist, daß sich ein Familien-, ein Geschlechts-, ein Totemgericht entwickelt und die Zucht der Gemeinschaft an Stelle der Blutrache tritt. Nun kam es vor, daß, als die verschiedenen Totems zu Staaten zusammengelegt wurden, man den Satz weiter dahin entwickelte, daß in der ganzen Geschlechtervereinigung keine Blutrache geübt werden dürfe, daß mithin von Staatsgenosse zu Staatsgenosse eine Blutrache ausgeschlossen sei und somit, um das Gleichgewicht zu erhalten, ein staatliches Gericht eintreten müsse. Diesen Schritt hat insbesondere frühzeitig das römische Recht getan und jeden Mord eines römischen Bürgers als parricidium dem staatlichen Gerichte unterworfen. Bei manchen Völkern hat man mindestens die Blutrache unter staatliche Kontrolle gestellt, wie im Islam und wie in Japan in der Zeit der Tokugawa (17., 18., bis Mitte des 19. Jahrhunderts). Auch die Wendung ist nicht selten: die Blutrache wird durch die staatlichen Organe vollstreckt, und der Scharfrichter ist das Werkzeug des Bluträchers.

Diese doppelte Entwicklung ist durch drei Momente gefördert worden: durch das Häuptlingswesen, durch die Asylidee und durch die dem Rachegeist widerstrebenden Religionen.

Das Häuptlingswesen hat hier ganz besonders seine segensreiche Wirksamkeit entfaltet; allerdings nicht immer, ja nicht einmal vorzugsweise aus väterlichem Wohlwollen oder weitschauender sozialer Politik, obgleich auch diese hervorragenden Momente nicht ganz ausgeschlossen waren; hauptsächlich war es das Machtgefühl der Häuptlinge, das hier zur Geltung kam, und es war ihr Egoismus: Strafen und Konfiskationen fielen ihnen ganz oder teilweise anheim. Und so ist es gekommen, daß ostafrikanische Stämme, die ein entwickeltes Häuptlingsrecht haben, bereits die Blutrache vollständig verdrängten, so daß das Häuptlingsstrafrecht das Racheinteresse absorbierte. Ja, hier ist es vorgekommen, daß sich Häuptlinge unmittelbar ins Mittel legten und ohne Anklage die Verbrecher verfolgten, was man Untersuchungs- oder Inquisitionssystem nennt.

Asyl ist eine dem Blutrachesystem teils durch die Religion, teils durch Familien- oder Schutzverband aufgedrängte Einrichtung, die sich in dem Gebote kundgibt, daß in gewissen Verhältnissen und Beziehungen die Blutrache nicht vollzogen werden darf.

So vor allem das örtliche Asyl: es gibt gewisse Örtlichkeiten, an denen die Blutrache nicht geübt werden darf. Namentlich kommt es vor, daß sich der Täter in einen Tempel, einen heiligen Hain, in das Haus des Richters oder sonst in ein öffentliches Gebäude flüchtet, in welchem Falle er nicht angegriffen und herausgeholt werden darf. Diese Art der Entwicklung hat vielfach dazu geführt, daß die Blutrache ihre Schärfe verlor und in das Kompositionssystem überging, oder daß sich die Häuptlinge ins Mittel legten und ausgleichend oder sühnend verfuhren. Eine eigenartige Gestalt nahm die Asylstätte im jüdischen Rechte an: hier wurde untersucht, ob die Tat eine vorsätzliche oder unvorsätzliche war; im ersten Falle wurde der Täter aus der Asylstadt herausgeführt und dem Bluträcher überlassen, im anderen Falle durfte er in der Asylstadt bleiben und war in ihr unangefochten. Auch hier zeigt sich das Eingreifen der Obrigkeit infolge der Hinderung, welche der Asylgedanke dem Blutrache-Institut in den Weg legte. Das Asyl kann aber auch zeitlich sein, indem bestimmte Tage des Jahres oder der Woche der Blutrache entzogen sind; es kann auch persönlich sein: der Täter ist mit dem Augenblick, wo er mit einem Familiengenossen des Verletzten oder einem mächtigen Schutzfreunde in Verbindung getreten ist, gegen die Racheübung gefeit.

Endlich hat auch die Religion wesentlich dazu beigetragen, die Blutrache aufzuheben. Der ethische Gedanke, daß die Rache verwerflich sei, mußte zur Verdrängung des Instituts führen; damit stand die Vorstellung nicht im Widerspruch, daß eine Strafe und zwar eine sehr energische Strafe — auch die Todesstrafe — zu verhängen sei, sofern sie von der Allgemeinheit ausgeht, um die Gesundheit des Volkes zu erhalten; denn hier tritt jeder Rachegedanke zurück. Schon Thomas von Aquin sagt, daß die Fürsten als Ärzte berufen seien, Auswüchse im sozialen Körper zu entfernen. Man erkannte, daß die staatliche Strafe auf anderer Grundlage beruhe als die Rache; schon die obenerwähnte Idee des Gottesrechts hatte in dieser Beziehung eine Wendung herbeigeführt: Strafe um der Gottheit, Strafe um der Menschheit willen. Auf diesem Wege hat das Recht der christlichen Völker die Blutrache überwunden und überall das staatliche Strafrecht als leidenschaftslose Ausübung der Gerechtigkeit eingeführt. Lange Zeit zwar bestehen noch einige Ausflüsse der Blutrache weiter, und eine Zeitlang ist das Leben im Widerspruch mit dem Recht, wie ja z. B. noch Dante von der Blutrachepflicht handelt und die Blutrache als etwas Natürliches, der Familie Zukommendes ansieht, und wie noch heutzutage, sechs Jahrhunderte nach Dante, drei Jahrhunderte nach Shakespeare, manche nicht begreifen können, warum Hamlet sich nicht zur Blutrache entschließt!

§ 46. Moderne Probleme.

Die heutige Welt steht noch auf der Grundlage des Vergeltungsrechts; die Angriffe hiergegen und die Bestrebungen, die Strafe auf den sog. Zweckgedanken zu bauen, d. h. auf utilitare, von der Gerechtigkeit abliegende, mit der Schuld nicht im Zusammenhang stehende Gründe, haben es nicht zu erschüttern vermocht. Die Bestrebungen heutiger Zeit gehen vielmehr dahin, durch Individualisation der Strafe den Gedanken der

Gerechtigkeit reiner und vollkommener zu verwirklichen und durch andere, neben der Strafe einhergehende Mittel die Quellen des Verbrechens zu verstopfen und, um dies ausgiebiger zu tun, die im Volksleben mächtigen vergiftenden Keime kennen zu lernen. Namentlich die Zucht der Jugend ist ein wesentlicher Faktor, mit dem sich der Staat zu befassen hat; in ihr ruht vielfach das Heil der Zukunft. Ein anderes Ziel ist die strenge Ausscheidung der Unverbesserlichen aus der Gesellschaft. Dieser Zweck kann nur durch Verbrecherkolonien erreicht werden[1].

2. Prozeß.

§ 47. Prozeß und Selbsthilfe.

Der Prozeß ist eine Einrichtung, welche dahin abzielt, daß die Verwirklichung des Rechtes, entgegen den Hemmnissen des menschlichen Willens, nicht durch den Privaten, sondern nur durch Hilfe des Staates geschieht. Ursprünglich macht der Mensch keinen Unterschied, ob die Hemmnisse des Rechts von Naturwesen oder von Menschenhand erfolgen[2], und er betrachtet es als selbstverständlich, daß der Berechtigte auch die Befugnis habe, den entgegenstehenden menschlichen Willen zu beugen. Eine neue Feinheit ist es, wenn gesagt wird: der Berechtigte darf zwar die Verwirklichung seines Rechtes unter allen Umständen erreichen, aber er darf dies nur durch die Mittel der staatlichen Gewalt. Es ist damit zwischen Recht und Rechtsverwirklichung ein Faktor eingeschoben; es ist gesagt, daß die Rechtsverwirklichung nicht durch alle möglichen, sondern nur durch gewisse Hilfsmittel geschehen kann. Im Gegensatz hierzu steht die Selbsthilfe, welche dem Berechtigten jedes Hilfsmittel erlaubt.

Die Selbsthilfe ist ursprünglich, sie ist allgemein und gilt dem Menschen als das Natürliche; denn die Beschränkung der Rechtsverwirklichung auf gewisse Mittel hat etwas Künstliches, was durch besondere Gründe gerechtfertigt werden muß. Die Rechtfertigung aber ergibt sich aus den Nachteilen der Selbsthilfe; sie ergibt sich aber auch aus der Sonderstellung des menschlichen Willens gegenüber den Naturkräften.

Die Nachteile der Selbsthilfe haben sich zur Genüge gezeigt. Sie gibt die Herrschaft des Rechtes dem Zufall anheim und macht die Rechtsverwirklichung zu einer Machtfrage; sie entfesselt ohne Schutz und Aufsicht das Meer menschlicher Leidenschaften, sie schafft keine Beruhigung, sondern ein ständiges Hin- und Herwogen der Gewalt; sie hält die Menschheit von der Kulturarbeit ab.

Gegen diese schweren Nachteile suchte die Selbsthilfe von sich aus Heilung zu bieten: die Selbsthilfe wurde öffentlich, sie verlangte die Mitwirkung von Standesgenossen, sie verlangte eine bestimmte Form, insbesondere auch eine Ankündigung; hierdurch wurde eine Menge von Mißbräuchen entfernt: denn ein freches Widerstreben gegen die Volksüberzeugung wagte man selten; dazu kam noch, daß das Recht der früheren Zeiten durchsichtiger und dem Volke bekannter war als heutzutage. Auch öffentliche Organe wurden mitunter zugezogen, wenn auch nur mit passiver Anwesenheit, so z. B. der Prätor bei der legis actio per manus injectionem, so der salfränkische thunginus beim nexticantichio; und ein wichtiger Fortschritt war es, als der Strafprozeß entstand: derjenige, der zu Unrecht Selbsthilfe geübt hatte, wurde auf dem Wege des Strafprozesses mit mehr oder minder schwerer Strafe belegt; das war eine mächtige Gegenwirkung gegen schwere Mißbräuche.

Aber alle diese Hilfsmittel waren nur scheinhaft. Der wahre Fortschritt mußte darin bestehen, daß die Organe des Staates nicht bloß passive Anwesenheit gewährten, sondern selbst zur Verwirklichung des Rechts tätig wurden. Dies hatte schon den außerordentlichen Vorteil, daß auch der Schwache mit dem Mächtigsten fertig werden konnte, indem er den Staat anrief, der auch dem mächtigsten Privatmann gegenüber der mächtigere ist. Schon auf diese Weise mußte der Prozeß neben der Selbsthilfe große Vorteile bieten;

[1] Einführung in die Rechtswissenschaft S. 150 f.
[2] Einführung in die Rechtswissenschaft S. 122 f.

er mußte es, als noch die Selbsthilfe daneben bestand; so gab es eine Zeit, wo man durch Selbsthilfe und durch Prozeß sein Recht erreichen konnte. Eine neue Entwicklung war es, als die Selbsthilfe immer mehr zurückgedrängt und zuletzt ganz verboten wurde, und es entstand nun dasjenige, was man Prozeßmonopol nennt, nämlich der Grundsatz: Willst du dein Recht wider einen widerstrebenden Willen durchführen, so mußt du dich des Hilfsmittels des Prozesses bedienen. Allerdings hat das Prozeßmonopol eine doppelte Beschränkung: es tritt nicht ein, solange man sich im Verteidigungszustand befindet: zur Verteidigung der Person und des Besitzes kann man den Staat beiziehen, man braucht es aber nicht; und sodann hat das Prozeßmonopol dann eine Lücke, wenn der Staat fehlt und die Hilfe so dringend ist, daß man sonst um sein Recht käme. Dies ist noch heutzutage im B.G.B. anerkannt in § 229.

§ 48. Häuptlingsrecht und Gottesprobe.

Wie immer, so haben auch hier verschiedene Umstände zur Rechtsentwicklung beigetragen, wobei die Menschen unbewußt die Diener des Fortschritts waren. Vor allem ist der Prozeß wesentlich gesteigert worden durch das Häuptlingsrecht; nicht als ob die Häuptlinge hierbei das Wohl des Volkes im Auge gehabt hätten, sondern weil sie ihre eigene Macht vermehren wollten. Es war eine ungeheure Steigerung der Machtfülle, wenn der Rechtsuchende sich an den Häuptling wenden und bei ihm sein Recht holen mußte. Es war ebenso eine Steigerung des Machtfülle, wenn es dem Häuptling zustand, das Recht auch gegenüber dem Mächtigsten durchzuführen. Außerdem gab dies dem Häuptling eine ausgiebige Gelegenheit, sich zu bereichern, denn es handelte sich sehr häufig um Entschädigungsansprüche, und hier behielt der Häuptling gern einen guten Teil für sich.

Aber schon vor der Häuptlingszeit, schon in dem Stande der Totemverfassung mußten sich mehr oder minder prozessualische Bildungen gestalten, weil die Selbsthilfe im innern Verkehr gegen die Ordnung und Zucht von Familie und Geschlechtsgemeinschaft verstieß und man daher von Totems halber einwirkte, um eine Lösung der Streitigkeiten zu erzielen.

Ein ganz neues und wichtiges Element in der Entwicklung aber war der Einfluß des Gottesrechts; der Gedanke, daß die Rechtsverwirklichung zugleich eine göttliche sei, und daß die Gottheit tätig sei, um Recht von Unrecht zu unterscheiden, führte zu neuen Bildungen. Schon bei Naturvölkern finden sich die merkwürdigen Einrichtungen der Rechtsbrüderschaften, d. h. der religiösen Vereine, welche bestimmt sind, den göttlichen Willen in Bezug auf das Recht zwangsweise durchzuführen; es sind dies Erscheinungen, wie wir sie in unseren Kolonien kennen, als Dukduk, Balum, Kani bei den Papua[1], als Egbo in Kamerun, indem Leute in phantastischer Tracht plötzlich hereinbrechen und strafend und wiederherstellend das Recht verwirklichen. Nach Entwicklung des Priestertums mußte die Sache eine neue Gestaltung annehmen: die Priester bemächtigten sich des Rechts, sie bildeten die Rechtssätze und lehrten sie ihren Zöglingen. Aber noch mehr: sie rührten an die Gottheit, um im einzelnen Fall die Wahrheit und die richtige Lösung zwischen Recht und Unrecht zu erkunden. Dasjenige, was wir heutzutage durch die schwierigen Mittel des Beweises zu erreichen bestrebt sind, indem wir nach rationellen Grundsätzen, nach den seelischen Gesetzen des menschlichen Erkennens zu Schlußfolgerungen, zur Überzeugung zu gelangen suchen, das geschah damals durch die Gottesprobe.

Gottesprobe ist irgend eine Tätigkeit, um eine Entscheidung der Gottheit über Recht und Unrecht herbeizuführen; eine solche Gottesprobe ist insbesondere die Bahrprobe beim Mord, indem man vom Erschlagenen selbst, der unter die Geister eingegangen ist, die Enthüllung über den Mörder haben will. Diese Bahrprobe ist so naturgemäß, daß sie sich auf dem ganzen Erdboden findet; verschieden sind nur die Mittel, wodurch man den Geist des Verstorbenen zum Sprechen bringt und sich mit ihm in Verkehr setzt.

[1] Vgl. beispielsweise Z. f. vgl. Rechtsw. XIV S. 383 f.

Bald legt man sich mit dem Kopf auf die Brust des Leichnams und hofft, im Traum die Offenbarung zu bekommen; bald trägt man den Leichnam und glaubt, wenn der Name des Mörders gesprochen wird, durch ein plötzliches Zucken, durch einen Nervenkrampf von dem Toten die Erklärung zu erlangen, daß der Träger des Namens der Mörder ist; bald beobachtet man auch nur die Richtung, welche der Rauch nimmt, den man auf seinem Grabe entfacht, indem man annimmt, daß die Seele des Verstorbenen geradewegs nach der Richtung ziehe, wo der Mörder weilt, und daß sie auf solche Weise den Flug des Rauches bestimme.

Noch idealer ist das Los-Ordal: indem man entweder das Los wirft oder sonst irgendwie den Zufall spielen läßt, um Wahrheit oder Unwahrheit zu erkennen. Die Völker sind ungemein erfinderisch in derartigen Gestaltungen der Zufallsfügung. Ganz besonders ideal gedacht, aber sehr gefährlich, weil nicht nachzuprüfen, ist die sogenannte Seherschau, indem der Priester, der Seher auf irgend eine Weise die Offenbarung bekommt und den Täter erkennt, sei es nun durch Erleuchtung in der Ekstase, im ekstatischen Traum, sei es durch ein Bild im Spiegel oder in der Wasserwelle. Diese Seherschau hängt zusammen mit der gleichfalls religiösen Einrichtung der Auguration, indem man auch die Zukunft auf solche Weise zu erforschen strebt. Auguration für die Zukunft und Gottesprobe für die Vergangenheit beruhen auf derselben Geistesverfassung. Manche Völker haben das eine, andere das andere beibehalten. Zwei so nüchterne Völker, wie die Römer und die Chinesen, weisen keine Gottesprobe mehr im Prozeß auf, aber sie wahren die Auguration, die Römer allerdings unter überwiegendem etruriſchem Einflusse. Dagegen findet sich die Gottesprobe als Seherschau bei den Polynesiern und bei den Araukanern, wie bei den Afrikanegern; allerdings bei den letzteren so, daß man der Seherschau des Oganga nicht ohne weiteres traut, sondern dem durch den Seher Bezichtigten das Recht gibt, sich auf ein Gottesurteil (meist Giftordal) zu berufen.

Eine neue Entwicklung nimmt die Gottesprobe dann an, wenn sie zum Gottesurteil wird. Dies ist eine Gottesprobe, bei welcher entweder beide Parteien oder die eine, gewöhnlich der Beklagte, mit gewissen Naturmächten in Verbindung gebracht wird; dann kommt es darauf an, wie er diese Einwirkung besteht. Ganz allgemein auf dem Erdball ist in dieser Beziehung die Probe des Wassers und des Feuers, die Probe des Wassers durch Untertauchen, indem diejenige Partei Recht bekommt, die es eine bestimmte Zeit aushält; die Probe des Feuers, indem derjenige obsiegt, der ohne wesentliche Verletzung sich dem Feuer unterwirft, sei es, daß er durch das Feuer wandelt, sei es, daß er ein heißes Eisen, eine heiße Kugel 2c. in der Hand trägt oder die Hand in siedendes Wasser oder Öl taucht. Aber auch das Giftordal ist sehr verbreitet: wir finden es in den indischen Rechtsbüchern; wir finden es selbst heutzutage in unseren afrikanischen Kolonien: die Partei muß das Gift zu sich nehmen; wenn sie es gut erträgt, ist sie gerechtfertigt; wenn sie aber ohnmächtig und besinnungslos wird, dann ist sie besiegt und überwunden. Auch das Ordal der Wage treffen wir in Indien, indem der Angeklagte zweimal gewogen wird, das zweite Mal, nachdem er seine etwaige Schuld auf sich genommen hat; ist er schuldig, so wiegt er das zweite Mal schwerer. Ebenso die verschiedenen Proben mit Tieren, z. B. das Schlangen- und Krokodil-Ordal in Afrika u. s. w.

Eine besondere Kategorie bildet die Probe mit Naturdingen, welche mit geheimnisvollen Kräften begabt werden, bei welchen nicht die Naturkraft des Wesens, sondern eine künstlich eingepflanzte geistige Macht wirkt, so das Fluchwasser-Ordal der Juden, indem die des Ehebruchs bezichtigte Frau, welche leugnete, Wasser trinken mußte, in welches ein Pergament, mit Flüchen beschrieben, gelegt war; man glaubte, daß der Schuldigen der Leib aufschwelle und berste. Sodann das Ordal des geweihten Bissens, das sich bei den Inka-Peruanern findet, indem man eine geheiligte Speise zu sich nimmt, nachdem man seine Unschuld beteuert hat u. a.

Dieses Gottesurteil bietet insofern einen Fortschritt gegenüber der unpersönlichen Gottesprobe, als die Persönlichkeit der Parteien, vor allem die des Beklagten, mit ins Spiel kommt; die Folge ist, daß doch nicht bloß die Naturkräfte, die mit dem Rechte

nichts zu tun haben, entscheiden, daß mehr oder minder die Macht der Überzeugung des Beklagten von Recht oder Unrecht Bedeutung gewinnt und auf solche Weise die seelische Kraft des reinen Gewissens wirksam wird. Noch mehr wird dieses Element von Erheblichkeit bei denjenigen Gottesurteilen, bei denen eine Seelenäußerung des Angeklagten, also z. B. ein Erzittern, ein Erblassen, als maßgebend erscheint.

Aber noch ein weiteres seelisches Element tritt hier in Wirksamkeit: das Unterliegen beim Gottesurteil soll vielfach schwere geheimnisvolle Folgen nach sich ziehen; wer sich der Gottheit unterwirft, indem er sein Recht beteuert, der hat nicht nur zu gewärtigen, daß sich die Gottheit von ihm abkehrt, sondern ihn erwartet Fluch und Verderben. Man denke an die furchtbare Folge des Fluchwassers, des geweihten Bissens! Daher wird in den meisten Fällen der Schuldige sich der Probe nicht unterwerfen, er wird gestehen, er wird sich unterwerfen. Man hat daher die Zuversicht, daß der Schuldige sich entdeckt. Für den Unschuldigen aber ist ein Ordal der letzterwähnten Art, wo die Seelengeheimnisse an den Tag kommen, von größtem Werte: er unterzieht sich ihm ruhig und hat die Sicherheit, daß er dann in der Gesellschaft gerechtfertigt dasteht.

Eine ganz neue Entwicklung aber wird angebahnt, wenn jemand sich zwar einer Naturkraft verschreibt, aber so, daß der Erfolg nicht sofort, sondern erst in der *Zukunft* eintritt; z. B. jemand beteuert seine Unschuld und ruft Sonne, Meer, Schlangen u. s. w. als Zeugen an; man glaubt nun, daß, wenn er unrecht hat, diese Wesen ihn in kurzer Zeit angreifen oder gar hinwegraffen; und so ist es auch bei Kulturvölkern, insbesondere in Indien, üblich, daß man die Hand auf den Kopf des Kindes legt und ausspricht, das Kind solle sterben, wenn man Falsches sage. Man wartet nun eine Zeitlang ab, und wenn diese Zeit ohne Unheil verstreicht, so ist der Beklagte gerechtfertigt.

Noch weiter in der Vergeistigung gehen diejenigen *Selbstverwünschungen* und *Selbstverfluchungen*, die erst in *unbestimmter Zeit*, wohl erst im Jenseits in Erfüllung gehen sollen. Hier konnte man natürlich nicht mehr auf den Ausgang warten, um zu wissen, ob der Schwörende gerechtfertigt oder nicht gerechtfertigt ist; daher änderte man die Einrichtung dahin: nicht ein künftiger Erfolg soll den Schwörenden rechtfertigen, sondern schon der Schwur allein. Auf diese Weise entwickelte sich die Selbstverwünschung, der Eid, geleistet auf einen Stab, der mit Verwünschungsformeln bedeckt war. Dieser *Eid* ist der einzige Rest, der uns aus den Zeiten des Gottesurteils noch geblieben ist, und er spielt noch in unserem jetzigen Prozeß eine große Rolle. Auch heutzutage gilt der Eid vielen noch als eine Selbstverwünschung und Selbstverfluchung für den Fall der schuldhaften Unrichtigkeit; immer mehr aber gibt er diesen geschichtlichen Charakter auf und wird zu einer feierlichen Versicherung, bei deren schuldhafter Unwahrheit schwere Strafen eintreten; er ist also nicht mehr ein Verwünschungsmittel mit einem Wechsel auf die Zukunft, auf das Jenseits, sondern eine feierliche, mit schwerer Straffolge begabte Erklärung; eine Erklärung, die allerdings für den religiösen Menschen noch die besondere Beziehung hat, daß die Religion den Meineid für eine schwere Sünde erklärt, die ihre Bestrafung findet; jedoch nicht mehr in der Weise, als ob der Täter selbst gleichsam magnetisch den Fluch an sich ziehe, sondern in der Art, daß die Strafe der Sünde folgt kraft der objektiven Gerechtigkeit. Übrigens tritt der obenerwähnte seelische Gesichtspunkt hier ganz besonders hervor; je eindringlicher der Glaube an die Strafe ist, desto mehr nimmt man an, daß sich kein Schuldiger der schweren Gefahr unterwerfe: er wird daher gestehen; und die Leistung des Eides wird schon aus diesem Grunde eine durchschlagende Überzeugung von seiner Unschuld begründen.

Das sinnfällige Gottesurteil wird also zum Eid, zum Reinigungseid. Dieser Übergang wurde noch durch folgendes vermittelt: Wenn man auch glaubte, daß das Unheil erst in der Zukunft eintrete, so war doch die Meinung nicht fern, die Gottheit werde sich in der einen oder anderen Weise äußern, wenn die Selbstverwünschung und die Anrufung göttlicher Größe in schneidendem Widerspruch mit der Wahrheit stehe. Äußert sie sich nicht, so spricht schon dies für Wahrheit und Recht.

Auf solche Weise hat sich die Entwicklung der Gottesprobe zum Gottesurteil und von da zum Eide vollzogen.

§ 49. Übergang zum rationellen Prozeß.

Die größte Entwicklung des Prozesses ist die, welche diese religiösen Momente abstreift und vom Gottesprozeß zum rationellen Menschenprozeß führt. Die Gottesprobe fällt weg; der Eid besteht noch, aber mit einer ganz anderen Bedeutung; und wesentlich für die Entscheidung ist nicht die Stimme Gottes, sondern die Überzeugung des Richters; man nimmt an, daß es dem Wesen der Gottheit nicht entspreche, in jedem einzelnen Falle hervorzutreten, und zwar nach dem Belieben der Parteien. Dies hat dann auch die weitere Folge, daß der Prozeß sich vereinfacht; während er sich nämlich bisher, angesichts der göttlichen Majestät, in rituellen Formen abspielte, so werden nun einfache Erklärungen und Gegenerklärungen abgegeben, bei denen es nur bedeutsam ist, daß man sich klar ausdrückt, nicht daß man sich besonderer Wortformen bedient.

Diese Entwicklung hat sich schneller und langsamer vollzogen. Bei einzelnen Bantus z. B. hat das Häuptlingsrecht schon frühzeitig einen ganz modernen Prozeß herbeigeführt; bei den Germanen aber haben sich die Gottesurteile außerordentlich lange erhalten, eben wegen ihres tiefen religiösen Sinnes. Eine der letzten Formen des Gottesurteils war der Zweikampf, der im 13. Jahrhundert allmählich erloschen ist. Schon vorher erwies sich gerade dieses Ordal dem Verkehr als unbequem, und namentlich die Kaufleute suchten sich ihm zu entziehen, indem sie sich entweder besondere Freiheiten erbaten oder eine eigene Handelsgerichtsbarkeit einführten. In der Handelsgerichtsbarkeit aber wurde der rationelle Prozeß wesentlich gefördert; wesentlich gefördert wurde er auch durch das System des Urkundenbeweises, durch das Mittel, Erklärungen mittels der Schrift festzuhalten und auf solche Weise der Vergänglichkeit zu entziehen, so daß sie beliebig wieder vorgelegt werden konnten und damit den sonstigen prozessualen Beweis überflüssig machten.

Von den rationellen Beweismitteln sind es insbesondere die Zeugen, die im Prozeß unentbehrlich werden. Hierbei kommt noch der Gedanke unterstützend in Betracht, daß, auch wenn die Zeugen nicht unmittelbar die Tat bekunden, sie doch andere Dinge aussagen können, aus denen die Tat gefolgert und erschlossen werden kann. Man spricht hier von Indizien oder Anzeigen. Beides hat sich jedenfalls schon in den Zeiten des religiösen Prozesses entwickelt; namentlich mußte es im Interesse der Priester oder Seher sein, um nicht fehlzugreifen, durch menschliche Mittel die Wahrheit und das Recht zu erkennen; diese Mittel mußten sie gebrauchen, wenn sie selber nicht mehr recht an ihren Zauber glaubten, ihn aber doch noch weiter führen wollten: denn darin lag ihre Macht und ihr Ansehen; durch bedeutsame Fehlgriffe aber konnte ihre Autorität einen sicheren Stoß erleiden, und es war daher in ihrem Interesse, sich durch alle Mittel zu bemühen, schwere Irrungen zu vermeiden. Darum erkundigten sie sich, und darum suchten sie, auch durch Anzeichen der Wahrheit auf die Spur zu kommen.

Die Entwicklung dieser weltlichen Beweise mußte aber im Häuptlingsrecht bedeutend gefördert werden; vielfach waren die Häuptlinge im Kampfe mit der Priesterschaft, und es war ihnen sehr wenig erwünscht, wenn die Priester durch ihre ausschließliche Herrschaft über den Ordalismus ihnen Hemmnisse bereiteten und eine ihnen unangenehme Entscheidung herbeiführten. Im Interesse des Häuptlingtums war es darum, die Gottesurteile möglichst beiseitezuschieben, namentlich auch den Anzeichenbeweis im höchsten Maße zur Geltung zu bringen.

Übrigens hat sich aus dem Gottesbeweis noch manches erhalten; so hat insbesondere der Zeugenbeweis lange Zeit noch Eigenschaften bewahrt, welche dem Gottesverfahren entsprungen sind: das Gottesverfahren kannte neben dem Eid namentlich auch die sogenannten Eideshelfer, d. h. Personen, welche erklärten, daß sie den Parteieneid für wahr hielten, oder vielmehr für den Fall der Unwahrheit den Schwörer mitverfluchten; es mußte als eine Steigerung der Selbstverfluchung gelten, wenn die schwerwiegende Verfluchung von so und so vielen Geschlechter- und Stammesgenossen hinzutrat, (denn die Eideshilfe wurde meist durch Geschlechter- und Stammesgenossen geleistet)[1]. Diese Eideshelfer konnten

[1] Eideshelfer sind neuerdings auch bei den Albanesen nachgewiesen worden; s. meinen Aufsatz in der Politisch-anthropol. Revue I 3 S. 204.

im Laufe der Zeit in Zeugen übergehen, indem man ganz besonders solche Personen bei der Eideshilfe bevorzugte, welche die Tat selber oder sehr naheliegende Anzeichen gesehen hatten. Umgekehrt mußte es vielfach im Interesse des Klägers gelten, den Eid des Beklagten zu „verlegen", indem er durch Zeugen die Tat bekundete. Daraus hat sich bis in das 19. Jahrhundert hinein die Beweistheorie erhalten, die darin bestand, daß der Richter eine Tatsache nur dann annehmen dürfe, aber dann auch annehmen müsse, wenn sie von mindestens zwei Zeugen bekundet werde [1]. Außerdem hat sich in manchen Rechten folgendes Verhältnis des Eides zum Zeugenbeweis erhalten: man konnte die Tatsache durch Zeugen beweisen oder aber den Eid des Gegners verlangen, d. h. man konnte die Sache auf den Eid des Gegners ankommen lassen oder ihm den Eid durch Zeugnis verlegen: Zeugenbeweis und (eventueller) Eid waren vielfach unverträglich, der Kläger mußte zwischen beiden wählen.

§ 50. Kennzeichnung der Prozeßentwicklung.

Auch die Geschichte des Prozesses zeigt den Übergang von Formen, die uns unverständlich geworden sind, in solche, die uns als dem Wohl des Ganzen angemessener erscheinen; sie zeigt, wie die verschiedensten Ursachen einwirken, um allmählich das Alte zu zersetzen und die neu geklärte Form an dessen Stelle treten zu lassen; und auch hier mußte die Menschheit durch ein Stadium hindurch, worin der Einzelne, auch der Richter, völlig der Herrschaft anderer Mächte unterworfen war und seiner Überzeugung kaum Rechnung tragen konnte; mit Recht, denn der Einzelne war noch nicht genügend gereift, auf daß man ihm etwas so Wichtiges, wie die Entscheidung über Recht und Unrecht anvertrauen konnte. Da mußte schon das Häuptlingsrecht, wo der Häuptling als Gottgesandter galt, eintreten und in langer Entwicklung das die Richterpersönlichkeit überwältigende religiöse Element aus dem Prozeß verbannen, so daß der Einzelgeist die Befugnis erlangte, nach rationellem Befinden und Forschen zu handeln. Das ist die Kennzeichnung der heutigen Zeit; unsere jetzige Gestaltung des Prozesses sucht das wichtige Ziel der Rechtsverwirklichung durch Appell an die Vernunft des Einzelgeistes zu erreichen. Natürlich ist dies nicht ohne Folgen für die Entwicklung des Ganzen; denn hierdurch wird die Kraft der Nation gesteigert und das menschliche Einzelwesen auf eine höhere Stufe gesetzt. So ist das Recht hier wie sonst ein Bildungsmittel des Volkes, eine Schule der Menschheit.

C. Blick in die Zukunft.

§ 51. Künftige Bildungen.

Die künftige Rechtsentwicklung ist durch das Gegebene vorgezeichnet. Vom Gesamtrecht ist die Menschheit ausgegangen, und zum Einzelrecht ist sie vorgeschritten; die Irrgänge des Einzelstrebens haben dahin geführt, daß einerseits gesellschaftliche Einrichtungen entstanden sind, um die Ausbeutung des Einzelnen durch seinesgleichen zu mäßigen, um die Auswüchse des Wettverkehrs zu dämpfen und um gegenüber der übermäßigen Einzelhabe einen Grundstamm des öffentlichen Vermögens zu erwerben, der von der Betriebsamkeit des Einzelnen unabhängig ist. Andererseits haben die Vereinigungen der Gewerbetreibenden vielfach den Verkehr beherrscht und auf solche Weise Ergebnisse erzielt, die den Grundgesetzen freien Wettbewerbs zu widersprechen scheinen.

Manche haben daraus geschlossen, daß die Menschheit wieder rückwärts gehe und zum Gemeineigentum und zur Gemeinwirtschaft zurückkehre. Davon kann keine Rede sein. Auch die Vereinigungen zum gemeinsamen Wirken und zur Unterdrückung des

[1] Diesen Charakter der Beweistheorie habe ich bereits in meiner Einführung in die Rechtswissenschaft S. 132 angedeutet.

Wettbewerbs fördern immer wieder den persönlichen Egoismus. Die einzelnen Geschäfte vereinigen sich, weil sie auf diese Weise besser fahren, als wenn sie sich gegenseitig zerfleischen. Die Gemeinsamkeit führt daher in allewege zum Privatvermögen des Einzelnen. Auch die sozialen Vorsorgeeinrichtungen sind in keiner Weise Feinde des Einzeleigentums, sondern im Gegenteil: sie stellen dieses Eigentum auf eine festere Grundlage; sie verhüten, daß die unteren Schichten der Menschheit unserer Gesellschaftsordnung gefährlich werden.

Dazu kommt, daß das Erfinderrecht stets das Vorrecht des Einzelnen bildet und der Einzelne kraft dessen in der Lage ist, einen ganzen Ring zu sprengen und sich zum Beherrscher der Industrie zu machen. Zwar werden auch hier die Mächte der Vereinigung den Erfinder an sich zu ketten suchen, aber der Erfindergeister sind so viele, daß hier immer wieder ein sprengendes Element vorhanden ist.

Das Einzelrecht wird also bleiben, aber naturgemäß in tausend Schattierungen und in vielfacher Verbindung mit genossenschaftlichen Elementen. Die Gesellschaft wird bleiben in genossenschaftlicher Form, in der Form des Staates, in der rechtlichen Vereinigung der Kräfte, — wenn auch über die Art des Staates der Zukunft und namentlich über die Möglichkeit eines Weltbundes hier, wie billig, von Vermutungen abgesehen wird.

Schon wird der Gedanke wach, ob es uns einstens gelingen wird, unsere Herrschaft über fremde Himmelskörper auszudehnen; dann werden wieder gewaltige Probleme an uns herantreten, von denen wir einstweilen schweigen dürfen.

Das Ziel der letzten menschlichen Entwicklung aber kann nach allem Gegebenen nicht das persönliche Glück sein, sondern die höchste Entwicklung der Kultur nach den zwei Seiten, nach der Seite der Beherrschung der Welt (der Macht) und nach der Seite des geistigen Lebens. Mächtig sollen wir werden, die Beherrscher des Alls; geistig aber sollen wir zur höchsten Erkenntnis reifen, in der Kunst die höchsten Gebiete beherrschen und in der Religion das Göttliche erfassen. Auf diese Weise wird die vom Absoluten ausgehende Bewegung sich immer mehr dem Absoluten nähern, die Gottähnlichkeit der Menschheit sich ständig steigern. Welche weiteren metaphysischen Ziele hiermit verbunden sind, welche Bedeutung eine solche Zweckentwicklung der ausgestrahlten Bewegung für das Weltgetriebe hat, darüber entschlagen wir uns der Vermutung; es genügt, das Problem anzudeuten. In der bezeichneten Entwicklung aber hat das Recht eine doppelte Betätigung: auf der einen Seite ist es als Äußerung des Kulturlebens ein Gegenstand der Menschenkunde, auf der anderen Seite ist das Recht selbst ein Hilfsmittel der Kultur, durch die Pflege der Gesinnung und in seiner Eigenschaft als Schutzmittel der Kulturentwicklung gegen die feindlichen Mächte. Rechtstheorie wie Rechtspraxis, Rechtsphilosophie, Rechtsgeschichte, Rechtsdogmatik und ihre Anwendung sind in gleicher Weise unentbehrliche Förderungsmittel des menschlichen und damit des allweltlichen Fortschritts; das Recht gleicht dem Lichte, das glänzt und uns das All enthüllt, das aber zugleich die Wärme spendet, welche die ganze Natur in Bewegung setzt; es entspricht dem Weltwesen, das im unendlichen Willen und im unendlichen Intellekte schafft. Das Recht ist göttlich und wird es bleiben.

Stets wird der Perseus entstehen, der den drohenden Drachen, nämlich die kulturfeindlichen Mächte, mit dem Gorgohaupte des Rechts zu Stein verwandelt.

II.

Zivilrecht.

1.

Geſchichte und Quellen des römiſchen Rechts

von

C. G. Bruns

im Anſchluß an die Bearbeitung von A. Pernice

neu bearbeitet

von

Profeſſor Otto Lenel

in Straßburg.

Es war mir ebensowenig wie meinem Vorgänger möglich, den ursprünglichen Text überall zu schonen. Wo es anging, sind die von mir herrührenden Veränderungen und Zusätze durch Klammern anderer Form — ⟨ ⟩ — gegenüber den von Pernice herrührenden, die in gewöhnliche eckige Klammern eingeschlossen sind, kenntlich gemacht.

O. L.

Einleitung.

§ 1. Die geschichtliche Betrachtung des Rechts muß eine philosophische Auffassung zur Grundlage haben. Sie muß davon ausgehen, daß das Recht nicht eine zufällige und willkürliche Einrichtung unter den Menschen ist, ein notwendiges Übel, eine zweckmäßige Anordnung, sondern daß es im Wesen des Menschen selbst seinen eigentlichen inneren Grund hat, daß es einen Bestandteil seiner sittlichen Natur, ein wesentliches Element seines sozialen Daseins bildet. Die Verwirklichung der Idee der Gerechtigkeit gehört ebenso zur Entfaltung des menschlichen Wesens in der Geschichte wie die Entwicklung der Idee der Sittlichkeit, Religion u. a. Das Recht steht daher im Leben der Menschen in enger Verbindung mit der ganzen Ausbildung ihres geistigen Wesens. Die allgemeine Stufe ihrer geistigen Entwicklung ist stets auch maßgebend für den Standpunkt ihrer rechtlichen Anschauungen.

Die eigentliche Bildungsstätte des Rechts ist aber das Volksleben, das Recht ist ein Teil des Nationallebens der Völker und ist eben darum auch ein verschiedenes bei den verschiedenen Völkern. Schon längst hat man die Frage aufgeworfen, woher die Verschiedenheit des Rechts unter den Menschen stamme, wenn doch sein Begriff an sich ein einiger und allgemeiner für die ganze Menschheit ist. Man hat den Grund in allerlei äußerlichen Zufälligkeiten gesucht[1]. Er liegt aber tiefer darin, daß die ganze Entwicklung der Menschheit überhaupt nicht in abstrakter Einheit und Gesamttätigkeit der Gattung vor sich geht, sondern sich gemäß der Gliederung der Menschheit in Rassen, Völker und Stämme gestaltet. Danach sind die physischen und geistigen Anlagen und das Temperament der Menschen verschieden, danach trennt sich ihr tatsächliches soziales Zusammenleben, und danach sondern sich auch allgemeine Hauptrichtungen ihres geistigen und sittlichen Daseins. Die einzelnen Völker aber, die so durch Abstammung, Anlagen, Charakter und Sprache zu eigentümlichen Nationalitäten verbunden sind, bilden die kleineren Gattungseinheiten, in denen sich das allgemeine Leben der Gattung zunächst vollzieht. Jede Entwicklung allgemein menschlicher Ideen in Religion, Sittlichkeit, Kunst, Wissenschaft geht in einzelnen Völkern vor sich, und bekommt dadurch überall ihr besonderes nationales Gepräge. Dies kann beim Rechte nicht anders sein. Bei jedem Volke gestaltet sich das Gesellschaftsleben in Sitte und Verkehr seiner besonderen Nationalität gemäß, und danach bilden sich auch die Anschauungen über die rechtliche Ordnung des Lebens bei jedem Volke, der nationalen Richtung seines geistigen und sittlichen Lebens entsprechend, in verschiedener Weise aus. Jedes Volksrecht muß danach seinen besonderen nationalen Charakter haben und wird sogar meistens gerade das deutlichste Bild von den geistigen und sozialen Zuständen des Volkes geben. Die Idee eines abstrakten einheitlichen Weltrechtes und Weltstaates widerspricht der anthropologischen Organisation der menschlichen Gattung. Die Einheit der Rechtsidee geht darum doch nicht verloren, sowenig wie die Einheit des menschlichen Wesens in der Verschiedenheit der Rassen. Die Gliederung und

[1] Montesquieu, Esprit des lois. L. 14,

die Verwandtschaft der Rassen und Völker, die sich in ihrer Sprache und Nationalität zeigt, wiederholt sich auch in den Rechten. Es gibt engere und weitere Kreise verwandter Rechte, in allen aber ist die allgemeine Rechtsidee der Ausgangspunkt und die treibende und bewegende Macht.

Mit dieser nationalen Gestaltung der Rechte ist von selbst auch der Begriff ihrer historischen Entwicklung gegeben. Die einzelnen Volksrechte sind, wie die Völker selbst und ihre Zustände, nichts Absolutes, sondern einzelne bewegliche Erscheinungen im großen Strome der Geschichte, und wo daher überhaupt eine historische Entwicklung des Nationallebens stattfindet, da muß sie auch das Rechtsleben als einen wesentlichen Bestandteil mit umfassen. Wie jedes Volk, so muß auch jede Zeit ein eigenes und unterscheidendes Recht haben. Die Umwandlungen, die in den sozialen und geistigen Zuständen eines Volkes eintreten, müssen stets auch eine Änderung und Fortbildung seines Rechts nach sich ziehen. Nur versteht sich, daß das Recht als feste Lebensordnung mit dauernden Einrichtungen nicht jede Schwankung des Volkslebens und der Volksansichten mit durchmachen kann, daß es vielmehr selbst bei wirklichen Änderungen der Zustände oft erst den absoluten vollendeten Tatsachen nachgibt und ihnen nicht selten einen zähen Widerstand entgegensetzt. Dann können allerdings zeitweise Gesetz und Recht wie eine Krankheit forterben, Vernunft Unsinn, Wohltat Plage werden; schließlich muß indessen Abgestorbenes doch stets zusammenstürzen. Umgekehrt kann das Recht jedoch auch dem Leben voraufgehen, wenn eine Gesetzgebung noch schlummernde Richtungen und Bedürfnisse der Zeit erkennt und das Recht danach einrichtet. Jedes wirkliche Recht ist danach zwar Resultat seiner Vergangenheit und nur aus ihr zu erkennen und zu würdigen, schließt aber stets mehr oder weniger auch die Keime der Zukunft in sich. Die Rechtsgeschichte der Völker bildet auf diese Weise nur einen Teil ihrer allgemeinen Geschichte, namentlich ihrer Kulturgeschichte, und wie sich die Geschichte der einzelnen Völker zu einer allgemeinen Weltgeschichte zusammenschließt, so verbindet sich auch die Rechtsgeschichte der einzelnen Völker zu einer allgemeinen Weltgeschichte des Rechts.

§ 2. Aus der bisher dargelegten ethnologisch-historischen Auffassung des Rechts ergibt sich von selbst, daß man die Verschiedenheiten und Wandlungen im Rechtsleben der Völker nicht als ein Spiel des Zufalls und der Willkür ansehen darf, daß ihnen vielmehr stets eine gewisse innere Notwendigkeit zu Grunde liegt. Es ist eine naive kindliche Vorstellung, daß das Recht von den Königen gemacht werde und daß sie es nach Belieben so oder so wendeten. Der Einzelne, auch der Herrscher, ist ein Kind seines Volkes und seiner Zeit und kann die Schranken, die ihm dadurch gesetzt sind, nicht überschreiten. Die höhere oder niedrere Stufe der Entwicklung, die ein Volk einnimmt, und das Steigen und Sinken seiner geistigen Kraft beruhen auf Verhältnissen und Umständen, über die der Mensch nicht Herr ist. Die Freiheit der einzelnen Handlung und Gesetzgebung, Verdienst und Schuld dabei, ist damit nicht aufgehoben, und ebensowenig darf die Idee der Notwendigkeit mißbraucht werden, um dadurch das Urteil über Wert und Unwert bestehender Einrichtungen und das Streben nach ihrer Beseitigung zu beschränken. Die Grenze freilich zwischen der Freiheit und Notwendigkeit, und wie weit der Einzelne treibt oder getrieben wird, Amboß oder Hammer ist, ist hier sowenig mit dem Finger zu zeigen, wie in anderen menschlichen Verhältnissen.

Eine andere Frage ist, ob die Rechtsentwicklung der einzelnen Völker und die verschiedenen Stufen, die sie dabei erreichen, als eine zusammenhängende weltgeschichtliche Entwicklung des Rechts selber, oder eigentlich des Geistes im Rechte anzusehen ist, wobei jedes Volk die notwendige Vorstufe für die nächst höhere Stufe bildet, oder ob man darin nur die bunte Mannigfaltigkeit von mehr oder meniger glänzenden Erscheinungen des menschlichen Wesens, reiferen oder unreiferen Früchten des menschlichen Geistes sehen darf. Das erstere war bekanntlich die Hegelsche Ansicht[1], und wir verdanken ihr die erste An-

[1] Hegel, Philosophie des Rechts §§ 341—360. Eine spezielle Ausführung davon ist Gans, Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung. 4 Bde. 1824—1835.

regung zu der Idee einer Weltgeschichte des Rechts überhaupt und die ersten allgemeinen Gesichtspunkte für die Auffassung der verschiedenen Rechte. Wirklich durchführbar ist sie bei unbefangener Würdigung der konkreten historischen Tatsachen nicht. Andererseits löst sich indessen die Mannigfaltigkeit der Rechte doch auch nicht bloß in ein buntes Kartenspiel auf. Es ist vielmehr der Rechtsbegriff, der sich in ihnen entfaltet, seine Elemente bieten den Grund zu den verschiedenen Gestaltungen dar, nur das einseitige Überwiegen des einen oder des anderen Elementes in der Auffassung des Rechts ist es, was die Hauptverschiedenheiten der Rechte hervorruft. Insofern liegt daher den verschiedenen Erscheinungen der Geschichte doch ein bestimmtes Prinzip und System zu Grunde. Die einzelnen Volksrechte, sowenig sie auch auseinander herauswachsen, stehen doch logisch in bestimmten Verhältnissen zu einander, und die Weltgeschichte des Rechts ist nicht ein bloßes Registrieren und Aufzählen endloser Varietäten eines Begriffes, sondern wirklich die Entfaltung und Entwicklung des Rechtsbegriffes in der Menschheit. Im allgemeinen ist der Zusammenhang etwa folgender.

Freiheit und Notwendigkeit sind die Grundelemente des Rechts. Das subjektive Recht ist die Freiheit, das objektive die Notwendigkeit. Beide sind im Begriff unlöslich miteinander verbunden, keines kann aus dem anderen abgeleitet werden. Bei der historischen Verwirklichung des Rechts aber kann das eine das andere in der nationalen Rechtsanschauung überwiegen und einseitig den Ausgangspunkt für die Rechtsgestaltung bilden. Damit ist dann eine Grundverschiedenheit für das gesamte Recht gegeben. Asien und Europa sind die Gebiete, deren Rechte sich danach scheiden. Asien ist das Land der Notwendigkeit und des objektiven Rechts, Europa das der Freiheit und des subjektiven Rechts. Die übrigen Weltteile kommen nicht selbständig in Betracht. Sie haben ihr Recht entweder von jenen beiden empfangen oder sind noch auf der Vorstufe der ersten Rechtsbildung stehen geblieben.

In Asien tritt das Recht nur erst als eine objektive Macht und Notwendigkeit gegen das Individuum auf. Es ist eine höhere Ordnung des Lebens, der der Einzelne schlechthin nur unterworfen ist. Es gewährt ihm zwar eine gewisse Freiheit und subjektives Recht, aber es hat seinen Grund und Ausgang nicht in der Freiheit und dem Rechte des Subjekts, sondern lediglich in der objektiven Anordnung von oben her. Die Unterwerfung, nicht die Freiheit, ist die Grundlage des Rechts. Je nach der Quelle des objektiven Gebots ergeben sich dann folgende weitere Unterschiede. In den östlichen Ländern ist es der Wille und Befehl des Herrschers, der das Prinzip des Rechts bildet, mag er eine patriarchalisch familienmäßige Gewalt haben, wie in China, oder eine absolut despotische, die das ganze Volk nur als seine Sklaven erscheinen läßt, wie in Hinterindien, besonders in Siam. In Mittelasien, namentlich Indien, beruht das Recht auf der moralisch religiösen Ordnung, die die Priester, die Brahmanen dem Lande gegeben haben. In Vorderasien ist es das Gebot des Religionsstifters, der mit der Religion auch das Recht ordnet, so bei den alten Persern, den Juden und den Mohammedanern. Erst das Christentum trennt hier Religion und Recht und macht dadurch eine Vereinigung beider mit der Freiheit möglich.

Die europäischen Rechte beruhen dagegen sämtlich auf dem Prinzipe der individuellen Freiheit. Recht und Gesetz werden nicht von oben her durch Herrscher oder Priester gegeben, sondern gehen vom Volke selber aus, und sind nur Verkörperungen seiner Freiheit. Im griechischen Rechte ist das objektive und subjektive Recht noch in unmittelbarer Einheit, die Freiheit besteht daher hauptsächlich in der allgemeinen Teilnahme am öffentlichen Leben, das Privatrecht ist ihm völlig untergeordnet und kommt noch zu keiner Entwicklung. Die gleichmäßige Ausbildung des öffentlichen und des Privatrechts, oder des objektiven und subjektiven Rechts, tritt erst im römischen und germanischen Rechte ein. Beide bilden daher nebeneinander eigentlich die Spitzen der Rechtsentwicklung überhaupt, in ihrer Vereinigung gewissermaßen deren Vollendung, und darum sind sie auch die Grundlage für das gesamte heutige Recht der gebildeten Welt geworden. Beide beruhen auf der Freiheit des Individuums; der Unterschied ist aber folgender.

Im römischen Rechts- und Staatsleben, soweit wir es in die ältere Zeit zurück-

verfolgen können, erscheint die individuelle Freiheit und ihr Recht als ein abstrakter, objektiver Begriff, an dem jeder einzelne gleichmäßig teilnimmt. Das Recht wird daher objektiv erfaßt und so für alle gleichmäßig festgestellt. Alle werden danach beurteilt, alle nach gleichem Maße gemessen. Dem Römer erscheint es als die höchste Aufgabe der Gesetzgebung, die durch die XII Tafeln erfüllt sei, „omnibus, summis infimisque, jura aequare“ (Liv. 3, 34. 3). Alles Recht geht daher zwar von den Individuen aus, beruht also auf ihrem subjektiven Rechte und hat dessen Anerkennung und Schutz zum Inhalte und Zwecke; allein zum wirklichen Rechte wird es nur, wenn es in objektiver, alle beherrschender, für alle geltender Form hingestellt ist, durch Gesetz oder Gewohnheit, durch Beamte, Rechtsgelehrte oder Kaiser. Eine feste und absolute Staatsgewalt, als allgemeine Trägerin der Objektivität und Notwendigkeit des Rechts, ist dem römischen Rechte daher wesentlich. Sie ruht aber an sich in den Subjekten selber und wird zur Zeit der Republik von ihnen selbst durch die eigentümliche feste Organisation der Bürgerschaft gebildet, welcher als solcher die Herrschaft über die unterworfenen Länder zusteht. Mit der weiten Ausdehnung des Reichsgebietes und des Bürgerrechts wird dieses Verhältnis unhaltbar, und da der Gedanke einer Volksvertretung nicht entsteht oder nicht verwertet wird (§ 20), so wird die objektive Macht des Staates in ihrer Einheit von *einem* ergriffen und der Masse gegenüber erhalten. Der Kaiser ist der verkörperte objektive Volkswille. Er ist tatsächlich Alleinherrscher, als der Senat neben ihm mehr und mehr zurücktritt, aber nicht wie die Despoten des Orients, sondern rechtlich nur als Träger der absoluten potestas und maiestas populi, der als solcher für die Erhaltung des Rechts aller zu sorgen hat. Erst die spätere Zeit (seit Diokletian) macht den Kaiser auch rechtlich zum Monarchen im halbasiatischen Sinne, dem als einer Gottheit extero ritu und regio more gehuldigt wird; sie schiebt dadurch der Kaisergewalt ein neues Prinzip unter, das der göttlichen Einsetzung zur Durchführung der Rechtsordnung. Damit ist aber das eigentliche antikrömische Leben aufgehoben, das alte Prinzip der Freiheit und Gleichheit im Reiche verschwindet auch im Rechte, die despotischen, kastenartigen Scheidungen des byzantinischen Staates treten ein, das Ganze geht seinem Untergange entgegen.

Im germanischen Rechte erscheint die Freiheit nur als subjektive Freiheit des Individuums, sie ist seine eigene Tat, ein jeder hat soviel Freiheit, als er sich selber erringen oder bewahren kann. Es gibt keinen objektiven, abstrakten und gleichen Maßstab für die Freiheit und das Recht des Einzelnen, es ist auch keine objektive Herrschaftseinheit da, wie im römischen Staate, die das Recht aller feststellt und hütet. Das objektive Recht lebt nur im Bewußtsein und Zeugnisse der Genossen und wird von ihnen geschützt. Die Einzelnen vereinen und gliedern sich nach ihren besonderen Lebensverhältnissen entweder durch Unter- und Überordnung im Lehns- und Bauernrechte oder durch korporative Verbindung im Gemeinde- und Zunftwesen. Die Staatsordnung selbst ist nur die Gesamtheit dieser subjektiven Vereinbarungen und Gestaltungen. Danach hat oder vielmehr schafft sich jeder Stand und Lebenskreis sein besonderes Recht durch Satzungen und Gewohnheiten. Das allgemeine abstrakte Recht behält nur einen kleinen Kreis für seine Wirksamkeit. Allgemeine Gesetze über das Recht sind fast gar nicht da, ebensowenig allgemeine Gerichte; jeder Lebenskreis hat wie sein eigenes Recht, so auch sein besonderes Gericht. Die organischen Elemente des sozialen Lebens, Ständewesen, Gemeinde- und Korporationsleben, Verhältnisse des großen und kleinen Grundbesitzes, die ganze Scheidung der Religion und der Kirche vom Staate u. a. m., kamen auf diese Weise zu einer Geltung und Ausbildung, von der im römischen Rechte kaum eine Spur zu finden ist. Dagegen ging die objektive Einheit des Staatsorganismus und die allgemeine Freiheit und Berechtigung des Individuums, die doch die Grundlage der besonderen Berechtigungen bilden muß, in dieser subjektiven Gestaltung der Dinge fast ganz verloren. Diese Einseitigkeit des Feudal- und Korporationsstaates trat denn auch am Ende des Mittelalters in einer völlig unhaltbaren Weise hervor und führte zu einer Reaktion in der Richtung der römischen objektiven Staatseinheit. Eine Verbindung des objektiven römischen Rechts- und Staatsprinzipes mit dem subjektiven germanischen war zu einer wirklich organischen Gestaltung des Rechts- und Staatslebens unumgänglich nötig. Ihre Vollziehung begründet

den Übergang aus dem Mittelalter in die moderne Welt. Sie ging in den einzelnen Ländern in verschiedener Weise vor sich. In Frankreich wurde das objektive Element vom Königtume erfaßt und mit List und Gewalt durchgeführt, Republik und Kaisertum vollendeten dann in ihrem Wechsel den französisch-romanischen Absolutismus und Zentralismus. In Deutschland blieben die subjektiven Elemente der Partikularstämme und -staaten überwiegend, die Rechtseinheit wurde zwar durch die Rezeption des römischen Rechts vermittelt, die Reichseinheit ging aber ganz zu Grunde, und das moderne Staatsprinzip wurde in der bunten und unbefriedigenden Form der Kleinstaaten entwickelt. Allein diese Einzelbildungen sicherten die Selbständigkeit der Glieder, die Einheit der Nation ging darum im Bewußtsein des Volkes nicht verloren und hat jetzt im neuen Reiche eine Form erlangt, die ebensowohl das Recht und die Macht der Einheit gewährt, als sie ein selbständiges Leben der Länder und Provinzen offen hält.

§ 3. Die welthistorische Bedeutung des römischen Rechts beruht hiernach hauptsächlich darauf, daß in ihm der abstrakte Begriff des subjektiven Rechts, also namentlich die allgemeine gleiche Berechtigung des Individuums im Privatrechte, zur Entwicklung gekommen ist. Darin liegt das, was man den universalen Charakter des römischen Rechts nennt. Dies heißt also nicht, daß das römische Recht einfach das ewige absolute Recht für alle Völker und Zeiten ist oder daß auch nur ein einziges der modernen Völker sich mit ihm begnügen könnte, sondern daß in ihm ein wesentliches und allgemeines Element des Rechts, was sich in jedem Rechte finden und gewissermaßen die Grundlage darin bilden muß, in einer Weise und Vollendung ausgebildet ist, daß es insofern für alle Völker und Zeiten ein theoretisch und praktisch verwendbares Vorbild enthält.

Die Entwicklung dieses universalen Charakters steht natürlich mit der Entwicklung der ganzen römischen Geschichte überhaupt in engster Verbindung. Sie ist nur dadurch möglich geworden, daß auch der römische Staat sich von einer kleinen Stadt zu einem Weltreiche, das die verschiedensten Völker in sich schloß, ausgedehnt hat. Doch darf man sich diese universale Ausbildung des römischen Rechts nicht als eine einfache Vereinigung der verschiedenen Volksrechte und ein Aufgehen des nationalen römischen Rechts in ihnen denken. Vielmehr ist die Einheit und Zentralisation in der Rechtsbildung fast noch mehr als in der politischen Herrschaft festgehalten. Allerdings zog man aus den fremden Rechten die brauchbaren Elemente heraus, allein nur, um sie mit dem eigenen Rechte zu verarbeiten, in dessen Geist und Form umzugestalten und sie so wieder als spezifisch römisches Recht über die Welt zu verbreiten. Aus diesem eigentümlichen Assimilationsprozesse erklärt es sich, daß das römische Recht auch in seiner spätesten und universalsten Ausbildung doch in Geist und Form stets seinen Grundcharakter beibehalten hat und überall die Spuren seiner älteren Zustände durchblicken läßt.

Dementsprechend muß sich die Darstellung der römischen Rechtsgeschichte eng an die allgemeine politische Geschichte der Römer anschließen. Namentlich sind die politischen Entwicklungsperioden, Königtum, Republik und Kaiserzeit mit ihren verschiedenen Phasen, auch für die Rechtsgeschichte als maßgebend festzuhalten. Eine genauere Periodisierung hat für die Rechtsgeschichte keinen Wert, die nicht einzelne Tatsachen, sondern die Entwicklung der Rechtsideen und -institute, ihr Steigen und Sinken beschreiben soll. Selbst so sind die Grenzen fast nirgends scharf zu ziehen.

Man pflegt bei der Rechtsgeschichte eine äußere und eine innere oder Geschichte der Rechtsquellen und der Rechtssätze zu unterscheiden. Für Detailbarstellungen ist dies auch zweckmäßig. An sich stehen aber natürlich beide in enger Verbindung und Wechselwirkung und können daher bei einer allgemeinen Darstellung der Rechtsentwicklung nicht eigentlich getrennt werden, wenngleich die Schilderung der rechtsbildenden Organe und ihrer Tätigkeit die Hauptsache ausmachen muß.

§ 4. Quellen und Literatur. Die Römer selbst haben noch keine eigentliche Rechtsgeschichte geschrieben, doch finden sich zwei Schriften, die wenigstens einen Anfang dazu enthalten.

1. Die eine ist eine Art äußerer Rechtsgeschichte, die die Einleitung eines kleinen Handbuches des Rechts (enchiridion) von S. Pomponius (unter Hadrian) bildete[1]. Sie zerfällt in drei Abschnitte: §§ 1—12 Rechtsquellen: eine Skizze der Entstehung und Fortbildung des Rechtes durch Gesetz, wissenschaftliche Erörterung und Gewohnheit; § 13 bis 34 Rechtspflege: die Ämter in ihrem allmählichen Aufkommen mit besonderer Rücksicht auf die Rechtsprechung; §§ 35—53 Rechtswissenschaft: ein Überblick von den Anfängen bis in die Zeit Hadrians. Einen wirklichen Wert hat nur der letzte Abschnitt; er bildet für uns fast die einzige Quelle für die Kenntnis der Juristen bis Pomponius. Die beiden ersten Abschnitte enthalten neben richtiger Überlieferung eine Reihe grober Verstöße; darum darf man auch den Angaben des dritten, die wir nicht kontrollieren können, nicht ohne weiteres trauen.

2. Eine Art innerer Rechtsgeschichte enthalten die Institutionen des Gajus (s. § 54 f.), insofern darin die einzelnen Rechtsinstitute in ihrer historischen Entwicklung dargestellt sind.

Abgesehen hiervon muß man das Material für die römische Rechtsgeschichte aus den gesamten Überbleibseln des römischen Altertums zusammensuchen[2]. Man kann dabei die juristischen und die nichtjuristischen Quellen unterscheiden. Die ersteren sind: a. die Gesetze (mit Einschluß der gesetzartigen Verfügungen des Senats, der Beamten u. s. w.), soweit sie ihrem Wortlaute nach auf uns gekommen sind, was aus der älteren Zeit sehr dürftig, aus der späteren Kaiserzeit ziemlich umfassend der Fall ist. Die Art der Überlieferung ist verschieden, teils selbständig durch Original-Erztafeln, Inschriften, Handschriften, teils mittelbar durch Zitate in Büchern. Das nähere darüber siehe unten bei der Geschichte der Gesetzgebung selber[3]. b. Urkunden über einzelne Rechtsgeschäfte, Verträge, Testamente, Urteile u. a. Davon sind einzelne wenige in den ursprünglichen Wachs- oder Erztafeln erhalten, andere durch Inschriften und Schriftsteller; dazu tritt die sich noch stets vergrößernde Zahl der in Egypten aufgefundenen Papyrusurkunden, aus späterer Zeit auch noch einige Papyrus- und Pergamenturkunden sonstiger Herkunft[4]. c. Bücher der römischen Juristen; darüber siehe unten § 54 das Nähere[5].

Die nichtjuristischen Quellen sind die Inschriften auf Denkmälern, Münzen u. s. w.[6] und die gesamte römische Literatur[7], sowie die spätere griechische, namentlich

---

[1] Sie ist (vollständig?) in die Pandekten (1, 2, 2) aufgenommen, aber mit starken Interpolationen. Besondere Ausgaben: Pomponii de origine iuris fragmentum rec. F. Osannus. 1848 (mit Erläuterungen). Schulin, Ad pandectarum tit. de orig. iuris commentatio. 1876 (mit bedenklichen Hypothesen). Vermutungen über die Quellen bei Sanio, Varroniana in den Schriften der römischen Juristen. 1867.

[2] Vgl. P. Krüger, Gesch. der Quellen u. Literatur d. röm. Rechts, 1888. Kipp, Quellenkunde des röm. Rechts, 1896.

[3] Eine Sammlung aller auf uns gekommenen Gesetze u. dgl. bis ins dritte Jahrhundert n. Chr. ist in den Fontes iuris Romani antiqui ed. Bruns (ed. VI. cur. Th. Mommsen et O. Gradenwitz, 1893) I p. 1 bis 258 enthalten. Die durch Inschriften überlieferten Gesetze darin sind aus dem Corpus inscriptionum latinarum entnommen. Vgl. ferner P. F. Girard, Textes de droit Rom. 2. éd. (1895) p. 3—166.

[4] Die durch Inschriften u. s. w. überlieferten, zur Zeit des Erscheinens bekannten, wichtigeren Urkunden bis zum 3. Jhdt. sind in Bruns, Fontes I p. 259—380, Girard, textes p. 721—793, gesammelt. Die späteren finden sich in: Iur. Rom. tabulae negot. soll. ed. Spangenberg. 1822.

[5] Alle Überreste von juristischen Schriften der Römer außer Justinians Institutionen und Pandekten sind gesammelt in: Huschke, Iurisprudentiae anteiustinianae quae supersunt. Ed. VI. 1887. Collectio librorum iuris anteiustiani edd. Krüger, Mommsen, Studemund. 3 Bde. 1899 (ed. IV). 1878. 1890. Girard, textes p. 169—557.

[6] Die vollständige Sammlung wird das von der Berliner Akademie d. Wiss. veranstaltete Corpus inscriptionum latinarum enthalten, von dem seit 1863 Bd. 1—15b mit Suppl. (mehrere Bände noch unvollständig) erschienen sind. Eine Auswahl enthalten: Orelli, Inscr. lat. collectio, II voll. 1828. Vol. III. ed. Henzen. 1856. Wilmanns, Exempla inscr. lat., II voll. 1873. Dessau, Inscr. lat. selectae I. 1892.

[7] Darüber s. Teuffel, Geschichte der röm. Literatur, 3. Aufl. 1875 (5. Aufl. von Schwabe, 1890). M. Schanz, Geschichte der röm. Literatur bis z. Gesetzgebungswerk Justinians (J. v. Müller, Handbuch VIII) I. II (2. Aufl.). III. 1896—1901. Von einigen weniger verbreiteten Schriftstellern, wie Festus, Varro, den Scholiasten u. a., sind Auszüge des juristischen Inhalts zusammengestellt in Bruns, Fontes, II.

die griechischen Schriftsteller über römische Geschichte, wie Polybius, Plutarch, Dionys u. s. w.

Die moderne Wissenschaft der römischen Rechtsgeschichte hat ihren Anfang erst im 16. Jahrhunderte genommen[1]. Bei der ersten Wiederbelebung des römischen Rechts in Italien im 12. und 13. Jahrhunderte war die Wissenschaft rein praktisch, in den folgenden Jahrhunderten scholastisch dogmatisch. Die humanistische Renaissance des 15. Jahrhunderts in Italien hat sich nur wenig mit den Rechtsquellen befaßt: Laurentius Valla hat grammatische Bemerkungen zu den Pandekten gemacht; Angelus Politianus (1454/80) hat die Florentiner Digestenhandschrift sorgfältig verglichen und den Plan einer Ausgabe entworfen. Erst seit der Reformation durchbrach auch auf dem Gebiete der Rechtswissenschaft der freie kritische Geist die scholastischen Dogmen; man kam durch das Studium des klassischen Altertums zu der Einsicht, daß auch das römische Recht nur einen Teil des römischen Lebens bilde und daß daher die philologisch-historische Methode bei ihm gerade ebenso wie bei dem übrigen römischen Altertume angewendet werden müsse. In Deutschland fand diese Richtung nur kurze Zeit Vertreter in Ulrich Zasius[2] (Zäsy 1461/1535) und seinen Schülern J. Sichardt (1499/1552) und Gregorius Haloander (Meltzer 1501/31); von Italienern gehören A. Alciatus (1492/1550) und C. Sigonius (1524/1584) hierher; von Spaniern A. Augustinus (1517/86). Aber der Hauptsitz der neuen Schule wurde Frankreich, wo sie anfangs namentlich von dem ritterlichen Beschützer der Wissenschaften, Franz I., persönlich gehegt und gefördert wurde. Aufsuchung, Herausgabe, Kritik der alten Quellen, Benutzung der nichtjuristischen Klassiker, geschichtliche Behandlung des Rechts selber schufen hier eine ganz neue historische Wissenschaft und gaben damit zugleich der praktisch dogmatischen eine neue Grundlage. Der berühmteste Name ist Cujas[3] (Cujacius 1522/90), außer ihm mögen nur Budé (Budaeus), Du Tillet (Tilius), Brisson, P. und F. Pithou, Fabrot, D. und J. Godefroy[4] (Gothofredus) genannt werden. Mit der Bartholomäusnacht und dem Siege des Jesuitismus wurde dieser ganzen Wissenschaft für Frankreich der Lebensnerv abgeschnitten. Sie wandte sich daher im 17. Jahrhunderte mehr nach Holland, wo namentlich Noodt, Schulting und Bynkershoek[5] hervorragen. In Deutschland, wo im 16. Jahrhunderte eine gewisse Verbindung mit der französischen Wissenschaft bestanden hatte, trat im 17. eine überwiegend praktische Richtung ein, der im 18. eine philosophisch-dogmatische folgte. Historische Studien zwar wurden daneben betrieben, aber ohne wirkliches Leben, mehr als eleganter Zierat. Nur ein Mann ist zu nennen, Heineccius († 1741), der namentlich durch seine Historia iuris und seine Antiquitates iuris die von 1719 bis 1841 nicht weniger als 20 Auflagen erlebten[6], für ein ganzes Jahrhundert und ganz Europa maßgebend für äußere und innere Rechtsgeschichte wurde.

Ein Umschwung trat erst im 19. Jahrhundert ein durch eine Art Reaktion gegen den naturrechtlichen Dogmatismus des 18. Jahrhunderts. Savigny[7] namentlich legte

---

[1] Zu vergleichen mit der nachfolgenden Darstellung ist die allgemeine Geschichte der romanistischen Wissenschaft unten beim System des heutigen römischen Rechts. Das einzige vollständige, aber ungenügende Werk über die moderne Geschichte des römischen Rechts ist: Hugo, Geschichte d. röm. Rechts seit Justinian, 3. Aufl. 1830. Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft. I. 1880. II. IIIa von Landsberg. 1884. 1898.

[2] Stintzing, U. Zasius, 1857, und in der Gesch. d. DRW. I 155 ff.

[3] Spangenberg, J. Cujas und seine Zeitgenossen. 1822 (nach Berriat-Saint-Prix, Histoire du droit Romain suivie de l'histoire de Cujas. 1821).

[4] Biographien s. in Jugler, Jurist. Bibliographie. I 381. II 114. VI 240. 265.

[5] Biographien s. Jugler I 24. II 365.

[6] Heineccius, Historia iuris civilis. 1733 (herausg. v. Ritter, v. Silberrad, v. Bauer 1765); Antiquitatum Romanorum syntagma. 1719 (ed. Haubold 1822; ed. Mühlenbruch 1841). Eine gerechte, von Übertreibung freie Würdigung der Verdienste des Heineccius gibt Landsberg in der Gesch. d. dtsch. Rechtswiss. (s. N. 1) III, S. 179 ff.

[7] Zuerst in der Schrift: Vom Beruf unserer Zeit zur Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. 1814. Dann in der Einleitung zu der von ihm mit Eichhorn und Göschen herausg. Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft. I 1. 1815.

der Rechtsgeschichte zuerst die tiefere Idee zu Grunde, daß sie das Recht als Ausfluß des nationalen Lebens wesentlich in seinem organischen Zusammenhange mit diesem aufzufassen und danach bei jedem Volke in der besonderen historischen Entwicklung und nationalen Eigentümlichkeit seiner Ideen zu erkennen habe. Auch hier standen, wie früher in Frankreich, die neuen rechtshistorischen Studien in enger Verbindung mit dem Aufschwunge der philologischen und allgemein historischen Studien, namentlich waren Niebuhrs Untersuchungen von maßgebendem Einflusse. Eine ganz besondere Bedeutung gewann die Auffindung der Institutionen des Gajus im Jahre 1816[1]. Die reichen Enthüllungen, die sie für alle Teile des Rechts, namentlich den Prozeß, brachten, gaben der Rechtsgeschichte vielfach geradezu neue Grundlagen. Sie riefen dadurch zunächst eine unendliche Masse von Einzeluntersuchungen hervor[2]. Für die Gegenwart erwächst allmählich die zwiefache Aufgabe, einmal: die Eigentümlichkeit des römischen Rechtsgeistes nach seinen allgemeinen Grundideen aus der Fülle der Einzeltatsachen zu entwickeln[3], und sodann: das römisch-italische Rechtsleben in seinem Zusammenhange mit dem indogermanischen zu erfassen und den Versuch einer Vergleichung der latinischen Staats- und Rechtsbildung in ihren Grundlagen mit der indischen, griechischen und germanischen zu unternehmen. Bisher steht diese Forschung noch in den schwachen, zum Teil unerfreulichen Anfängen[4].

Bei den Gesamtdarstellungen der römischen Rechtsgeschichte ist die Scheidung der äußeren und inneren Geschichte allgemein beibehalten. Hugo[5] hatte zwar einen Versuch gemacht, beide zu verbinden und nach Perioden synchronistisch darzustellen. Indessen hat die Schwierigkeit und Unbequemlichkeit dieser an sich allerdings richtigen Methode wieder zur Trennung geführt, jedoch in der Weise, daß die Quellengeschichte in Verbindung mit der Staatsverfassung nach Perioden dargestellt, die innere Geschichte der Rechtsinstitute selber aber nach den Teilen des Systems geordnet und für jedes selbständig gegeben wird. Häufig wird die ganze Geschichte daher mit einer institutionenmäßigen Darstellung des Systems selber verbunden[6], doch gibt es auch rein historische Darstellungen[7]. Alle diese

---

[1] Näheres darüber unten § 54.

[2] Ein besonderes Organ dafür war von 1815—1850 die von Savigny, Eichhorn u. Göschen gegründete Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, 15 Bände; seit 1861 ist es die von Rudorff, Bruns, Roth, Merkel und Böhlau gegründete Zeitschr. für Rechtsgeschichte, 13 Bde.; Fortsetzung: Zeitschrift (d. Savignystiftung) für Rechtsgeschichte von (Bruns, Roth), Belker (Böhlau, Pernice), Schröder, Brunner, Mitteis, Stutz, 22 Bde.

[3] Das Hauptwerk ist: Ihering, Geist des röm. Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Seit 1852; Bd. 1—3a (unvollendet); 4. Aufl. 1881—88. Vgl. Arnold, Kultur und Rechtsleben. 1865; Kultur und Recht der Römer. 1868.

[4] Hierher gehören: Schmidt, Der prinzipielle Unterschied zwischen dem röm. und germ. Rechte. 1853. Hahn, Die materielle Übereinstimmung der röm. und germ. Rechtsprinzipien. 1856. In anderem Sinne (Konstruktion urrechtlicher Anschauungen auf rechtsvergleichender Grundlage): B. W. Leist, Gräko-italische Rechtsgeschichte. 1884; Altarisches ius gentium. 1889; Altarisches jus civile. 1892. Bücheler und Zitelmann, Das Recht von Gortyn. 1885. Ihering, Vorgeschichte der Indoeuropäer. 1894. Freeman, Comparative politics. 1873. In diesem Kreise hält sich auch noch: Fustel de Coulanges, La cité antique. 14. Aufl. 1895. Weiter geht: H. Sumner Maine, Ancient law. 1861. 7. Aufl. 1878; The early history of institutions. 1875; Early law and custom. 1883. Noch mehr ausholend: Laveleye, Ureigentum, übersetzt von Bücher. 1879. Semiten oder doch Mongolen könnte man fürs erste wohl beiseite lassen. Den rechtsvergleichenden Studien dient die Ztschr. f. vergleichende Rechtswissenschaft seit 1878.

[5] Lehrb. d. Geschichte des röm. Rechts bis Justinian. 11 Auflagen. 1790—1832.

[6] So: Buchta, Kursus der Institutionen. 1. Bd. äußere Gesch., 2. und 3. innere. Zuerst 1841; 10. Aufl. v. Krüger, 2 Bde. 1893. Burchardi, Lehrb. des röm. Rechts. 3 Bde. 1841 bis 1846. Rein, Das Privatrecht u. d. Civilprozeß d. Römer v. d. ältesten Zeit bis auf Justinian. 1836. 2. Aufl. 1858. Kuntze, Institutionen u. Geschichte d. röm. Rechts. 2 Bde. 1869. 2. Aufl. 1879. 1880. Baron, Geschichte des röm. Rechts. I. 1884. Girard, Manuel élém. de dr. rom. (3. éd.) 1901. Cuq, Les institutions juridiques des Romains. 2 Bde. 1891. 1902.

[7] Walter, Gesch. d. röm. Rechts. 1840. 3. Aufl. 1860. 2 Bde. Schulin, Lehrbuch d. Geschichte d. RR. 1889. M. Voigt, Röm. Rechtsgeschichte, 3 Bde. 1892. 1899. 1902. Unvollendet sind: Zimmern, Geschichte d. röm. Privatrechts. 1. u. 3. Bd. 1826. 29. Karlowa, Römische Rechtsgeschichte. 1. Bd. (Staatsrecht und Rechtsquellen) 1885. IIa (Privatrecht) 1901. Ein Grundriß mit Übersichten und Ausführungen: Danz, Lehrbuch d. Gesch. d. röm. Rechts. 2 Bde. 1840. 42.

Werke haben aber das Privatrecht zum einzigen oder wenigstens hauptsächlichen Gegenstand. Für das öffentliche Recht muß man die besonderen Werke über Staatsrecht[1], Strafrecht[2], Zivilprozeß[3] und Kriminalprozeß[4] zu Hilfe nehmen.

Erste Periode. Das Königtum.

I. Der patrizische Urstaat.

§ 5. Es liegt nahe, bei einer so großartigen Erscheinung wie der römischen Rechtsbildung die letzten Gründe bereits in den ersten Anfängen und Elementen des Staates und Volkes zu suchen. Unzweifelhaft ist darin auch der erste Keim bereits enthalten. Indessen muß man sich hüten, in einzelnen äußeren Tatsachen und Erscheinungen den Grund für Verhältnisse zu sehen, die doch nur in dem gesamten Wesen und Charakter eines Volksstammes, die als solche stets etwas Unerklärbares bleiben, ihre Begründung finden können. So hat man namentlich die verschiedenen Sagen über die Entstehung Roms zur Erklärung des römischen Rechtssinnes benutzen wollen: die Vereinigung allerlei heimatloſen Gesindels habe eine neue, ganz originäre Rechtsbildung nach dem Prinzipe der abstrakten Persönlichkeit hervorgerufen; oder die Verbindung von drei Stämmen habe notwendig Reibungen und damit eifersüchtigen Rechtsegoismus und abstrakte Vereinigung der Rechte nach sich gezogen. Allein mit Recht ist gegen alle solche Spekulationen, abgesehen von anderen Gründen, besonders von Mommsen die ursprüngliche Einheit der römischen Sprache, Religion und Lebens- und Rechtssitte sowohl in sich als mit den übrigen latinischen Städten geltend gemacht worden. Rom erscheint danach in seinen Anfängen einfach als eine latinische Stadt und zwar keine der mächtigeren, die nur durch ihre günstige Lage und weitere Umstände allmählich eine größere Bedeutung als die übrigen erlangt und diese in sich aufgenommen hat. Einzelne fremde Beimischungen mögen bei der Grenzlage stattgefunden haben, allein der latinische Stamm ist der eigentliche allgemeine Boden, aus dem das römische Volk und Recht hervorgewachsen sind. Wer aber waren die Latiner? Jedenfalls indogermanischer Rasse, Stammverwandte der Griechen, aber nicht Abkömmlinge von ihnen, zu Lande, nicht zu Wasser, in Italien eingewandert. Griechische Eitelkeit hat den Römern die griechische Abstammung einzureden gesucht, und die vielen Anklänge beider Sprachen haben der Idee auch bei uns hier und da Eingang verschafft. Allein die tiefgreifenden Unterschiede beider Stämme in Anlagen, Charakter,

---

2. Aufl. 1871. 73. Esmarch, Röm. Rechtsgeschichte. 1856. 3. Aufl. 1888. Einen eigentümlichen Plan hat Rudorff, Röm. Rechtsgeschichte. 1. Bd. Rechtsbildung. 1857. 2. Bd. Rechtspflege. 1859. Von ausländischen Werken: Padelletti, Storia del diritto R. 1877 (übers. v. Holtzendorff. 1879). 2. Aufl. v. Cogliolo. 1887. Landucci, Storia del diritto R. (2. ediz. I 1895. Costa, Corso di storia del dir. R. I. 1901. Muirhead, Historical introduction to the private law of Rome. 1886.

[1] Mommsen, Röm. Staatsrecht. 2 Bde. 1871. 74. 3. Aufl. 3 Bde. 1887. 88. Abriß des röm. Staatsrechts 1893. Marquardt, Röm. Staatsverwaltung. 3 Bde. 1873—78. 2. u. 3. Aufl. von Marquardt, Dessau, Domaszewski u. Wissowa. 1884—85. Lange, Röm. Altertümer. 3 Bde. 1856 f., 3. Aufl. 1876 f. Madvig, Die Verfassung und Verwaltung d. röm. Staates. 1881. 82. Herzog, Geschichte und System der röm. Staatsverfassung. 2 Bde. 1884. 87 (unvollendet). Willems, Le droit public Romain. 6. Aufl. 1889.

[2] Rein, Kriminalrecht der Römer. 1844. A. W. Zumpt, Das Kriminalrecht d. röm. Republik. 2 Bde. 1865. 68. Mommsen, Röm. Strafrecht. 1899. Ferrini, Diritto penale Rom. 1899.

[3] Keller, Der röm. Civilprozeß u. d. Aktionen. 1852. 6. Aufl. v. Wach. 1883. Bethmann-Hollweg, Der röm. Civilprozeß. 3 Bde. 1864—66. Vgl. auch Girard, Hist. de l'organisation judiciaire des Romains I. 1901.

[4] Geib, Geschichte des röm. Kriminalprozesses. 1842. A. W. Zumpt, Der Kriminalprozeß d. röm. Republik. 1871.

Religion, Lebensſitte, Recht und der ganzen Richtung des geiſtigen Lebens laſſen dieſe Annahme nicht zu. Nicht einmal das läßt ſich behaupten, daß die Italiker zu den Griechen in engerer verwandtſchaftlicher Beziehung ſtehen, als zu anderen ariſchen Stämmen, alſo mit ihnen einmal eine Einheit gebildet haben können (ſogenannte gräko-italiſche Zeit).

§ 6. Die älteſten Rechtszuſtände in Rom[1] muß man ſich ſehr einfach denken. Stadt und Gebiet waren klein, wenige Quadratmeilen zum Teil unfruchtbaren Bodens[2], die Einwohner entſprechend gering an Zahl, Hirten und Bauern. Ihr Leben war zwar über die Zuſtände des Nomaden- und reinen Hirtenlebens hinaus. Ackerwirtſchaft iſt bereits mit der Viehwirtſchaft verbunden, doch ſcheint die letztere noch vorwiegend geweſen zu ſein. Das Vermögen beſteht vorzugsweiſe in Vieh und wird danach bezeichnet (pecunia). Die Weide iſt Gemeinland (ager compascuus), worauf jeder Bürger ſein Vieh nach Belieben treiben kann. Der Stand der Ackerwirtſchaft iſt nicht ganz klar. ⟨Ohne Zweifel ging auch bei dem latiniſchen Stamme wie überall dem Aufkommen des privaten Grundeigentums eine Periode der Ackergemeinſchaft voraus. Hiſtoriſche Nachrichten beſitzen wir über dieſe Urzuſtände nicht. Allerdings weiß die römiſche Überlieferung zu berichten, daß Romulus jedem Bürger ein kleines Privatgut (heredium) von zwei iugera (das iugerum etwas mehr als 1/4 Hektar) zugeteilt habe. Wäre dieſer Bericht zuverläſſig, ſo würde er Ackergemeinſchaft in irgend einer Form — nach Geſchlechtern oder Kurien — vorausſetzen[3]; das heredium hätte für den Unterhalt einer Familie bei weitem nicht ausgereicht. Allein die Erzählung von den zwei iugera überträgt allem Anſchein nach in die Gründungsgeſchichte Roms einen Vorgang, der uns ſpäterhin für die unter ganz anderen Verhältniſſen ſtattfindende Gründung von Bürgerkolonien bezeugt iſt[4]. Schon die älteſten Verfaſſungszuſtände Roms ſind ohne die Annahme ungleicher Verteilung des Grundbeſitzes kaum zu denken[5]. Eine andere Frage iſt, ob der private Grundbeſitz von jeher frei veräußerlich war. Ungleichheit des Grundbeſitzes konnte auch ohne freie Veräußerlichkeit entſtehen[6]. Gegen freie Veräußerlichkeit in alter Zeit ſpricht ſehr entſchieden die Tatſache, daß die alte Veräußerungsform der Manzipation urſprünglich offenbar nur der Veräußerung beweglicher Sachen diente und auf die Übertragung von Grundſtücken erſt nachträglich künſtlich adaptiert worden iſt[7].⟩

Gewerbe und Induſtrie konnten in dem Rom der Königszeit noch keine große Rolle ſpielen. Zwar ſollen die nötigſten Handwerke ſchon von Numa in Zünfte geordnet worden ſein[8], nämlich Zimmerleute, Schmiede, Gerber und Riemer, Töpfer, Färber und ſogar auch Goldarbeiter, und einen gewiſſen Handel und Verkehr ſetzt mindeſtens die Goldſchmiedekunſt voraus. Doch war dies nur Binnenhandel mit den benachbarten Latinern und Etruskern, in der Hauptſache wohl ein Eintauſch von Metallen gegen die Erzeugniſſe der Land- und Viehwirtſchaft. Der Seehandel entſtand erſt ſpäter[9]. Das

---

[1] Bernhöft, Staat und Recht der römiſchen Königszeit. 1882. Carle, Le origini del diritto Romano. 1888. Ed. Meyer, Geſchichte des Altertums II (1893) § 310 ff.

[2] ⟨Beloch, Der italiſche Bund, S. 69, ſchätzt das Stadtgebiet um 500 v. Chr. auf etwa 17 3/4 Quadratmeilen.⟩

[3] So Bruns in den früheren Auflagen.

[4] E. Meyer, Geſch. des Altert. II S. 519.

[5] ⟨Unter den Heredien, die noch in den 12 Tafeln vorkommen (VII. 3a) — nach der Angabe des Plinius im Sinne von hortus, d. i. Gemüſegarten —, haben wir m. E. nicht das Privateigen ſchlechtweg, ſondern das der kleinbäuerlichen Klienten zu verſtehen, im Gegenſatz nicht zum Gemeinland, ſondern zu dem Ackerboden, der ihnen von ihren Patronen widerruflich überlaſſen war. Vgl. auch Meyer a. a. O.⟩

[6] ⟨Für die freie Veräußerlichkeit der Heredien Bruns in den früheren Auflagen.⟩

[7] ⟨Das manu capere, das dem Akt ſeinen Namen gab, war bei Grundſtücken ſinnlos und wurde darum auch ſpäterhin bei ihnen nicht gefordert. Gai. I, 121. Ulp. XIX. 6.⟩

[8] ⟨Sehr alt ſind dieſe Zünfte gewiß, vgl. Waltzing, Ét. hist. sur les corpor. profess. chez les Romains. I (1895), p. 61 ss.⟩

[9] ⟨Gewiß; aber doch wird ſchon in recht früher Zeit Handelsverkehr auch mit Griechen und vielleicht auch ſchon mit Karthagern anzunehmen ſein, auch wenn man dem Bericht des Polybius

spätere Münzzeichen der Römer ist zwar der Schiffsschnabel (rostrum), das frühere aber Kühe und Schafe[1].

Diesen wirtschaftlichen Zuständen entsprechend war auch der innere Verkehr nur gering. Die Bewegung des Eigentums kann noch keine lebhafte gewesen sein. Darum besteht auch noch kein eigentliches Vertragssystem; Barzahlung oder Treu und Glaube (fides) beherrschen den Verkehr. Dieser ist Tauschverkehr; das Vieh dient als Wertmesser und Zahlungsmittel. An dessen Stelle tritt dann der Barren aus Kupfer (rodus, raudusculum, aes rude), der von Privaten gegossen wird und deshalb im Handel gewogen werden muß (pendere, dependere). Daher stammen die sog. negotia per aes et libram: Kauf (mancipatio) und Darlehen (nexum)[2], bei welchen Kaufpreis und Darlehenssumme vor Zeugen durch einen sogenanten libripens zugewogen und übergeben wurden. Wahrscheinlich erst durch die Dezemvirn, jedenfalls nicht lange nachher[3], wird Staatsgeld (pecunia publica) aus Kupfer gegossen. Der Staat übernimmt nunmehr die Gewähr für Feingehalt und Gewicht der Münze. Damit werden jene Wägegeschäfte zu Scheingeschäften, die Zuwägung zur rechtlichen Form: nur wo diese vor fünf Zeugen stattfindet, da entsteht eine feste Verpflichtung. Der Kauf verpflichtet zur Gewährschaft des Eigentums (auctoritas, sog. actio auctoritatis auf doppelten Ersatz des Wertes der entzogenen Sache), das nexum zur Rückgabe des Darlehens. Außerdem dienen Eid und feierliches Gelöbnis (sponsio) zu religiöser Bestärkung von Verträgen.

§ 7. Gentes, Kurien, Tribus. In der Bevölkerung sind zwei Bestandteile unterschieden, das eigentliche Volk, die berechtigte Bürgerschaft, und eine abhängige Bevölkerung, die Klienten[4]. Die erstere besteht aus einer geschlossenen[5] Anzahl von Geschlechtern (gentes), d. h. größeren Familienverbänden, deren Zusammenhang nicht mehr auf nachweislicher Verwandtschaft beruht, sondern auf der Gleichheit des Namens: sie werden durch gemeinsame Gottesverehrung (sacra), Feste, Begräbnisstätten, Gebräuche zusammengehalten, fassen auch Beschlüsse, welche die Geschlechtsgenossen binden. In späterer Zeit ist namentlich das aus der Geschlechtsangehörigkeit abgeleitete Erb- und Vormundschaftsrecht von Bedeutung. Bei dem Beginne unserer geschichtlichen Kenntnis ist der Geschlechtsverband gelockert und im Rückgange begriffen. Daher läßt sich die ursprüngliche Stärke des Zusammenhaltes nicht mehr sicher bestimmen. Unzweifelhaft war er viel enger und hat auch eine gewisse Gütergemeinschaft, wenigstens gemeinsames Grundeigentum in sich geschlossen. Hiernach ist die Zugehörigkeit zu einem römischen Geschlechte die Voraussetzung des Bürgertums: nur die patricii (patres) haben das caput.

Die Gentes, angeblich 300 an der Zahl, gehen staatsrechtlich auf in 30 Kurien. Das sind Verbände von je 10 Geschlechtern. Sie sind nicht als selbständige Körper-

---

über das Datum des ersten Vertrags mit Karthago (angeblich 508 v. Chr.) keinen Glauben schenkt. Rom war nach der See zu das Emporium der latinischen Städte.〉

[1] [Rind und Schaf finden sich, aber nicht ausschließlich, auf den gemarkten Kupferbarren (aes signatum), die aber nicht als Münzen angesehen werden können (Plin., N. H. 18, 3. 12; Plutarch. Popl. 11; Hultsch, Metrologie S. 255 ff.).]

[2] 〈Die herrschende Meinung sieht mit Bruns in dem Darlehen per aes et libram die Wurzel des römischen Kontraktsrechts. Richtiger dürfte sie in dem vadimonium zu suchen sein, das im alten Recht wahrscheinlich eine Verpfändung der Person war. Daß „nexum“ überhaupt jemals eine besondere Form des obligatorischen Kontrakts bedeutete, ist trotz Varro de L. L. VII, 105 unerweislich. Vgl. Lenel, Z. R.G. R. F. XXIII S. 84 ff.〉

[3] 〈Vielmehr erst beträchtlich nachher — gegen 350 v. Chr. —, wie Samwers-Bahrfeld, Gesch. des älteren röm. Münzwesens, 1883, mit technisch-archäologischen Gründen nachgewiesen haben, die eine frühere Datierung nicht gestatten. Schlüsse aus dem späten Aufkommen der staatlichen Münzen auf den allgemeinen Stand des Verkehrs sind aber nicht berechtigt. Auch Karthago ging erst sehr spät zur Münzprägung über, und das hochentwickelte alte Ägypten hat überhaupt nicht gemünzt.〉

[4] 〈Hier tritt bereits die unten (§ 11) näher dargelegte Auffassung hervor, daß nur die Patrizier wirkliche Bürger gewesen seien. Vgl. hierüber und hiergegen S. 90 N. 1.〉

[5] 〈Daß der Patriziat der Königszeit nicht, wie später, geschlossen war, ergibt sich aus der Unterscheidung der älteren und der jüngeren Geschlechter (maiores und minores gentes).〉

schaften oder eigene Gemeinden gedacht, sondern als Abteilungen der Samtgemeinde. Daher bestehen sie lediglich als sakrale Genossenschaften: sie haben ein Gotteshaus, worin Opfer dargebracht werden, einen geistlichen Vorstand, den curio (curio sacerdos sacris faciundis), und einen flamen curialis, dessen Gehülfen. Das erforderliche Geld (aes curionium) erhalten sie aus der Staatskasse. An der Spitze der Kurionen steht der (später gewählte) curio maximus.

Die Kurien verteilen sich unter die drei Tribus der Titienses, Ramnes und Luceres. Nach der Überlieferung (Cic. de rep. 2, 8. 14) sind sie nach dem Tode des T. Tatius von Romulus zugleich mit den Kurien gebildet worden. Wahrscheinlich sind es drei ursprünglich selbständige, dann zu einem Staate vereinigte Stämme[1]. Aber die Vereinigung liegt vor aller Geschichte. In historischer Zeit hat der Unterschied keine staatsrechtliche Bedeutung; er hat auch nicht, wie häufig angenommen worden ist, Einfluß auf die Entwicklung des römischen Rechtes geübt.

In den gentes standen die einzelnen Familien mit großer Selbständigkeit ihres inneren Lebens. Der einzelne Familienvater hat in seinem Hause über Frau und Kinder die absolute Gewalt des Urzustandes. Gesetz und Staat engen sie noch nicht ein, die natürliche Sittlichkeit des Familienlebens und die Religion sind ihre einzigen, aber genügenden Schranken. Der Hausherr ist Herr über Leben und Tod der Hausgenossen, er kann sie verkaufen, ihr gesamter Erwerb gehört von selber ihm, und sein Recht, über das Vermögen zu verfügen, wird durch ihr zukünftiges Erbrecht nicht beschränkt. Nur bei sittenwidriger Verschwendung kann die gens eingreifen und ihm die Verwaltung und Verfügung zunächst über das Erbgut (bona paterna avitaque) nehmen (re commercioque interdicere). Die Söhne bleiben im Hause und in der Gewalt, auch wenn sie erwachsen sind und heiraten und Kinder bekommen. Die Töchter treten dagegen mit der Heirat in die Familie und Gewalt ihres Mannes; ihre Kinder gehören in dessen Familie. So scheiden sich von selbst agnatische und kognatische Verwandtschaft. Mit dem Tode des Hausvaters werden seine Kinder oder Enkel von verstorbenen Söhnen (sui) von selbst frei und Herren des Vermögens. Sind keine Deszendenten da, so fällt das Vermögen an die nächsten Agnaten, sonst an die gens. Doch kann, wer keine Kinder hat, um das Aussterben der Familien und Gentes zu verhindern, unter Zustimmung des Volkes nach Voruntersuchung durch die Pontifices einen selbständigen Bürger an Sohnes Statt annehmen (adrogare) und für den Fall seines Todes den künftigen Herrn seines Vermögens bestimmen (testamentum). Die Ehe ist monogamisch und wird in religiöser Form vor Zeugen mit Auspizien und Opfern, namentlich des panis farreus geschlossen (confarreatio). Sie bringt die Frau in die volle Familiengewalt (manus) des Mannes[2]. So war die verheiratete Frau rechtlich von ihrem Ehemann abhängig; tatsächlich aber hat sie als materfamilias, als Herrin im Hause eine ebenbürtige und geachtete Stellung neben ihm. Die unverheirateten Frauen stehen, wenn sie keinen Vater oder väterlichen Aszendenten haben, unter der Vormundschaft ihrer Agnaten und Gentilen.

§ 8. Die Klienten. Neben den Patriziern stehen seit Urzeiten die Klienten in einem erblichen Abhängigkeits- und Treuverhältnisse (obsequium und fides) zu den

---

[1] ⟨Gegen die obige Annahme sprechen innere und äußere — historischer Analogie entnommene — Gründe. Wahrscheinlich sind jene drei alten Tribus (daran, daß es wirklich Tribus waren, halte ich gegen Bormann, Eranos Vindobon., Festschr. zur Wiener Philologenvers. 1893 p. 345 ff., Niese, Grundriß der röm. Geschichte, 1897, S. 22, fest) gleich den griechischen Phylen nur die politisch-militärische Zusammenfassung einer Anzahl von Kurien, die durch die Idee gemeinsamer Abstammung vermittelt wurde. Vgl. Ed. Meyer, Gesch. d. Altert. II § 58. 326. Holzapfel, Beiträge z. alten Geschichte I S. 228 ff.⟩

[2] [Scheidung der Ehe soll nach einer Nachricht nicht erlaubt gewesen sein. Da aber ausdrücklich eine Form für die Lösung der konfarreierten Ehe überliefert ist (diffarreatio, also actus contrarius, bei welchem die Priester mitwirken), so ist es jedenfalls zutreffender, die Zulässigkeit der Trennung anzunehmen. Vielleicht konnte sogar wegen bestimmter Vergehen der Frau (Ehebruch, Zauberei) das Hausgericht auf Scheidung erkennen, die dann durch Diffarreation vollzogen wurde.]

einzelnen Altbürgerhäusern[1]. Sie sind Nichtbürger, aber tatsächlich frei (D. 49, 15. 7, 1). In sakraler Beziehung gehören sie zum Geschlechte und führen dessen Namen(?); jede Gegnerschaft zwischen Patronen und Klienten, namentlich jeder Prozeß (in ius vocatio) und Zeugnisabgabe (Plutarch. Mar. 5, 4), ist ausgeschlossen; der Patron, der den Klienten schädigt (fraudem facit), verfällt sakraler (auch weltlicher?) Ahndung und umgekehrt. Der Patronat erscheint als gemindertes Herrenrecht: der Klient ist dem Patrone zu steuerartigen Leistungen (bei Ausstattung der Tochter, Loskauf aus der Gefangenschaft), namentlich zur Alimentation, zu Frondiensten (operae), vielleicht sogar zur Heerfolge verpflichtet; der Patron hat Erb- und Vormundschaftsrecht. Dafür muß er den Klienten vor Gericht vertreten und ihm Unterhalt gewähren; wahrscheinlich geschieht dies durch das precarium, d. h. durch Hingabe eines Grundstückes zur unentgeltlichen Nutzung auf beliebigen Widerruf. — Der Ursprung der Klientel, die in Latium überall nachweislich ist, ist zweifelhaft. Man hat in den Klienten schwerlich unterworfene Ureinwohner zu sehen: dagegen spricht der geistliche Schutz und die Geschlechtszugehörigkeit. Eher sind es einmal 1. Landfremde, die, um in Rom zu leben, sich einem Patrizier ergeben haben (ius applicationis: Cic. de or. 1, 187); sie büßen damit rechtlich die Freiheit ein, werden aber tatsächlich als Freie behandelt; ferner 2. Knechte, die mit Willen des Herrn im Freiheitsbesitze sind (morantur in libertate), weil es eine rechtliche Form der Freilassung nicht gibt. Die spätere Libertinität ist eine nicht-vererbliche Klientel[2].

§ 9. Die Staatsverfassung dieser ältesten Zeit zu rekonstruieren ist unmöglich. Nur die Vorstellungen lassen sich zu einem Bilde zusammenfügen, welche die römischen Staatsrechtsgelehrten der Republik sich davon machten. Diese beruhen aber viel weniger auf sicherer Überlieferung als auf Rückschlüssen aus den Rechtsverhältnissen, welche sie selbst vor Augen hatten; dabei werden sie von der Neigung beherrscht, die Anfänge der einzelnen Institute schon in der Königszeit zu finden. Danach ist die Verfassung der eigentlichen Bürgerschaft eine eigentümliche Mischung von monarchischen, theokratischen, aristokratischen und demokratischen Elementen. Ein König mit vollem imperium, d. h. unbeschränkter Banngewalt, der zwar tatsächlich nach der Überlieferung vom Volke auf Lebenszeit gewählt wird, der aber sein Amt aus eigenem Rechte und als Recht übt und verantwortlich ist. Daneben ein Senat, der zwar nur selbstgewählter Rat des Königs ist, aber stets die mächtigsten und einflußreichsten Häupter der patrizischen gentes in sich schließt. Volksversammlungen, die zwar nur vom Könige berufen werden können, in denen dann aber einfach nach den Kurien abgestimmt wird (comitia curiata), jeder mündige Bürger also gleiches Recht hat. Endlich priesterliche Sachverständigenkollegien, die das fas, das geistliche Recht, zu wahren haben: sie sind zwar vom Könige abhängig, nicht zu Rechtsprüchen und Anordnungen (edicta) befugt, sondern nur zu Gutachten (responsa); aber diese sind tatsächlich maßgebend und bilden so eine selbständige Macht. So ist das Fetialenkollegium bedeutend für den völkerrechtlichen Verkehr (Kriegserklärung und Friedensschluß), die Augurn für die Erforschung des Willens der Götter in staatlichen Angelegenheiten (Auspizien), vor allem der pontifex maximus mit seinem Kollegium als iudex atque arbiter rerum divinarum humanarumque (Festus p. 185). Eine genauere Bestimmung des Verhältnisses der drei weltlichen Gewalten: König, Volk, Rat, zueinander hat man bei uns vielfach versucht; indessen muß man sich hüten, die scharfen rechtlichen Grenzen der späteren und heutigen Zeit in diese Urzeit hineinzuverlegen. Die Macht der faktischen Umstände und namentlich die Persönlichkeit der einzelnen Könige mögen wohl vor allem entscheidend gewesen sein. Immerhin wird man doch annehmen dürfen, daß schon damals die Grundzüge der späteren Verfassung vorhanden waren; denn die Republik tritt nicht als Neuschöpfung, sondern als Abwandlung und Abschwächung des

[1] ⟨Daß es auch plebejische Patrone gab, erweist Plutarch. Ti. Gracch. 13 und Marius 5.⟩
[2] ⟨Weit wahrscheinlicher als die obige Hypothese ist die, daß die Klientel aus der wachsenden Ungleichheit des Besitzes hervorgegangen ist: der ärmere Teil der Bevölkerung gerät in wirtschaftliche und dann auch rechtliche Abhängigkeit von dem reicheren.⟩

Bestehenden auf. Danach erscheint der König (rex) als ausschließlicher Inhaber aller geistlichen und weltlichen Gewalt. Aber diese gilt als ihm anvertraut. Er selbst beantragt bei der Volksversammlung die l. curiata (de imperio), d. h. das Treugelöbnis der Bürger, das ihm nicht verweigert werden darf. Er muß auch seinerseits nach dem späteren Ausdrucke die Gewalt zum Besten des Gemeinwesens in Treue üben. Dabei steht ihm der Senat zur Seite, aber lediglich mit beratender Stimme (consilium). Eine Schranke hat die Königsgewalt anscheinend nur bei Erlaß allgemeiner, neuer Rechtsnormen[1]: Verfassungs- und Rechtsänderungen sind an die Zustimmung der Kuriatkomitien gebunden und müssen vom Senat bestätigt werden (auctoritas patrum). Die auch später unverrückten Grundlagen des Staatswesens sind die allgemeine Wehr-, Steuer- und Fronpflicht der Bürger. Die letzte (munera) ist, wie wir sie kennen, im Verschwinden, aber sicher bezeugt und praktisch (Cicero Verr. 5, 48; Liv. 1, 56. 1; lex Urson. 98). Jeder Bürger ist dienstpflichtig, und nur er hat das Wehrrecht: das Heer (legio) besteht nur aus Bürgern; jeder Bürger muß steuern, die nicht Wehrfähigen (viduae, pupillae, orbi) in besonderer Weise. Der König kürt (dilectus) das Kriegsheer, er schreibt die Kriegssteuer (für den Sold) aus (tributus), beides wohl unter Mitwirkung des Rates, wenn und soweit ein Bedürfnis ist; er befehligt das Heer und verfügt über Beute und erobertes Land (ager publicus). — Der König ist endlich Gerichtsherr in Strafsachen und Zivilsachen. Die Straftaten zerfallen in Sakral- und weltliche Vergehen. Über beide richtet der König. Doch ist es mehr als zweifelhaft, ob bei reinen Sakralvergehen (Meineid, unabsichtlicher Tötung) überhaupt eine Strafe verhängt wurde; später stand jedenfalls die Ahndung der Gottheit zu (diis sacer esto). Die Verbrechen der weltlichen Rechtsordnung richten sich entweder gegen den Staat (perduellio, paricidium) oder gegen Privatpersonen und ihr Vermögen (Entwendung, iniuria, Sachbeschädigung). Die letzteren überläßt der Staat der Privatverfolgung (Tötung des abgefaßten Diebes oder Ehebrechers) oder der Klage auf Talion oder Ersatz. Bei ersteren wird von Amts wegen eingeschritten, ohne bestimmte Formen verhandelt, regelmäßig die Todesstrafe erkannt und vollstreckt. Doch kann der König auch der Berufung an die Komitien stattgeben (provocatio), die dann als eine Art Begnadigungsinstanz freisprechen dürfen. Wohl im Zusammenhange damit kann der König die Aburteilung der einzelnen Sache zwei Vertrauensmännern, den duo viri perduellionis, überlassen, die an seiner Stelle richten[2]. — In Zivilsachen entscheidet der König gleichfalls persönlich, ohne Zuziehung von Geschworenen (Cic. de rep. 5, 2. 3; Dionys. 4, 25). Die Klage um Eigen wird im Sakramentsverfahren verhandelt. Hier scheinen sakrale Elemente wirksam gewesen zu sein. Beide Teile behaupten ihr Recht, beschwören es (sacramentum) und hinterlegen für den Fall des falschen Eides eine Buße (auch sacramentum) bei der Pontifikalkasse; es wird dann untersucht und erkannt, utrius sacramentum iustum sit. Eine Zwangsvollstreckung in unserem Sinne gibt es nicht: die streitige Sache wird einer Partei überwiesen, diese stellt (dem Könige) praedes (Bürgen), und an sie und ihre Grundstücke (praedia subsignata) hält sich der siegreiche Gegner. Eine Klage um Schuld kann nur aus dem nexum (§ 6) entstehen. Das ist die manus iniectio: der Schuldner wird vor den König (in ius) gebracht; wenn er dort der formelmäßigen Behauptung des Klägers nicht widerspricht, wird er in Schuldhaft abgeführt (ducere) und kann in die Fremde (trans Tiberim) verkauft werden; denn innerhalb Latiums kann er nicht Knecht sein[3].

§ 10. Königsgesetze und ius Papirianum. Daß dieser ganze Urzustand des römischen Rechts nicht durch reflektierte Gesetzgebung künstlich geschaffen, sondern der

---

[1] ⟨Dergleichen dürfte in der Königszeit überhaupt nicht vorgekommen sein (s. unten § 10 S. 89).⟩

[2] ⟨Die Zweizahl, die an die der Konsuln erinnert, wie auch andere Gründe machen es wahrscheinlicher, daß die duo viri perduellionis erst der republikanischen Zeit angehören.⟩

[3] ⟨Die obige Lehre, obwohl herrschend, ist schwerlich begründet. Nicht einmal die Existenz, geschweige denn die behauptete Exekutivkraft des Schuldvertrags per aes et libram ist erwiesen. Vgl. S. 85 N. 2, auch Mitteis, Z. R.G. N. F. XXII S. 96 ff.⟩

Ausdruck eines ursprünglichen Volkslebens ist und seine Entstehung der Sitte und Gewohnheit des Volkes von seinen Urzuständen her verdankt, bedarf keines Beweises. Die Darstellung der römischen Geschichtschreiber, als ob Romulus und Numa alles Recht durch Gesetze neu geschaffen hätten, sogar auch solche Institute, wie Ehe, väterliche Gewalt, Gentilität, beruht auf der vulgären Vorstellung, daß ohne Gesetz kein Recht sei. Man schrieb danach einfach jede uralte Einrichtung in Rom dem einen oder dem anderen Könige zu, je nachdem sie rein rechtlich oder mehr religiös war. Eine andere Frage ist, ob nicht im weiteren Verlaufe der Königszeit Änderungen durch neue eigentliche Gesetze gemacht sind. Die Römer selber, Juristen und Nichtjuristen, nehmen es einstimmig an. Dionys sagt, daß Servius etwa fünfzig Gesetze über Verträge und Delikte gegeben habe. Die Art aber, wie Dionys (4, 13, 25, 43; 5, 2) von jenen fünfzig Gesetzen berichtet, macht sie höchst fragwürdig[1]: Servius soll sie bei seinem Regierungsantritte gegeben und auf Holz haben schreiben lassen, als „Schranke und Vorschrift" für die angeblich von ihm neu eingesetzten Privatrichter. Tarquinius Superbus hat sie wieder aufgehoben und ihre Tafeln zerstört; die ersten Konsuln haben sie wieder eingeführt, ohne daß doch diese Gesetze in den späteren Kämpfen um die Kodifikation des Rechts irgend eine Rolle spielen. ⟨Wer mag auf einen derartigen Bericht bauen? Die ganze Vorgeschichte der Zwölftafelgesetzgebung drängt vielmehr entschieden zu der Annahme, daß der Königszeit die Gesetzgebung noch fremd gewesen sei, das Recht sich damals ausschließlich durch Gewohnheit und die Sprüche des Königsgerichts fortgebildet habe. Zeiten wie die römische Königszeit pflegen das Recht noch nicht als etwas anzusehen, was von Menschen willkürlich gemacht werden kann; ihnen ist es ein Geschenk der Götter, ein heiliges Vermächtnis der Vorfahren.⟩

Die römischen Altertumsforscher und Juristen (D. 11, 8. 2) führen nun freilich sogar eine Reihe von Vorschriften teils im Wortlaute, teils dem Inhalte nach an, die sie besonders nachdrücklich als leges regiae bezeichnen und fast ausschließlich den drei ersten Königen zuschreiben. Lex regia bedeutet, entsprechend der lex tribunicia und consularis (Cicero, de l. agr. 2, 21) ein von der Volksversammlung auf Antrag des Königs genehmigtes Gesetz. Aber man scheint die Satzungen meist als königliche Verordnungen aufgefaßt zu haben. Alle hierher gehörigen Vorschriften beziehen sich auf geistliches Recht; sie bestimmen über Opfer und Begräbnis (Wein von unbeschnittenen Reben, Fische ohne Schuppen sollen nicht dargebracht werden; das Kebsweib ist von der Opfergemeinschaft ausgeschlossen; Verbot der Trauer um den vom Blitz Erschlagenen), über Ahndung und Sühne von Sakralvergehen (paricidium, unabsichtliche Tötung, Beleidigung der Eltern, Grenzverletzung). Alle diese Dinge gehören in den Bereich des Pontifikalkollegiums. Mehrfach wird als Quelle dieser „Gesetze" das ius Papirianum genannt, eine Sammlung wohl mit der Überschrift de ritu sacrorum. Sicher bezeugt ist das Dasein dieses Buches erst unter Cäsar durch die Erläuterungsschrift des Granius Flaccus (D. 50, 16. 144); Varro und Cicero erwähnen es nicht. Ein „Gesetz" wird auf Romulus und T. Tatius zurückgeführt (Festus p. 280), und die Sage von diesem ist erst verhältnismäßig jung. Der Verfasser soll ein Pontifex Papirius aus dem Beginne der Republik sein; er führt verschiedene Vornamen (S., M'., P., C.); die Legende bringt das papirische Geschlecht gern bei geistlichen Angelegenheiten an. Wenn sonach die Sammlung auch erst später entstanden ist, so ist doch sicher ein großer Teil der Satzungen uralt; sie sind mehrfach in den XII Tafeln wiederholt. Wahrscheinlich stammt das Ganze aus den Aufzeichnungen der pontifices (commentarii); man wollte durch die Benennung den Satzungen eine höhere Weihe geben[2].

---

[1] So Pernice gegen die Ansicht von Bruns, unter Berufung auf Krüger, Rechtsquellen S. 7 f.

[2] Eine Zusammenstellung aller Bestimmungen, die die Römer als leges regiae bezeichnen, s. in Bruns, Fontes I p. 1—14. M. Voigt, Über die leges regiae. 2 Abhandl. 1876. 77 (Abhandlungen der philol.-hist. Klasse d. K. Sächs. Gesellschaft der Wissenschaften. Bd. 7 Nr. VI u. VII).

II. Die Plebejer und die Servianische Reform.

§ 11. Ein neues Element erhielt der Staat durch die Bildung des Plebejerstandes. Nach der römischen Darstellung hat der Unterschied von Patriziern und Plebejern schon von Anfang an bestanden: die Plebejer sind die Armen, die Masse des Volkes, die Patrizier die Reichen, der Adel. Indessen schließt diese Anschauung eine solche Menge innerer und äußerer Widersprüche in sich, daß die neuere historische Kritik seit Niebuhr sich überwiegend (wenn auch nicht einstimmig) für eine andere Auffassung entschieden hat. Die Patrizier waren ursprünglich die einzige wirkliche und berechtigte Bürgerschaft[1]. Die Plebejer sind daneben erst allmählich aufgekommen. Wie die Plebs sich bildete, ist lebhaft bestritten. Die Alten setzen schlechthin Klienten und Plebejer gleich, und daran hält in neuerer Zeit namentlich Mommsen fest. Sicher sind die Klienten Plebejer, und ihre Abhängigkeit von den Altbürgern hat sich mehr und mehr gelockert. Daneben aber hat es doch wohl auch Fremde gegeben, die nicht Klienten waren und deshalb den Patriziern von vornherein freier gegenüberstanden[2]. Dahin gehören 1. die Bürger der eroberten, in Rom einverleibten, durchgängig latinischen Gemeinden (wie Alba), soweit sie nicht das Patriziat (wie die Julier, die Quinktilier) erhielten. Die Gemeinden ergeben sich dem Könige (deditio), der dadurch ihr Patron wird. Dies Verhältnis löst sich offenbar mit dem Sturze des Königtums; es ging wohl überhaupt nicht auf den Nachfolger über, der ja nicht agnatischer Deszendent war. Vielleicht traten hiezu 2. die Latiner, die sich auf Grund der seit uralter Zeit im Latinerbunde bestehenden Freizügigkeit (commercium) in Rom ansiedelten. Jedenfalls sind die Plebejer im wesentlichen als latinisch zu denken. Sie sind zunächst unberechtigte Nichtbürger. Sie erlangen aber durch ihre zunehmende Masse allmählich tatsächlich eine solche Bedeutung, daß Servius sie in seiner neuen Verfassung mit in das Bürgerrecht aufnahm. Indessen behielten die Patrizier daneben einen großen Teil ihres besonderen alten Rechtes und kamen dadurch, zumal da ihre Anzahl bei ihren geschlossenen gentes fortwährend abnahm, allmählich von selbst in die Stellung eines bevorrechteten Geschlechtsadels. Es ist ein ähnlicher historischer Prozeß, wie er sich während des Mittelalters auch in Deutschland in vielen Städten vollzogen hat.

---

[1] ⟨Man wird in den Patriziern mit Ed. Meyer, Niese u. a. die Angehörigen der ratsfähigen Geschlechter zu sehen haben, denen die Plebejer als nicht-ratsfähige Bürgerschaft gegenüberstanden. Gegen die Niebuhr-Mommsensche Auffassung, die die ganze im Text folgende Darstellung von Bruns bestimmt, sprechen gewichtige Gründe. Insbesondere steht es fest, daß in historischer Zeit die Kurien auch die Plebejer, und zwar als stimmberechtigte Mitglieder, mit umfaßt haben (Mommsen, Röm. Forschungen I, S. 140 ff.). Dies drängt mit größter Wahrscheinlichkeit zu der Folgerung, daß es auch in der Königszeit nicht anders gewesen ist. Vgl. auch Soltau, Altröm. Volksversamml. S. 88 ff. Mommsen meint nun freilich, von den Kurien der Königszeit die Plebejer deshalb ausschließen zu müssen, weil sonst die Einführung der Servianischen Verfassung selbst nicht zu verstehen wäre; die Annahme, daß die patrizisch-plebejische Gemeinde als solche von der vollständig entwickelten Demokratie (der Kurienverfassung) zur Timokratie übergegangen sei, sei gegen alle geschichtliche Analogie und gegen alle innere Wahrscheinlichkeit (a. a. O. S. 235). Allein die Revolution, die das Königtum stürzte, war keine demokratische, sondern eine aristokratische, und es war nur natürlich, daß sie die Konsequenzen dieser Sachlage zog. Widerstand der Plebs hiergegen war um so weniger zu erwarten, als auch die scheinbar demokratische Kurienversammlung von den Patriziern mit Hilfe ihrer Klienten beherrscht wurde (Mommsen a. a. O. S. 187), überdies eine politisch ausschlaggebende Bedeutung niemals besessen hatte.⟩

[2] ⟨Die Ansicht Mommsens ist auch in dieser abgeschwächten Gestalt Bedenken ausgesetzt. Auch Plebejer konnten Klienten haben. Patrizische gentes hatten plebejische Zweige, und es ist keineswegs unwahrscheinlich, daß es auch schon in der Königszeit rein plebejische, wenngleich vielleicht minder fest organisierte Geschlechter gab. Ob diese von den Patriziern als eigentliche gentes anerkannt waren oder als bloße „stirpes“ von diesen unterschieden wurden, ist nebensächlich. Historische Analogien sprechen dafür und kein irgend entscheidender Grund dagegen, daß es neben den Patriziern und Klienten von jeher in der Bürgerschaft auch vollfreie Plebejerfamilien gegeben hat, die eben im stande gewesen waren, sich den Patriziern gegenüber die wirtschaftliche und rechtliche Unabhängigkeit zu erhalten. Vgl. Ed. Meyer in Conrads Staatswörterb. Art. Plebs.⟩

Die Bildung des Plebejerstandes war für die Rechtsentwicklung von außerordentlicher Wichtigkeit. Die Plebejer waren zwar zum größten Teile auch latinischen Stammes, allein durch die Zerstörung ihrer Städte, den Verlust ihres Vermögens, die Aufhebung ihres Gemeinwesens, die Verpflanzung nach Rom, die Vermischung mit der übrigen plebejischen Bevölkerung und die Unterwerfung unter die Patrizier traten doch eigentümliche Verhältnisse ein. Sie hatten sicher seit jeher Privatrechtsfähigkeit, das commercium, wie es alle Latiner hatten. Sie konnten untereinander und mit den Altbürgern gültige Rechtsgeschäfte in römischen Formen abschließen, wie Manzipation und Nexum. Darauf beruht die für den späteren Ständekampf so wichtige Tatsache, daß die Plebejer den Patriziern verschuldet waren. Daher müssen sie auch Prozeßfähigkeit besitzen. Ihre Ehen waren erklärlicherweise anerkannt und damit die väterliche Gewalt über die Kinder. Dagegen haben die Plebejer an den eigentlich patrizischen Instituten keinen Anteil, namentlich am Gentilrechte[1], am gesamten Sakralrechte und deshalb an der Ebenbürtigkeit (conubium). Sie waren weiter staatsrechtlich unfähig; sie haben kein Stimmrecht in den Komitien und sind damit von Testament und Arrogation ausgeschlossen; sie sind nicht steuer- und wehrpflichtig[2] und haben deshalb wohl auch keinen Anspruch auf Mitbenutzung des ager publicus[3]. Erst durch die Servianische Verfassung und die Republik ist mit den politischen Befugnissen und Pflichten vieles davon auf sie übertragen worden[4].

§ 12. Die Servianische Verfassung. Nach der übereinstimmenden Überlieferung der Römer hätte der vorletzte König, Servius Tullius, tiefgreifende Veränderungen im Staatsleben eingeführt. Ihm wird eine vollständige, tief durchdachte, alle Seiten des Staatslebens, die finanzielle, militärische, administrative und politische, organisch zusammenschließende neue Staatsverfassung zugeschrieben. ⟨Man wird dieser Überlieferung ebensowenig Glauben schenken dürfen wie allen anderen Nachrichten, die die Einrichtungen viel späterer Zeit in die Königszeit zurück übertragen[5]. Was man die Servianische Verfassung nennt, ist sicherlich nicht aus dem Kopf eines einzigen Mannes, am wenigsten aus dem des fabelhaften Verfassungskönigs, hervorgegangen, sondern im Laufe längerer Zeit allmählich stückweise entstanden.⟩

Die Stadt Rom wurde nach der Überlieferung von König Servius in vier Quartiere (tribus) eingeteilt. Dazu traten mit der Auflösung der Geschlechtsmarken eine Anzahl von Landbezirken (tribus rusticae). 16 davon sind mit römischen Gentilnamen bezeichnet

---

[1] ⟨Demgemäß versagte ihnen Bruns auch den Anteil an der von ihm angenommenen Flurgemeinschaft der Geschlechter, s. oben § 7.⟩

[2] ⟨All dies ist nicht erweislich und gegenüber den Rechtszuständen der Republik auch nicht wahrscheinlich.⟩

[3] ⟨Einen ager publicus hat es, abgesehen von der gemeinen Weide, in alter Zeit nicht gegeben. Noch in den ersten Jahrhunderten der Republik wird eroberter Boden entweder zur Anlegung latinischer Kolonien oder zur Bildung neuer ländlicher Tribus, d. h. zur Ansetzung römischer Bauern, benutzt. Die abweichende römische Überlieferung ist eine Fabel, die viel spätere Zustände in jene Jahrhunderte zurückverlegt.⟩

[4] ⟨Im Zusammenhang mit seiner obigen Auffassung der Rechtsstellung der Plebs suchte Bruns (in den früheren Auflagen) bei ihr den Ursprung für eine weitgehende Umbildung des Rechts, insbesondere für die Veränderung der agrarischen Verhältnisse und die Verweltlichung des Rechts. Durch die Plebejer sei, nahm er an, die Idee des freien Grundeigentums allmählich zur herrschenden geworden, durch sie Recht und Religion geschieden, das Recht mit selbständiger, rein juristischer Kraft und Form ausgestattet worden. Bei den Plebejern möge es üblich geworden sein, die Form des Geschäftsabschlusses per aes et libram (§ 6) auf andere Rechtsgeschäfte zu übertragen: so sei wohl das Manzipationstestament, Koemptionsehe, die alte Adoptionsform entstanden zu denken. Man dürfe sogar noch weiter gehen und hier die Anfänge der formlosen Rechtsgeschäfte suchen. Ihnen möge das Aufkommen der Konsensusehe, der verweltlichten Stipulation, das Abkommen des Eids beim Sakramentsprozeß auf Rechnung zu setzen sein. Ich halte all dies für nicht nur unbeglaubigte, sondern auch unwahrscheinliche Hypothesen. Die Entwicklungen, die Bruns hier schon in der Königszeit vor sich gehen läßt, gehören überdies großenteils erst der Zeit nach den 12 Tafeln an.⟩

[5] ⟨Anders Bruns in den früheren Auflagen.⟩

und gewiß sehr alt. So gehörte jedes Grundstück, das im römischen Eigentume stand, res mancipi war, einer Tribus an (Cic. p. Flacco 80). Nach diesen örtlichen Tribus geschah, wie sicher überliefert wird, die Aushebung und die Steuereinziehung (Varro, de lingua Lat. 5. 181; Dionys. 4, 14). So wird aus der Gebietseinteilung eine Personeneinteilung; jeder wehr- und steuerpflichtige Bürger muß einer Tribus angehören. Aber diese Personaltribus können nur die Grundbesitzer (adsidui) umfaßt haben; sie werden der Tribus zugeschrieben, in welcher ihre Grundstücke liegen, wobei eigene Wahl und Belieben der Beamten mitwirkten[1]. Die Tribus sind sonach politische Abteilungen des Volks unter einem tribunus aerarius; als solche nicht sakrale Genossenschaften, zu Rechtsgeschäften und selbständigen Beschlüssen unfähig.

Auf der Grundlage der Tribus wird das Heer (exercitus) gebildet. Die Militärorganisation ruht auf der Volksanschauung (§ 9), daß der Kriegsdienst Pflicht und Ehrensache jedes Bürgers sei. Daher ist der eigentliche Kriegsdienst auf die Ansässigen (Wohlhabenden) beschränkt; die nicht-ansässigen Bürger (proletarii) werden nur als Ersatzmannschaft herangezogen. Die wehrpflichtigen Bürger werden für die üblichen fünf Grade der Bewaffnung (Liv. 1, 43) mit Selbstausrüstung nach dem Vermögen (Grundbesitze) in fünf Klassen geschieden; aus jeder wird eine bestimmte Zahl von Zenturien (armati) für das Heer entnommen, aus der ersten (classici) achtzig, aus den drei folgenden je zwanzig, aus der untersten dreißig, immer zur Hälfte iuniores (bis sechsundvierzig Jahre) zum Felddienste, zur Hälfte seniores (bis sechzig Jahre) zur Verteidigung der Stadt (Landwehr). Dazu kommen 1. noch vier Zenturien Kriegshandwerker und Musikanten und eine Zenturie Proletarier (c. inermes); 2. 18 Zenturien Reiter (equites); sechs davon (sex suffragia) sind rein patrizisch. Später werden die Reiter aus den Höchstbesteuerten ergänzt. Ob das auch früher der Fall war, wo sie eine wirkliche Reitertruppe bildeten, steht dahin. — Im ganzen sind es 193 Zenturien[2].

Dem Heerdienste entspricht die Besteuerung. Alle Bürger sind steuerpflichtig (aerarii), also auch die Proletarier; aber nur die in die Tribus eingeschriebenen werden zum tributus herangezogen. Das sind in älterer Zeit nur die Grundbesitzer. Die Haussöhne stehen in der Klasse ihrer Gewalthaber; sie steuern also selbständig nicht. Die orbi, d. h. die vaterlosen Unmündigen, welche nicht dienstpflichtig, aber in den Tribus sind, haben das aes equestre (das Geld für die Anschaffung der Ritterpferde) aufzubringen, die viduae, die selbständigen Frauen, das aes hordiarium (das Geld für das Futter der Pferde). Wahrscheinlich waren den einzelnen Rittern einzelne Steuerpflichtige zugewiesen (attributio), von denen sie ihre Forderungen mit Zwangsmitteln (legis actio per pignoris capionem) einzogen.

⟨Daß die geschilderte Heeresorganisation nicht sofort schon als politische Organisation ins Leben getreten sein kann, liegt auf der Hand. Von anderem abgesehen fordert das militärische Bedürfnis geschlossene Abteilungen bestimmter Mannschaftszahl, läßt also den Verschiebungen keinen Raum, die das Wachstum der Bevölkerung, der Wechsel der Besitzverhältnisse in einer auf den Besitz gebauten politischen Verfassung notwendig mit sich bringen. Jene Heeresorganisation mag noch der Königszeit angehören. Als dann das Heer das Königtum gestürzt hatte, wird man in der neuen Verfassung die politische Macht unter die verschiedenen Besitzerklassen nach dem gleichen Verhältnis verteilt haben, in welchem sie im Heer vertreten waren[3].⟩ Jede Klasse bildet so viele Stimmzenturien,

[1] [Für die Ursprünglichkeit der reinen Personaltribus wieder Mispoulet, Études d'institut. Romaines (1887) I.]

[2] ⟨Ob die Zahl von 193 Zenturien schon der ältesten Gestalt dieser Heeresorganisation angehört, wird in Zweifel gezogen werden dürfen.⟩

[3] ⟨Ich nehme an, daß dies sofort nach dem Sturz des Königtums oder doch sehr bald nachher geschah. Ganz anders, von anderen Ausgangspunkten aus, K. J. Neumann, Die Grundherrschaft der röm. Republik. 1900. Er sieht in den altrömischen Patriziern Grundherren, die in der Stadt wohnen und ihre Ländereien durch Hörige bewirtschaften." Die Aufhebung dieser Hörigkeit, die römische „Bauernbefreiung", setzt er aus Gründen, die hier beiseite bleiben müssen, in das Jahr 457, die angeblich darauf beruhende Begründung der Zenturienordnung in das Jahr 456 v. Chr. Neumanns ganze Konstruktion scheitert m. E. an der Erwägung, daß die vorausgesetzte Bauernbefreiung

als sie Heereszenturien zu stellen hat, halb iuniores, halb seniores. Die Ritter stimmen zuerst, dann die erste Klasse; sind diese 98 Zenturien einig, so ist damit die Mehrheit erreicht. ⟨Die höheren Klassen stellen eben auch die Mehrheit im Heer.⟩ Erst später, wo die Kriegspflicht anders geordnet war und die Steuerpflicht ganz aufhörte, ist das Klassensystem auf das reine Vermögenssystem zurückgeführt, doch ist dann auch das Zahlenverhältnis der Zenturien geändert und auf gleicheres Maß gesetzt. Die alten Zahlen sind freilich in ihrer näheren Begründung für uns unklar[1].

Zweite Periode. Die Republik.

I. Das römische Reich und seine Verfassung.

§ 13. Das römische Reich auf dem Höhepunkte seiner Entwicklung nach dem 2. punischen Kriege stellt sich dar als eine unterworfene Staaten beherrschende Stadtbürgergemeinde. In der Tat aber bildet das Reich, staatsrechtlich angesehen, keine Einheit, keinen Bundesstaat, aber auch keinen Staatenbund. Nach Auflösung des alten Latinerbundes (338/416), der wirklich ein völkerrechtlicher Verein war, hat die Stadt Rom nur noch Bündnisverträge mit den einzelnen Städten, und daneben hat sie die Herrschaft über außeritalische Länder (Provinzen). Jede Stadt hat also mit Rom einen Vertrag, nicht die Städte unter sich; er läßt ihr Rom gegenüber mehr oder minder Freiheit (foedus aequum oder iniquum); aber immer gilt die Bundesstadt als souverän. Sie hat Gebietshoheit, d. h. ihre Bürger haben ihre Landgüter im Eigentume, und Exilrecht (d. h. ihr Bürgerrecht ist mit dem römischen unvereinbar); sie hat Münzrecht, Steuern und Zölle, eigene Verwaltung, Recht und Gericht; sie stellt Kriegsschiffe oder Mannschaften zum Heere; eigene auswärtige Politik aber ist ihr nicht gestattet. Zu diesen civitates foederatae gehören auch die alten Latinerstädte und die latinischen Kolonien; die socii Latini nominis aber haben commercium, leichten Zugang zum Bürgerrechte, stimmen in einer ausgelosten Tribus, wenn sie in Rom sind, und es ist ihnen zum Teil sogar das conubium gewährt. — Die Provinzen sind praedia populi Romani. Der Grund und Boden gehört dem Volke; die Einwohner haben nur Nutznießung[2]. Das Land wird von einem römischen Statthalter mit unbeschränkter Militär- und Gerichtshoheit verwaltet: der Kriegszustand erscheint hier dauernd. Die städtischen Gemeinwesen bleiben als Verwaltungs-, namentlich als Steuerbezirke bestehen.

Die herrschende Gemeinde ist als souveränes städtisches Gemeinwesen gedacht. Das bleibt sie trotz der ihr einverleibten anderen Gemeinden, die keine selbständige Verwaltung haben (municipia civium Romanorum, conciliabula, praefecturae). Ihre Verfassung schildert Polybius (6, 11—18) für die Zeit nach dem 2. punischen Kriege als eine wohlabgewogene Verteilung der politischen Macht und der staatsrechtlichen Funktionen zwischen Volk, Rat und Beamten, so daß das demokratische, aristokratische und monarchische Element gleichmäßig zu seinem Rechte kommt.

§ 14. Es hat einer Entwickelung in verschiedenen Richtungen bedurft, ehe die römische Republik dahin gelangte, und sie ist nur kurze Zeit auf diesem Standpunkte geblieben.

---

notwendig den völligen finanziellen Ruin des Patriziats hätte herbeiführen müssen. Wenn man, wie Neumann will, die Grundherren eines Teils ihres Grund und Bodens beraubte und ihre bisherigen Landarbeiter damit ausstattete, so konnten jene auch den ihnen gebliebenen Rest nicht weiter kultivieren. Aus einem Signore wird nicht im Lauf eines Jahrs ein Bauer, und wenn auch, so würden ihm die unentbehrlichen Hilfskräfte gefehlt haben; Sklaven und Schuldknechte standen im Jahre 456 v. Chr. auch dem römischen Patrizier nicht ad libitum zur Verfügung.⟩

[1] Vgl. Mommsen, Staatsrecht III, S. 248 ff.

[2] ⟨Diese der älteren Zeit fremde Auffassung ist erst in Gracchischer Zeit aufgekommen, Mommsen, Staatsrecht III, S. 730 ff.⟩

Zur Zeit der Republik, wie wohl schon in der Königszeit, ruht in letzter Reihe die Souveränität bei der Volksversammlung, d. h. dem ordnungsmäßig berufenen und gegliederten Volke (populus Romanus Quirites). Aber das Volk tritt zunächst hinter den Beamten zurück. Die konsularische Gewalt ist die alte königliche (imperium regium); diese ist nicht abgeschafft: sie kann in der Diktatur unbeschränkt wieder aufleben; aber sie wird nur verliehen auf ein Jahr und an zwei gleichberechtigte Kollegen, d. h. jeder kann mit voller Wirkung handeln, aber jeder kann den anderen durch Widerspruch am Handeln verhindern (melior est causa prohibentis). Die Gewalt wird weiter rechtlich beschränkt durch Abtrennung der sakralrechtlichen Oberhoheit, durch die Quästur, durch die Provokation und durch die Einführung des Einzelrichters im Zivilverfahren. Alle vier Einrichtungen treten unseres Wissens erst und sofort mit der Republik auf, sind demnach als verfassungsmäßige Begrenzung der Königsgewalt zu betrachten: der Provokation muß der Konsul stattgeben; dem iudex muß er die Entscheidung der Rechtsstreite überlassen; der Quästor, den er sich selbst ernennt, der später gewählt wird, verwaltet unter eigener Verantwortung den Staatsschatz. Diesen wechselnden, für die eigentliche Verwaltungstechnik schlecht geschulten Beamten gegenüber wuchs naturgemäß die tatsächliche Macht des Senats, obwohl er rechtlich das consilium consulum bleibt: er wahrte die Überlieferungen der auswärtigen Politik; er erlangte vor allem die Leitung des Finanzwesens und machte dadurch die Beamten von sich abhängig, insofern sie für Krieg (Konsuln), Provinzialverwaltung (Prätoren), Bauten (Zensoren), Spiele (Ädilen) Geld aus dem Staatsschatze bedurften. Die religiösen Angelegenheiten gehen auf den pontifex maximus und sein Kollegium über; er tritt erst mit dem Beginne der Republik in den Vordergrund. Seine Stellung ist eigentümlich. Er ist nicht Beamter, hat aber doch ein gewisses ius agendi cum populo (bei der Arrogation); er wird später gewählt (von der Mehrzahl der Tribus), ist lebenslänglich und unabsetzbar.

§ 15. Daneben geht eine zweite Entwicklung her, der sogenannte Ständekampf. Durch die Servianische Verfassung waren die Plebejer formell zu Bürgern geworden und trugen die bürgerlichen Lasten. Sogar in den Senat sind sie seit Beginn der Republik mit Sitz und Stimme, aber nicht mit Redebefugnis aufgenommen (patres [et] conscripti: Festus p. 254) und haben sicher auch Anteil am ager publicus erlangt. Aber von der Verwaltung sind sie ausgeschlossen; Ämter und Priesterkollegien bleiben patrizisch. Es ist erklärlich, daß die Plebejer danach strebten, ihre formale Berechtigung auch wirklich mit Inhalt zu erfüllen. Die reichen Grundbesitzer, denen die Ämter zuerst zufallen mußten, hatten dabei mit den ärmeren Klassen und deren Mißtrauen gegen den Adel zu rechnen. Zunächst ging die Bewegung auf Abwehr des Übermuts der Ämter. Das wirksamste Schutzmittel in dieser Beziehung war 1. die Einsetzung des Tribunats, welche die Plebs nach den Annalen angeblich durch eine Sezession 260/494 erzwang. Man streitet darüber, ob die Tribunen ihre Machtvollkommenheit, alle Maßregeln der Beamten, des Senats und der Volksversammlung durch persönliches Einschreiten zu hemmen, von vornherein besaßen oder erst allmählich erlangten. Jedenfalls vermochten sie auch den einzelnen Plebejer gegen Willkürakte der Beamten zu schützen. Der Tribunat war mehr ein Hindernis des Amts als ein Amt, wie Plutarch sagt (q. Rom. 81). Aber die Tribunen gingen auch aktiv vor. Seit der lex Publilia (283/471) werden sie in plebejischen Tribusversammlungen gewählt[1]. Und die damit anerkannte Organisation der ansässigen Plebs wird von ihnen benutzt. Sie klagen Patrizier, die sich gegen das Volk vergangen haben, an, und die Plebs verpflichtet sich, ihr eigenes Urteil am Schuldigen zu vollstrecken. Das ist ein Notwehrgericht, aber tatsächlich wirksam, wie die Erzählung von Coriolan zeigt. — Schon vor dem Tribunate besteht 2. die Provokation an die

[1] ⟨Nach der besten Überlieferung — Diodor. XI, 68 — ist der Tribunat selbst erst im Jahre 471 eingesetzt worden. Vgl. Niese, De annal. rom. obs. (I). Progr. Marburg 1886. Ed. Meyer, Hermes XXX, S. 1 ff. Ob er nicht gleichwohl älter ist, ist eine andere Frage. Die Sezession vom Jahre 494 aber ist bloße Fabel.⟩

Komitien in der Weise, daß der Konsul sie gegen Urteile auf Tod und Stäupung zulassen mußte. Eingeführt wurde sie angeblich durch die lex Valeria des P. Poplicola; sie wurde also offenbar als volksfreundliche Maßregel aufgefaßt. Allmählich entwickelt sich daraus ein Strafverfahren vor den Komitien. Der Quästor (statt des Konsuls) rechtfertigt das von ihm gefällte (Vor-)Urteil vor dem Volke; der Sache nach also tritt er als Ankläger auf. Damit ist zugleich die Tötung und Stäupung römischer Bürger als Polizeistrafe beseitigt. Aber Geldbußen (multa i. e. S.) konnten noch immer ungemessen verhängt werden. Sie werden 3. beschränkt durch die lex Aternia Tarpeia (300/454), welche die multa suprema auf 30 Rinder und 2 Schafe (= 3020 asses) festsetzt. Besonders folgenreich für die Rechtsentwicklung war 4. die Trennung zwischen ius und iudicium im Zivilprozesse. Die näheren Umstände der Einführung wissen wir leider nicht. Der Einzelrichter (iudex privatus) wird auf Serv. Tullius zurückgeführt oder, was dasselbe sagt, in den Beginn der Republik gesetzt. Er wird aus den Senatoren genommen[1]. Damit ist eine Beschränkung der Konsuln, aber keine besondere Hilfe für die Plebejer gewährt. Später finden wir verschiedene Richterkollegien: die decemviri (st)litibus iudicandis, die in Tributkomitien aus beiden Ständen gewählt werden, also magistratus minores sind; die centumviri, die durch Auswahl von je drei aus den 35 Tribus gebildet werden (Festus ep. p. 54); Rekuperatoren, 3 oder 5, die für den Einzelfall vom Prätor ausgelost werden. Wann diese verschiedenen Richterarten aufkamen, ist sehr bestritten. Der Annahme, daß die Centumvirn uralt seien, widerspricht die Überlieferung: sie sind wohl erst nach 513/241 entstanden. Die Dezemvirn, von denen viele annehmen, daß sie mit den Tribunen zusammengehören und zum Schutze der Plebejer eingeführt seien, setzt Pomponius erst ins 6. Jahrh. d. St.[2]. Der Ursprung der recuperatio liegt vielleicht in den internationalen Schiedsgerichten (Festus p. 274). Ebenso zweifelhaft ist die Abgrenzung der Zuständigkeit dieser Gerichte gegeneinander. Mit Sicherheit kann man sagen, daß den Zehnmännern die Freiheitsprozesse oblagen, den Hundertmännern das ganze Gebiet der Vindikationen. Die Rekuperatoren werden bei Besitzstreitigkeiten herangezogen[3]; der unus iudex hat jedenfalls einen allgemeinen Wirkungskreis. In allen diesen Fällen ist die Scheidung zwischen Beamten und Richtern in der Weise geordnet, daß der Beamte nur die Einleitung und Konstituierung des Streites hatte, die weitere Untersuchung und die Entscheidung Sache der Geschworenen war und nur die exekutivische Nachklage wieder an den Beamten kam. Die Bedeutung der römischen Geschworenen ist danach eine wesentlich andere als die des germanischen Volksgerichtes. Der römische Geschworene ist notwendiger Vertreter des Beamten, er soll dessen Willkür verhindern und eine objektiv den Gesetzen entsprechende Entscheidung herbeiführen. Das Gesetz steht aber über ihm wie über dem Beamten. Es ist nicht wie beim germanischen Volksgerichte, wo die Gemeinde oder in ihrer Vertretung die Schöffen unmittelbar als solche das eigentlich nur in ihrem Bewußtsein lebende Recht selber finden und weisen sollen. In den Kreis dieser Bestrebungen gegen den Mißbrauch der Ämter gehört vielleicht 5. die Aufzeichnung des Landrechtes (§ 16).

Die Hauptsache aber war doch, daß die Plebejer selbst an den Ämtern Anteil erlangten. Dies geschah, aber es führte eine wesentliche Verminderung der konsularischen Gewalt herbei. Zunächst wurden Militärtribunen mit konsularischer Gewalt eingesetzt, die aus beiden Ständen hervorgingen. Zugleich aber wird endgültig die Zensur vom Konsulate abgetrennt (nach den Annalen 311/443, wahrscheinlich aber erst 319/435) und den Patriziern zugewiesen. Die Zensoren haben die Schatzung, die Ritteraushebung, die Senatsergänzung, das Bauwesen und später eine sittenrichterliche Befugnis. Es wird

---

[1] ⟨Ganz sicher ist dies für die ältere Zeit keineswegs; s. hiezu Girard, Organ. jud. (1901) I p 85 n. 1.⟩

[2] ⟨Vgl. über sie insbesondere Wlassak, Röm. Prozeßgesetze I (1888) S. 139 ff. Die decemviri stlitibus iudicandis dürfen mit den allerdings plebejischen decemviri bei Liv. III, 55, 7 nicht identifiziert werden. S. auch Kübler bei Pauly-Wissowa s. v. decemviri, Girard, Org. judic. I p. 159.⟩

[3] ⟨Keineswegs nur bei diesen; vgl. Wlassak a. a. O. II (1891) S. 298 ff.⟩

dann durch die lex Licinia Sextia (367/387) bestimmt, daß mindestens ein Konsul (utique alter) Plebejer sein solle. Dabei wird die Prätur errichtet lediglich für Patrizier; der Prätor erhält als collega consulum die Zivilgerichtsbarkeit in der Stadt. Etwa gleichzeitig wurden die Ädilen als eine patrizische städtische Polizeibehörde eingerichtet (366/388?); die Polizei stand bis dahin den Konsuln allein zu. Alle diese Ämter und der Pontifikat sind später den Plebejern zugänglich geworden. Damit ist eine Ausgleichung der Bürgerrechte herbeigeführt, nicht eine Gleichstellung der Stände; denn dem Patrizier bleibt der Tribunat unzugänglich, dem Plebejer gewisse Priesterwürden. Tatsächlich aber wächst der alte Adel mit den plebejischen Familien, die einen kurulischen Beamten unter ihren Ahnen zählen, zu einem neuen, aber nicht geschlossenen Erbadel (Nobilität) zusammen.

II. Die zwölf Tafeln.

§ 16. Die Rechtspflege lag, wie gesagt, ausschließlich in den Händen der patrizischen Konsuln. ⟨Aufgezeichnet wurden die wichtigeren Rechtssprüche sehr wahrscheinlich von den patrizischen Pontifices und in deren Archiv überliefert.⟩ Die Patrizier hatten daher vor allem Kenntnis des Gewohnheitsrechts (ius non scriptum). Die natürliche Biegsamkeit und Unbestimmtheit des ungeschriebenen Rechtes zog jedenfalls der subjektiven Auffassung keine feste Schranke; es konnte wenigstens zum Deckmantel der Parteilichkeit mißbraucht werden. Das Mißtrauen der Plebejer forderte die Aufzeichnung des Landrechtes (Dionys. 2, 27). Schon im Jahre 292/462 stellt der Tribun C. Terentilius Arsa den Antrag auf Abfassung von geschriebenen Gesetzen, an welche die Konsuln gebunden sein sollten (Liv. 3, 9). Die Patrizier leisten den heftigsten Widerstand. Acht Jahre lang wissen sie den Beschluß über den Antrag zu hintertreiben. Endlich vereinigt man sich, das gesamte Recht in feste Gesetze zu bringen. Neuer Aufschub wird durch eine Gesandtschaft ⟨angeblich⟩ nach Athen ⟨vielleicht nach Großgriechenland⟩ zur Herbeischaffung der griechischen Gesetze erlangt. Dann geht man ans Werk (303/451)[1]. Aber es wird nicht eine Gesetzgebungskommission eingesetzt, vielmehr wird die ganze Verfassung aufgehoben; statt der Konsuln und Tribunen werden zehn Männer auf ein Jahr ernannt, die den Staat regieren und zugleich die Gesetze machen sollen. Vielleicht lag der Plan einer dauernden Verfassungsänderung, namentlich Beseitigung des Gegensatzes von Konsuln und Tribunen, dabei zu Grunde; doch entsprach der Erfolg dem jedenfalls nicht. Die Gesetze waren auffallend schnell fertig. Noch in demselben Jahre wurden sie den Komitien vorgelegt, von ihnen bestätigt und in zehn Erztafeln gegraben auf dem Forum aufgestellt. Dennoch wurden für das nächste Jahr neue Dezemvirn ernannt, weil Nachträge nötig seien. Sie liefern zwei neue Tafeln; Cicero (de rep. 2,63) nennt sie tabulae iniquarum legum; weshalb, sind wir außer stande zu sagen: die in den XII Tafeln festgehaltene Unebenbürtigkeit der Plebejer (11, 1) rechtfertigt die Bezeichnung nicht. Unter dem Vorwande noch weiterer Nachträge verlängern sie eigenmächtig ihr Amt auch ins folgende Jahr, werden dann aber, der Fabel nach auf Veranlassung des berühmten Prozesses der Virginia, gestürzt, und die alte Verfassung wird wiederhergestellt. Die gegebenen Gesetze bleiben: die beiden letzten Tafeln werden auf den Antrag der neuen Konsuln von den Zenturiatkomitien genehmigt (lex duodecim tabularum).

Über den Inhalt der XII Tafeln ist nicht mit voller Sicherheit zu urteilen, weil wir nicht übersehen können, wieviel davon uns verloren gegangen ist. Indessen scheint

[1] ⟨Ettore Pais, Storia di Roma I (1898) p. 572 ff., will aus der Zwölftafelgesetzgebung eine erst in der Zeit des Appius Claudius Cäcus entstandene Aufzeichnung von Gewohnheitsrecht machen. Ähnlich auch Lambert, Nouv. rev. hist. de droit XXVI p. 149 ss., der sie nur in noch jüngere Zeit versetzt. Die Skepsis dieser Schriftsteller kann m. E. vor ernsthafter Kritik nicht bestehen. Insbesondere ist die Rolle, die der Wortlaut der 12 Tafeln nicht nur in den legis actiones, sondern auch sonst in der römischen Rechtsentwicklung spielt, ohne die Annahme gesetzlicher Geltung gar nicht zu begreifen. Eine andere Frage ist natürlich die, ob die römische Überlieferung über die Entstehung der 12 Tafeln Glauben verdient.⟩

es allerdings rhetorische Übertreibung, wenn Livius (3, 37) sie fons omnis publici privatique iuris nennt. Ihrem Zweck entsprechend enthalten sie vor allen Dingen Normen für das Zivilverfahren (einschließlich des Kalenders). Über das Strafverfahren wissen wir wenigstens, daß die quaestores paricidii erwähnt wurden, und kennen die beiden weittragenden Sätze: es soll nicht in Form eines Sondergesetzes gegen eine Einzelperson vorgegangen werden (privilegia ne inroganto), und ausschließlich der comitiatus maximus (die Zenturien, also nicht mehr die Tribus) soll über todeswürdige Verbrechen richten (9, 1 u. 2). Die wesentlichen Sätze des Privat- und Strafrechts waren natürlich in den Tafeln aufgestellt. Indessen finden sich sehr alte Sätze, die nicht auf die XII Tafeln zurückgeführt werden. So die Formen des negotium per aes et libram (sie verdanken ihre verbindliche Kraft ohne Zweifel dem Gewohnheitsrecht), so die pignoris capio wegen des aes equestre, die moribus rei militaris aufgekommen ist (Gaius 4, 28). Schwerlich ist das Verfassungs- und Verwaltungsrecht durch die XII Tafeln festgelegt; sonst hätte sich nach dem Sturze der Dezemvirn die alte Ordnung der Dinge nicht so leicht wiederherstellen lassen. Außer einer Reihe von polizeilichen und sakralen Satzungen ist uns denn auch nichts von Staatsrecht aus den XII Tafeln überliefert.

Die Quelle für den Inhalt war überwiegend das längst in der römischen Gewohnheit lebende Recht. Nur wurde es in allen Punkten genauer formuliert und gestaltet, und dazu kamen mannigfache Änderungen und Zusätze aus Zweckmäßigkeitsgründen und politischen Rücksichten. Es war eigentliche Kodifikation, nicht bloße Inkorporation. Daß griechische Elemente berücksichtigt sind, darf man nicht bezweifeln: die Reise nach Griechenland und die Beteiligung des Ephesiers Hermodoros zeigen es; und an beiden läßt sich nicht rütteln [1]. Aber aus den auf uns gekommenen Bruchstücken kann man einen weitgehenden Einfluß nicht erweisen; nur Weniges und Unbedeutendes läßt sich auf attische Vorbilder zurückführen, und auch das nicht mit Sicherheit (7, 2; 8, 27; 10, 2). Wenn also die Römer mitunter die solonischen Gesetze als Hauptquelle bezeichnen (Aurel. Viet. 21), so ist dies entschieden falsch. Recht und Prozeß sind wesentlich römisch. Änderungen am bisherigen Rechte sind überhaupt wohl im Privatrechte nur wenig und mehr nur im Prozesse und Strafrechte gemacht, namentlich durch Beschränkung der Beamtenjustiz und Ausdehnung des Volksgerichtes.

Die Form ist eigentümlich. Eine Reihe absoluter Gebote oder Verbote oder kategorischer Rechtssätze, alles im einfachen Imperativ, mit lapidarischer und eindrucksvoller Kürze; die Detaillierung merkwürdig verschieden: einzelnes, was die politischen und sozialen Interessen der Zeit unmittelbar berührte, wie Prozeß, Exekution und Schuldhaft, mit peinlicher Genauigkeit, anderes, auf die Dauer nicht minder Wichtiges, wie Verträge und Testamente, nur in allgemeinen Sätzen. Charakteristisch ist einmal die ängstliche Vorsicht in der Wortfassung, namentlich um bei den Imperativen das Müssen und Dürfen zu trennen [2]; auf der anderen Seite der häufige unbefangene Wechsel des Subjektes im selben Satze [3].

Wert und Bedeutung des ganzen Gesetzwerkes sind sehr hoch zu stellen, teils wegen der Vollständigkeit, mit der es sich über fast alle Teile des Rechts erstreckt, teils wegen des echt juristischen und praktischen Charakters seiner Bestimmungen, teils wegen der Schärfe und Klarheit der Gedanken und des Ausdrucks. Das juristische Talent der Römer tritt schon hier sehr scharf hervor; keine Gesetzgebung ähnlicher Kulturstufen kann sich in dieser Beziehung mit den XII Tafeln messen.

---

[1] ⟨Daß obige Meinung sehr anfechtbar ist, zeigt Boesch, de XII tab. lege a Graecis petita. Gött. 1893. Damit ist natürlich sehr wohl vereinbar, daß die Dezemvirn Kenntnis von griechischen Gesetzgebungen besaßen; sie konnte aus den nahen griechischen Städten Kampaniens leicht nach Rom gelangen.⟩

[2] Z. B. — vincito compedibus XV pondo, ne maiore, aut si volet minore vincito. — libras farris endo dies dato, aut si volet plus dato. Am merkwürdigsten ist das berühmte: partis secanto, si plus minusve secuerunt, se fraude esto.

[3] si in ius vocat, ito; ni it, antestamino; ni iudicatum facit, secum ducito; ni sam (viam) delapidassint, qua volet iumento agito.

Auf uns gekommen sind die XII Tafeln leider nur sehr fragmentarisch. Die ursprünglichen Tafeln sind bei dem gallischen Brande mit zu Grunde gegangen und später allem Anschein nach nicht wieder aufgestellt worden: am Ende der Republik waren sie es sicher nicht. Sie wurden aber jedenfalls in Buchform verbreitet; denn bis ins letzte vorchristliche Jahrhundert wurden sie in den Schulen auswendig gelernt (Cicero, de leg. 2, 4. 9). Dabei wird der Wortlaut allmählich der neueren Sprache angenähert worden sein. So bildeten sie in der Tripertita des S. Aelius Catus den ersten Teil (§ 31). Unter Augustus wurden Kommentare dazu geschrieben, ein juristischer von Labeo und ein historisch-philologischer von M. Messalla (cos. 701)[1]; zuletzt sogar noch unter Antoninus Pius ein juristisch-historischer von Gajus in sechs Büchern. Allein der heutigen Zeit ist von allem dem weiter nichts überliefert als eine Reihe von einzelnen Anführungen, Inhaltsangaben und Anspielungen bei juristischen und nicht-juristischen Schriftstellern, aus denen sich immer nur ein sehr unvollkommenes Bild des Ganzen wieder zusammensetzen läßt[2].

Völlig aussichtslos ist es, die Anordnung oder das „System" der XII Tafeln anders als im äußersten Umrisse wiederherzustellen. Man darf nach einer Äußerung Ciceros (de leg. 2, 4. 9) annehmen, daß die ersten Worte des Gesetzes sich auf die Einleitung des Zivilverfahrens bezogen („si in ius vocat ito"); man darf daraus schließen, daß am Anfange das Legisaktionenverfahren geregelt wurde. Dazu paßt, daß vom morbus sonticus als Grund für das Nichterscheinen vor Gericht auf der zweiten Tafel die Rede war (Festus v. reus p. 273). Außerdem kennen wir noch von einigen einzelnen Sätzen den Platz. Wir wissen weiter, daß das testamentarische Erbrecht dem gesetzlichen vorging (D. 38, 6. 1 pr.). Aus allem dem aber läßt sich nicht viel ableiten. Die durch Gothofred aufgekommene, seit Dirksen übliche Ordnung der Bruchstücke ist diese: 1. und 2. Zivilverfahren; 3. Verfahren gegen den zahlungsunfähigen Schuldner; 4. väterliche Gewalt; 5. u. 6. Vormundschaft, Erbrecht, Eigentum; 7. u. 8. obligatorische Rechtsverhältnisse; 9. u. 10. ius publicum und sacrum; 11 u. 12. Nachträge. Diese Ordnung beruht auf dem Gedanken, daß des Gajus Kommentar zu den XII Tafeln in 6 Büchern in je einem Buche den Inhalt zweier Tafeln abgehandelt habe. Damit ist 1. stillschweigend vorausgesetzt, daß jede Tafel einen sachlichen Abschnitt bildete. Dies widerspricht dem Gebrauche der römischen Gesetze späterer Zeit durchaus: man schrieb über die Tafeln ohne Unterbrechung weg. Warum man die Gesetze nicht trotzdem nach der Tafel hätte anführen und auffinden können, ist nicht abzusehen. Aber 2. die Gleichung von einem Buche Kommentar mit zwei Tafeln führt zu unlösbaren Schwierigkeiten: Gajus bespricht im 1. Buch den Begriff von telum, das entweder zum Diebstahle (8, 13) oder zum Totschlag (8, 24) gehört; er erörtert neben den prozessualischen auch andere, mit dem Diebstahle in Zusammenhange stehende Fragen (D. 50, 16. 233; 47, 7. 2 u. 4)[3]. Ebenso Labeo im 2. Buch seines Kommentars (Gellius 6, 15 § 1). Man sucht das auf eine gelegentliche Erwähnung zu beziehen. Gajus spricht ferner über Ehescheidung im 3. Buche (D. 48, 5. 44); davon müßte also auf Tafel 5 zu lesen sein (4, 3). Damit wäre die enge Verbindung von Vormundschaft und Erbrecht gestört, die ohnehin höchst zweifelhafter Natur ist[4].

---

[1] [Die Annahme dieses Kommentars beruht lediglich auf völlig unsicherer Ergänzung der Festusglossen p. 253. 321. Über einen Kommentar des L. Aelius Stilo s. Schoell, Legis XII tabularum reliquiae. 1866. p. 26 sq.]

[2] Dirksen, Übersicht der Versuche zur Herstellung der XII Tafel-Fragmente. 1824. Schoell, Leg. XII tabul. reliq. 1866. Bruns, Fontes I p. 15—40. M. Voigt, Die XII Tafeln. 2 Bde. 1883. Nikolsky, System u. Text des Zwölftafelgesetzes (russisch). 1897.

[3] Vgl. hierzu Lenel, Palingen. I col. 243 n. 4.

[4] ⟨Man wird gut tun, sich überhaupt von dem Gedanken freizumachen, daß die Dezemvirn bei der Anordnung ihrer Vorschriften von systematischen Gesichtspunkten ausgegangen seien, die uns Modernen nahe liegen. Die Analogie anderer alter Gesetzgebungen ähnlicher Kulturstufe führt eher zu der entgegengesetzten Vermutung. Vgl. Lenel, in der Straßb. Festgabe f. Ihering (1892) S. 4 ff.⟩

III. Das ius civile und das ius gentium.

§ 17. Die weitere Rechtsbildung im Verlaufe der Republik nimmt bei der allmählichen Entwicklung des ganzen römischen Lebens eine mannigfach-bunte Gestalt an. Es ist nicht eine einförmige Fortbildung durch neue Gesetze, sondern in fast dramatischer Weise tritt jedes Element in eigener neuer Form neben oder nach dem anderen auf, das nationale in der priesterlicher Interpretation der XII Tafeln, das universale in der Bildung des ius gentium, das politische in der eigentlichen Volksgesetzgebung, das rein juristische Utilitäts- und Äquitätselement in den prätorischen Edikten, das logische in der aufkeimenden Wissenschaft.

Zunächst von der Interpretation der XII Tafeln. Die XII Tafeln blieben in den nächsten Jahrhunderten die Quelle des Rechtes. Formal sind sie in ihrer Gesamtheit nie aufgehoben worden. Manche von ihren polizeilichen Bestimmungen, wie die über den „Umgang" (ambitus) bei Wohnhäusern (7, 1), sind bald in Vergessenheit geraten. Im öffentlichen Rechte scheute man sich nicht, einzelne ihrer Sätze aufzuheben, wie die Unebenbürtigkeit der Plebejer durch die lex Canuleia (309/445). Dagegen im Privat- und Prozeßrechte ist das Recht der XII Tafeln durch neuere Gesetze, Auslegung und prätorisches Edikt wohl ergänzt und tatsächlich beiseite geschoben, aber nur in seltenen Fällen — lex Aquilia: D. 9,2 1 pr.; durch Gewohnheit (tacitus consensus): Gellius 20, 10 — abgeändert worden. Dieses Festhalten an den XII Tafeln kann nicht bloß, wie manche meinen, darin seinen Grund haben, daß sie aufgezeichnetes Stammesrecht enthalten; denn tatsächlich wird auch das Privatrecht weitergebildet. Vielmehr erklärt sich die Zähigkeit doch wohl aus der Entstehung des Rechtsbuches: es war aus einer Einigung beider Stände hervorgegangen; innerhalb der Plebs entwickelte Rechtseinrichtungen sind darin allem Anscheine nach zur Anerkennung gelangt (s. S. 91 N. 4); so erschien es als eine Art Grundgesetz, und auch das Wort wurde wichtig, weil es ein geschriebenes Wort war. Darauf beruht die eigentümliche strikte Wort- und Buchstabenauslegung der XII Tafel-Gesetze, die uns bei den Römern der folgenden Jahrhunderte oft in befremdlicher Weise entgegentritt. Man hatte Sicherheit und Festigkeit des Rechts durch das geschriebene Gesetz erlangen wollen. Kein Wunder, daß man sich jetzt streng auf das geschriebene Wort steifte und nichts gelten ließ, was daraus nicht abgeleitet werden konnte. Die XII Tafeln legten selber geradezu den Grund dazu, teils durch die ängstlich-sorgsame Fassung ihrer Vorschriften, teils durch das Prinzip, das sie für Verträge und Legate aufstellten: uti lingua nuncupassit, ita ius esto, und uti legassit, ita ius esto. Damit war die Souveränität der Privatwillenserklärung im Rechtsverkehr anerkannt, zugleich aber auch der Grundsatz des gesprochenen Wortes (das Gesagte gilt, und nur das Gesagte gilt) und damit der Wortauslegung für die Rechtsgeschäfte scharf hingestellt. Natürlich hatte man auch schon vor den XII Tafeln, bei der Unvollkommenheit der Schrift, auf das Wort ein großes Gewicht gelegt, allein die eigentliche Zeit der festen Formelbildung sind doch erst die Jahrhunderte nach den XII Tafeln.

Die Fortbildung des Rechts hat hiernach in der nächstfolgenden Zeit einen gewissen formalistischen und scheinbar engherzigen Charakter. Das Wort der Gesetze, der Prozesse, der Verträge, der Testamente scheint alles zu beherrschen. Man würde aber irren, wollte man darin nur kleinliche Buchstabenklauberei sehen. Das eigentlich Treibende sind stets die praktischen Bedürfnisse, — man sucht diesen nur durch den Anschluß an das feste Wort eine sichere gesetzliche Grundlage zu geben. Von diesem Standpunkte aus hat man die drei Hauptrichtungen dieser Rechtsbildung zu beurteilen.

1. Zunächst die Interpretation der XII Tafeln selber. Darunter ist nicht bloß die Erklärung der einzelnen Worte und Sätze zu verstehen, sondern auch die Feststellung von Rechtsregeln nach ihnen und die Schöpfung neuer Rechtssätze aus ihnen. So bildete man z. B. das Intestaterbrecht durch Interpretation der Worte suus heres und proximus agnatus aus, die Usukapion aus den Worten usus auctoritas, die Emanzipation und Adoption aus der Bestimmung über den Verkauf der Kinder; dabei

wurde der Satz der XII Tafeln, der nur vom Hausſohne ſprach (4, 2), mit Bewußtſein unrichtig auf dieſen beſchränkt: Tochter und Enkel ſollten durch einmaligen Verkauf frei werden.

2. Die Bildung von Formeln für die verſchiedenen Rechtsgeſchäfte. Es ſind Formeln, die einerſeits ſcharf und beſtimmt den allgemeinen Hauptinhalt jedes Geſchäfts feſtſtellten und anderſeits doch biegſam genug waren, um Zuſätze nach den beſonderen Intentionen der einzelnen Fälle zuzulaſſen, ſo beim negotium per aes et libram, bei Stipulation, Erbeinſetzung, Legat u. ſ. w. Daß dabei im ganzen das Prinzip der Feſtigkeit überwiegend war gegen das der Biegſamkeit, kann nach dem Obigen nicht auffallen.

3. Die Bildung der Klageformeln für den Prozeß, der ſogenannten legis actiones. Dies war beſonders wichtig. Beim Streite um das Recht war es vor allem nötig, daß die Anſprüche genau und ſcharf den Geſetzen entſprechend formuliert wurden. Nur das Wort des Geſetzes und ſeine weitere Interpretation konnte und ſollte ein Recht geben, ſomit mußte auch jeder Klageanſpruch ſich direkt auf einen beſtimmten Ausſpruch des Geſetzes gründen und daher auch genau den Worten des Geſetzes entſprechend formuliert werden[1]. Die XII Tafeln ſetzen z. B. eine Strafe auf arbores succisae. Waren nun Weinreben heimlich abgeſchnitten, ſo durfte man die Klage nicht auf vites succisae formulieren, da davon nichts im Geſetze ſtand, ſondern auf arbores succisae, und man mußte dann dartun, daß vites zu den arbores gehören. Eine ſolche peinliche Formulierung iſt natürlich ſchwierig und für den Laien gefährlich; auch hätte die Zulaſſung der beliebigen freien Formulierung kaptiös und für die Richter verwirrend werden können; deshalb wurden die Formeln allgemein und abſtrakt für alle möglichen nach den Geſetzen zuſtehenden Rechte aufgeſtellt und ſo, daß man dann im einzelnen notwendig eine von ihnen nehmen mußte, nichtapprobierte Formeln gar nicht zugelaſſen wurden.

Die Geſamtheit der ſo gewonnenen neuen Rechtsſätze bezeichnet die Folgezeit als ius civile[2] oder nach der Methode, durch die man dazu gelangte, als interpretatio.

§ 18. Die Pontifices und Cn. Flavius. Die Rechtskunde iſt in dieſer Zeit keine eigene Wiſſenſchaft. Während der ganzen republikaniſchen Periode iſt ſie immer als notwendiger Beſtandteil der allgemein ſtaatsmänniſchen Bildung angeſehen worden. Aber die Überlieferung ſchreibt für die ältere Zeit (4. u. 5. Jahrh. d. St.) dem Pontifikalkollegium den weiteſtgehenden, ja ausſchließlichen Einfluß auf die Rechtsentwicklung zu (et interpretandi scientia et actiones apud (nicht penes!) collegium pontificum erant: D. 1, 2. 2. 6). In der Tat beginnt das Eingreifen der rechtſprechenden Beamten, der Prätoren, erſt viel ſpäter (etwa Mitte des 6. Jahrh.). Und von einer Wiſſenſchaft, die durch Schriften belehrte, erfahren wir nichts. Die pontifices haben an ſich mit dem weltlichen Rechte nichts zu ſchaffen. Indes, ihr eigentlicher Berufskreis, das ius sacrum, bietet mannigfache Berührungspunkte mit dem Prozeſſe und dem Privatrechte; der Kalender mit ſeinen dies fasti, Arrogation und Teſtament, Vererbung der sacra privata, loca sacra und religiosa. So iſt es erklärlich, daß auch Kenntnis des weltlichen Rechtes hier gefordert und ausgebildet wurde: unter den bedeutenderen Rechtsgelehrten der ſpäteren Zeit haben viele (Cicero, de or. 3, 134), vor allem die Mucier, dem Kollegium angehört. Hauptſächlich aber ſpricht dafür, daß ein ſolcher ſtändiger Mittelpunkt beſtand, die Art der Rechtsfortbildung. Sie ging nicht langſam, gewohnheitsmäßig vor ſich, ſondern ſie trägt durchaus den Charakter zielbewußter Einwirkung. Ein ſolches Vorgehen entſpricht gerade dem Weſen eines ſtetigen ariſtokratiſchen Kollegiums mit uralter

[1] ⟨Die obige Behauptung von Bruns geht zu weit. Es gab ohne Zweifel Klagformeln, die nicht auf Geſetzesworte zurückgingen. Die Formſtrenge herrſchte im Prozeß gewiß ſchon vor den 12 Tafeln; allerdings aber hat man die auf Grund des Geſetzes gebildeten neuen Klagformeln deſſen Worten, ſoweit irgend möglich, angepaßt.⟩

[2] ⟨Über den Begriff des ius civile und ſeinen Gegenſatz zum eigentlich geſetzlichen Recht vgl. beſonders Ehrlich, Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen I (1902) S. 1—64.⟩

Tradition (commentarii pontificum). Die pontifices sind eine gutachtende Behörde: nach einer dunklen Äußerung des Pomponius scheinen sie in älterer Zeit auch auf Privatanfragen amtliche Antwort erteilt zu haben (ex quibus constituebatur quis quoque anno praeesset privatis: § 6). Damit stimmt die Tätigkeit zur Fortbildung des Rechtes zusammen: sie geschah nicht schon in Büchern und Schriften, sondern rein praktisch im Leben, bei den einzelnen Rechtsverhältnissen selber. Das ist wohl die sogenannte disputatio fori: in Gutachten und Gerichtsreden werden widerstreitende Anschauungen geltend gemacht und begründet, wie etwa bei der von Cicero öfter erwähnten causa Curiana in betreff der substitutio tacita (de or. 2, 39; p. Caec. 18, 53). Daß sich dabei allein die pontifices beteiligten, ist schwer glaublich. Aber sehr erklärlich ist es, daß man sie als die Hauptträger der Rechtskunde ansah. Jedenfalls war ihr Einfluß ein sehr bedeutender. Und da Bücher nicht geschrieben und Edikte nicht aufgestellt wurden, so erschien die Kenntnis der Formeln für Rechtsgeschäfte und Prozesse als Geheimwissenschaft der pontifices; der für den Prozeß so wichtige Kalender war wirklich nur ihnen genau bekannt (ius civile reconditum in penetralibus pontificum: Liv. 9, 46. 5). Hiernach ist die Erzählung von Cn. Flavius nicht unglaubwürdig. Er war der Sohn eines Freigelassenen und Sekretär des Ap. Claudius Caecus (450/304). Nach Pomponius (§ 7) hatte Claudius die „Aktionen", d. h. die Prozeßformeln, zusammengestellt; Flavius stahl sie ihm und veröffentlichte sie in Buchform. Das wird heißen: Claudius bediente sich des Flavius zu der von ihm beabsichtigten Veröffentlichung, um ihn nachher zu verleugnen. In seinem Wesen lag eine derartige Maßregel, durch die er den übermäßigen Einfluß seiner Standesgenossen brach. Man nannte das Buch ius (civile) Flavianum. Daß es mehr als die Klagformeln enthielt, läßt sich aus einer rhetorisch übertreibenden Äußerung des Livius nicht schließen (civile ius repositum in penetralibus pontificum evolgavit: 9, 46. 4). Hiervon verschieden war anscheinend die Veröffentlichung des Prozeßkalenders (dies fasti), den Flavius durch Aushang (als Ädil?) bekannt machte. Wie es Claudius und Flavius gelang, die „Luchsaugen" abzulenken und sich die Kenntnis der Formeln und Gerichtstage zu verschaffen (Cic. p. Mur. 25; Plinius, N. h. 33, 1. 16), darüber brauchen wir uns den Kopf nicht zu zerbrechen.

In einem gewissen Zusammenhange mit dieser Bekanntmachung der „geheimen Wissenschaft" steht es wohl, wenn von Tib. Coruncanius, dem ersten plebejischen pontifex maximus, berichtet wird, daß er primus profiteri cœpit, und daß vor ihm publice professum neminem traditur (Pomponius § 38. 35). Die wie gewöhnlich dunklen Worte wollen anscheinend besagen, daß Coruncanius zuerst bei Erteilung von Gutachten jedem den Zutritt gestattete; jeder konnte also die praktische Handhabung der Rechtssätze kennen lernen. Das war eine Art öffentlichen Unterrichtes in der „Geheimwissenschaft".

§ 19. Das ius gentium[1]. Die Römer haben stets an dem Grundsatze festgehalten, daß das römische Landrecht (ius civile) nur auf den römischen Bürger Anwendung finden könne. Grundsätzlich erscheint ihnen der Fremde in Rom als rechtlos (D. 49, 15. 5). Aber durchgeführt ist dieser Grundsatz praktisch nicht. Das Leben des in Rom sich aufhaltenden Ausländers war schon seit Urzeiten durch die geistliche Satzung, dann durch Strafgesetz geschützt. Denn es ist höchst wahrscheinlich, daß die lex Numae: si qui hominem liberum morte duit, paricidas esto, gerade auf den freien Fremden sich mitbeziehen soll. Dagegen scheint der Fremde Gerichtsschutz ursprünglich nur dadurch erlangt zu haben, daß er sich in die fides eines Bürgers ergab (§ 8) oder begab; dieser trat dann für ihn, später neben ihm vor dem Gerichte auf. Und selbst diese Beschränkung ließ sich den Latinern gegenüber nicht aufrechterhalten. Sie hatten als Stammgenossen dasselbe Recht und auf Grund des alten Bundesvertrages das commercium, d. h. die Fähigkeit, sich an römischen Rechtsgeschäften, die den ihrigen gleich waren, wirksam als Subjekt oder Zeuge zu beteiligen: also Eigentum zu erwerben, Schuldverhältnisse ein-

[1] M. Voigt, Das ius naturale, aequum et bonum u. ius gentium der Römer. 4 Bde. 1856—1875. Mommsen, Staatsrecht III 601 ff.; Krüger, Rechtsquellen § 6.

zugehen, an Sohnes Statt angenommen zu werden, ein Testament zu errichten und daraus zu erben. Schwerlich ist ihnen je das Klagrecht vor dem römischen Gerichte versagt gewesen. Anders steht es dagegen mit den Rom gegenüber selbständigen Staaten, wie Karthago, Massilia, den unteritalischen und griechischen Städten. Hier schloß man vielfach Verträge ab, welche die Formen des Verkehrs bestimmten (Polyb. 3, 22 teilt die Verträge mit Karthago mit); diese werden sowohl über die Gerichte als über das anzuwendende Recht das Erforderliche festgesetzt haben. In Rom war der Gerichtsstand vor dem Prätor, später vor dem praetor peregrinus (seit 513/241). Die Richter waren höchstwahrscheinlich Rekuperatoren (Liv. 43, 2). Ob ein eigenes Verfahren bestand, etwa gar Formularverfahren[1], wissen wir nicht. Auf diesem Boden bildet sich allmählich ein internationales Recht aus, das man später ius gentium nannte; die Anfänge mögen bis Ende des 5. Jahrh. d. St. zurückgehen; aber recht entwickelt hat es sich gewiß erst in den beiden letzten vorchristlichen Jahrhunderten. Die hauptsächlicheren Verhältnisse, die auf das ius gentium von den Juristen der ersten Kaiserzeit zurückgeführt werden, sind: Tradition (D. 41, 1. 9, 3; Vat. 47a); Stipulation und Acceptilation (Gaius 3, 93; D. 46, 4. 8, 4); Darlehen und die anderen Realverträge, Konsensualverträge (einschließlich Mandat und negotiorum gestio? D. 2, 14. 7 pr.). Sehr zweifelhaft ist, ob auch precarium und Bereicherungsklagen hierher gehören (D. 43, 26. 1, 1; 25, 2, 25). Hiernach stellt sich das neue Recht, seinem Ursprunge entsprechend, als Verkehrsrecht dar: es umfaßt wesentlich das Vertrags- und Mobiliarsachenrecht; Familien- und Erbrecht werden gar nicht, Rechtsverhältnisse an unbeweglichen Sachen kaum berührt (Alluvion? D. 41, 1. 7, 1). In diesen Beziehungen bleibt also das römische wie das fremde Landrecht in Geltung. Wie der römische Prätor das Verkehrsrecht mit der römischen Familiengestaltung vermittelte, zeigen die sogenannten actiones adiecticiae qualitatis. — Das ius gentium erscheint als römisches Recht: denn es bildet sich vor dem römischen Gerichtshofe aus; zunächst ist es wohl als Aushilfsrecht zu denken, wo die Verträge mit dem fremden Staate versagen. Aber als durch Begründung des Mittelmeerreiches die Souveränität der Bundesstaaten nur noch eine scheinbare war, wird die Subsidiarität schwerlich mehr Bedeutung gehabt haben. Bezeichnend für die neue Rechtsbildung ist die Formlosigkeit der Rechtsgeschäfte (D. 18, 1. 1, 2).

Man würde irren, wenn man dies „Weltrecht" betrachten wollte als entstanden aus der Herübernahme der Rechtssätze anderer, namentlich griechischer Völkerschaften. Denn einmal wäre doch noch nachzuweisen, daß hier vollständige Formlosigkeit herrschte. Dann aber erfolgt gerade die Aufnahme wirklich griechischer Institute des Verkehrsrechtes in peinlichstem, zum Teil unbeholfenem Anschlusse an bereits vorhandene Gebilde des ius gentium. So wird das faenus nauticum an das Darlehen angelehnt; die lex Rhodia an die Miete; die Hypothek an das pignus und die actio Serviana; mit der Arrha sind die römischen Juristen nie recht fertig geworden. Vielmehr wird das Ganze hervorgegangen sein aus einer Bewegung innerhalb der handeltreibenden italisch-griechischen Bevölkerung der Mittelmeerländer selbst. Deutlich zeigt das die Stipulation: sie ist eigentümlich römisch geblieben, und doch ist der Vertragsschluß durch Frage und Antwort international geworden. Ähnlich ist es mit dem creditum gegangen: denn die condictio aus Zahlung einer Geldsumme ist altrömisch (l. Silia); aber das mutuum ist international (Gaius 3, 132). Der Verkehr hat überall das bestimmte Streben, alle Formen abzustreifen, gerade um international sein zu können; das zeigt unser heutiges Handelsrecht. Die Verträge, welche der römische Staat mit Privaten abschloß, bedurften zur Gültigkeit keiner Form. Das mag in manchen Fällen mit eingewirkt haben, sicher z. B. beim opus locatum. Sonach wird man eine gewohnheitsrechtliche Neugestaltung anzunehmen haben, die auch innerhalb der römischen Bürgerschaft mit vor sich ging (Cic. de off. 3, 69), und die selbstverständlich Zwischenstufen der Entwicklung der einzelnen Rechtsverhältnisse nicht aus-, sondern einschließt. Danach bedurfte es nicht, wie eine

[1] ⟨Für die Möglichkeit des Legisaktionenverfahrens Girard, org. judic. I p. 206 n. 2. 213 ss.⟩

vielvertretene Meinung ist, einer besonderen Aufnahme des ius gentium durch das Edikt des Prätors (§ 28). Es genügte, wenn der Prätor auch für den Verkehr unter römischen Bürgern eine actio (eine Formel) in seinem Album aufstellte, mit welcher das Rechtsgeschäft des ius gentium geltend gemacht werden konnte. In einzelnen Fällen, wie bei Darlehen, war eine neue Formel nicht einmal erforderlich.

Der Ausdruck ius gentium hat noch eine weitere Bedeutung (Gaius 1, 1; D. 1, 1. 1 § 4): er bezeichnet das Recht, quod apud omnes gentes peraeque custoditur, d. h. diejenigen Rechtsverhältnisse, welche bei den bekannten Völkern übereinstimmend geregelt sind: Sklaverei (D. 1, 5, 4 § 1), Beuterecht (D. 41, 1. 5 § 7), Notwehr (Sallust. Iug. 22?), Verbot der Deszendentenehe (D. 23, 2. 68). Mit dieser Beobachtung verband sich allmählich erst die Spekulation, daß, was bei allen Völkern gelte, aus der naturalis ratio hervorgegangen sein müsse und deshalb bei ihnen neben dem ius civile eine Art subsidiärer Geltung habe (D. 41, 1. 3 pr.; Cic. p. Mil. 4, 10). Eine Folge davon war, daß man dann auch umgekehrt sagte, was natürliches Recht sei, müsse bei allen Völkern gelten, wenngleich empirisch die allgemeine Geltung nicht gerade nachgewiesen sei. Man verselbigte daher im allgemeinen die beiden Begriffe ius naturale und ius gentium (Cic. de off. 3, 23, Gaius 3, 154), obwohl man im einzelnen, z. B. bei der Sklaverei, den Unterschied nicht verkannte (Inst. 1, 3 § 2).

IV. Volk und Rat.

§ 20. Die eigentliche souveräne Gewalt ist in Rom während der ganzen Zeit der Republik stets beim Volke gewesen und von ihm unmittelbar in Volksversammlungen, comitia, ausgeübt. Von einer Repräsentativverfassung, ja nur einer Hinneigung dazu findet sich nicht die geringste Spur. Selbst Cicero bei seinen philosophischen Betrachtungen über Staatsverfassung und Gesetzgebung kommt nie auf diesen Gedanken. Doch hätte er bei der Ausdehnung des Bürgerrechts auf ganz Italien nahe genug gelegen. Ein Stimmrecht, zu dessen Ausübung ganze Städte Hunderte von Meilen reisen mußten, war doch in der Tat eine vollständige Ironie des Stimmrechts, eine reine Fiktion. Der nächste Grund der auffallenden Erscheinung lag offenbar in der altrömischen Identität von Stadt und Staat. Die Stadt war es, die die Welt erobert hatte, die Stadt sollte ihre Herrin bleiben. Nur durch die Fiktion des städtischen Bürgerrechts konnten andere Städte an ihrer Herrschaft teilnehmen, und wenn dabei ihr Einfluß faktisch um so geringer wurde, je weiter sie entfernt lagen, so war das den Machthabern in Rom nur um so lieber. Eine Repräsentation hätte die anderen Städte Rom gleichgestellt und damit die ganze Nationaltradition gebrochen. Indessen hätte dieser Umstand gerade ein Streben nach Repräsentation bei den anderen Städten hervorrufen müssen; aber auch davon finden wir nichts. Der tiefere Grund ist daher wohl in der ganzen antiken Anschauung [?] zu suchen, daß der Staat nicht ein idealer Organismus ist, sondern direkt in der Gesamtheit der freien Bürger besteht, daß aber Freiheit unmittelbare Selbstbetätigung ist und daher Stellvertretung in rechtlichen Dingen unzulässig erscheint; war sie doch auch im Privatrechte und Prozesse ausgeschlossen. Die Regierung zu führen war natürlich die Volksversammlung außer stande; sie lag verfassungsmäßig in den Händen der Beamten, tatsächlich des Senates. Aber ihn kann man nicht als eine Volksvertretung ansehen; er ist nur der Ausschuß des herrschenden Amtsadels und der hauptstädtischen Gesellschaft. Denn nach der späteren Übung (§ 23) ermöglicht tatsächlich nur die Bekleidung eines städtischen Ehrenamtes den Eintritt, wenn auch eine große Menge der Senatoren aus den Landstädten stammt: quotus enim quisque nostrum (ex municipiis) non est, fragt Cicero (Phil. 3, 15).

§ 21. Volksversammlungen. Es bestehen zur Zeit der Republik mehrere Formen der Volksversammlung nebeneinander. 1. Die Kuriatkomitien. Sie sind jetzt —

unbestimmt seit welcher Zeit[1] — als Versammlung des gesamten Volks anzusehen, die Plebejer also haben darin Stimmrecht (suffragium). Freilich wird das immer noch von manchen bestritten. Indes, wenn überliefert wird, daß Romulus die Plebejer mit in die Kurien einteilte, daß die Plebs ihre Tribunen ursprünglich in Kurien wählte, so können die Annalisten nicht nur patrizische Kurien vor sich gehabt haben. Dazu kommt, daß 30 Liktoren, also Plebejer, in späterer Zeit die Kurien vertreten, und daß der curio maximus seit 545/209 ein Plebejer sein kann; honor aber setzt immer suffragium voraus. Die Kuriatkomitien haben noch die lex de imperio zu genehmigen, sie haben bei Arrogation und Testament mitzuwirken. So sind sie bedeutungslos geworden, und als eigentliche Träger der Volkshoheit erscheinen 2. die Zenturiatkomitien, das wehrfähige Volk, der sogenannte comitiatus maximus. Sie können nur von den Konsuln nach gehöriger Auspikation abgehalten werden; sie haben die Wahlen der höheren Beamten (Konsuln, Prätoren), die Blutgerichtsbarkeit und das Gesetzgebungsrecht. Ihre Beschlüsse (leges) umfassen auch die „formellen Gesetze" und die Souveränitätsakte (Begnadigung, Ehrenauszeichnungen, Verleihung außerordentlicher Gewalt). Daneben stehen 3. die comitia tributa als sogenannte comitia leviora (Cic. p. Planc. 7) —, seit wann, ist schwer zu sagen. Das sind Versammlungen des ganzen Volks, also auch des Adels, nach Bezirken unter Vorsitz eines patrizischen Beamten (Prätors, Ädilen) nach Auspikationen. Sie haben die kleineren Straffälle, die Wahl der niederen Beamten (Ädilen, Quästoren) und auch Gesetzgebung (lex Quinctia bei Bruns, Fontes I p. 115). Diesen Versammlungen gegenüber galten ursprünglich 4. die Versammlungen der Plebs nach Tribus lediglich als concilia plebis. Sie haben sicher seit der lex Publilia (471/283)[2] die Wahl der Volkstribunen; sie maßten sich eine Blutgerichtsbarkeit auch über die Patrizier an, die ihnen durch die XII Tafeln entzogen wurde; sie konnten für die Plebs bindende Beschlüsse fassen, die nicht maßgebend für die Gemeinde waren. Sie tagten ohne Auspizien unter dem Vorsitze der Tribunen. Im Ständekampfe wurden diese Versammlungen allmählich zu einem allgemeinen Organe der demokratischen Richtung im Staate ausgebildet. Die Plebejer erreichten es, daß die plebei scita den leges gleichgestellt wurden: ut quod tributim plebs iussisset populum teneret. Es werden drei Gesetze angeführt, welche dies bestimmt haben sollen: die lex Valeria von 449/305, die lex Publilia von 415/339 und die lex Hortensia von 467/287. Das Verhältnis dieser Gesetze zueinander ist sehr zweifelhaft[3]: denn natürlich kann man nicht daran denken, daß ein einmal erkämpftes Recht der Plebs in Vergessenheit geriet; das Ergebnis ist sicher. Indessen vermochte die Tributversammlung doch nicht die Alleinherrschaft zu gewinnen und die Zenturiatkomitien ganz zu verdrängen. Vielmehr entstand die sonderbare Erscheinung, daß jahrhundertelang dieselbe Bürgerschaft für ihre Gesetzgebung zwei Arten von Versammlungen hatte, die sich durch ihre mehr aristokratische oder demokratische Ordnung unterschieden. Ihre Kompetenz war für die Gesetzgebung völlig gleich; es hing nur vom Zufall und von den Beamten ab, an welche Komitien ein Gesetz gebracht wurde; die Konsuln brachten sie an die Zenturiatkomitien, die Tribunen an die Tribus, die Prätoren an die Tributkomitien. Daß faktisch die Mehrzahl der gegebenen Gesetze Plebiszite sind, beruht nur darauf, daß die Tribunen bei ihrer agitatorischen Tätigkeit natürlich mehr Veranlassung zu Gesetzesanträgen hatten als die meistens im Kriege beschäftigten Konsuln. Die Tribunen benutzten ihre Herrschaft über die Plebs noch nach einer anderen Richtung in demokratischem Sinne gegen die Beamten und die höheren Stände. Sie haben die Befugnis, Geldstrafen anzudrohen (multae dictio). Solche Bußen werden gegen gewesene Beamte und hochgestellte Private (publicani: Liv. 25, 3. 10) verhängt wegen verschiedenartiger einzelner Vergehungen (Rechtsbeugung, Feigheit vorm Feinde, Kriegserklärung ohne Vollmacht). Von dieser Strafe wird regelmäßig Berufung an die Tribus eingelegt,

---

[1] ⟨S. oben S. 90 N. 1.⟩
[2] ⟨S. oben S. 94 N. 1.⟩
[3] ⟨Als sicher darf aber angesehen werden, daß die völlige Gleichstellung der Plebiszite mit den leges erst durch die lex Hortensia erfolgt sein kann.⟩

und das Verfahren gestaltet sich nunmehr ganz von selbst als Ablegung der Rechenschaft in betreff der Amtsverwaltung.

§ 22. Umgestaltung der Tribus und Zenturien. Beide Komitien sind nichts weniger als demokratische Versammlungen. Ursprünglich umfassen beide nur die Ansässigen; die letzte Zenturie der capite censi kommt tatsächlich nicht in Betracht. Allerdings aber sind die Zenturien äußerlich aristokratischer, weil die großen Grundbesitzer unverhältnismäßig mehr Stimmen haben als die kleinen. Dafür stimmen in den Tribus die Nachbarn zusammen. Das Prinzip der absoluten Demokratie, daß schlechthin die Mehrzahl aller Bürger entscheidet, wie in Athen und heutzutage in der Schweiz und bei den modern französischen sogenannten Plebisziten, galt in den Tributkomitien und bei den römischen Plebisziten nicht. Die Abstimmung nach Tribus konnte, wie jede Abstimmung nach Abteilungen, leicht dahin führen, daß die Mehrheit der Tribusstimmen keineswegs der Mehrzahl sämtlicher Einzelstimmen entsprach.

Mit der Ausdehnung des Bürgergebietes (ager Romanus) wird die Zahl der Tribus allmählich vermehrt in der Weise, daß das Gebiet der neuen Gemeinde das Stück einer Tribus bildete. Das scheint aber auch auf die persönliche Zugehörigkeit der Neubürger zu den Tribus eingewirkt zu haben: sie wurden alle in die Tribus ihrer Heimatsgemeinde eingeschrieben, z. B. sämtliche ansässige Arpinaten in die Cornelia, auch wenn ihr Grundbesitz in einem anderen Bezirke lag. Für möglichst gleichmäßige Verteilung der Bürger in die Tribus hatten die Zensoren zu sorgen. So wuchs die Zahl der Tribus bis zum Jahr 513/241 allmählich auf 35, die vier alten städtischen und 31 Landtribus. Später wurden keine neuen Tribus mehr gebildet, sondern die neuen Bürger in die alten verteilt. [Diese Schließung der Zahl hat ohne Zweifel politische Gründe. Außer der Verbindung der Tribus und der Zenturien bei der Reform der Servianischen Verfassung mag dabei die Erwägung mitgewirkt haben], daß sonst die entfernten Tribus leicht nur durch wenig anwesende Bürger hätten vertreten werden und möglicherweise ein Übergewicht hätten erlangen können. Selbst als nach dem Bundesgenossenkriege durch die leges Iulia (664/90 und Plautia (665/89) die ganze Fülle der Italiker zum Bürgerrechte gelangte, hat sich dies Verhältnis nicht geändert. Vielleicht wollte die lex Iulia neue Tribus bilden, nach der lex Plautia sind die Neubürger in acht Landtribus eingeschrieben. Aber dabei ist es nicht geblieben, wie manche annehmen; sondern durch Cinna und Sulpicius sind die Italiker auf alle Landtribus verteilt und die Grundstücke allen zugeschrieben worden; nunmehr gilt ager Romanus und solum Italicum gleich. Indes, die so geschaffenen Neubürgergemeinden gehen nicht mehr, wie die alten conciliabula (§ 14), verwaltungsmäßig in der Stadt Rom auf. In der Tat hatten sie als Bundesstädte volle Selbstverwaltung gehabt; sie wurde ihnen nicht genommen, sondern umgekehrt sogar, wie es scheint, den bisherigen Präfekturen städtische Verfassung gewährt (lex Iul. mun. v. 84 p. 109 Br.). Andrerseits aber wird immer noch an dem Gedanken festgehalten, daß das römische Bürgerrecht stadtrömische Gemeindeangehörigkeit sei. So ergibt sich, daß jeder Bürger einer Landstadt als solcher auch Stadtbürger von Rom ist; er hat demnach eine zwiefache Heimat, die origo in Rom, der communis patria, und die domus in seiner Ortsgemeinde (D. 50, 1. 33; 48, 22. 18).

Weit früher war schon eine Umgestaltung der Tribus eingetreten. Ap. Claudius nahm in seiner Zensur (442/312) auch auf Grund beweglichen Vermögens die Bürger in die Tribus und damit in die wehrpflichtigen Zenturien auf; das Gesamtvermögen soll also für die Steuer maßgebend sein; möglich, daß Claudius nur die Folgerung aus diesem schon anerkannten Satze zog. Der Erfolg dieser Maßregel war humilibus per omnes tribus divisis et forum et campum corrupit (Liv. 9, 46): die Demokratisierung der Tribus, namentlich durch das Eindringen der Freigelassenen, und damit auch der Zenturien. Der Schritt wird durch Q. Fabius Maximus Rullianus halb zurückgetan (450/304): er schrieb die sämtlichen nicht ansässigen Bürger in die städtischen Tribus ein. Immerhin ist es bei der Willkür der Zensoren möglich, daß auch einzelne Nichtgrundbesitzer in die ländlichen Tribus übernommen wurden. Dagegen ist das Stimmrecht

der Freigelassenen später noch mehr beschränkt: trotz mancher Schwankungen ist es schließlich dabei geblieben, daß alle, auch die ansässigen Libertinen, in den städtischen Tribus standen. Grundsätzlich aber ist hiernach spätestens seit Claudius anerkannt, daß jeder freigeborene Bürger einer Tribus angehört; das wird auch auf die capite censi ausgedehnt. So ist die Tribus Bestandteil des Namens (S. Sulpicius Lem[onia] Rufus) und, von besonderen Fällen abgesehen, im Mannesstamme erblich. Die Neubürger haben die Tribus ihres Heimatsortes: allem Anscheine nach auch die Nichtansässigen[1].

Anderseits wurden auch die Zenturiatkomitien in demokratischer Richtung reformiert (Dionys. 4, 21). [Die Nachrichten über diese Verfassungsveränderung sind so dürftig (Liv. 1, 43. 12; Appian. b. c. 1, 59), daß man fast ganz auf Vermutungen über ihr Wesen und ihre Tragweite angewiesen ist. Sicher bezeugt ist nur: 1. daß die 18 Ritterzenturien davon unberührt blieben; 2. daß die alten Klassen und die Zenturien der seniores und iuniores auch nach der Reform weiterbestanden; 3. daß eine Verbindung der Tribus und der Zenturien stattfand. Die Frage ist aber, in welcher Weise diese letztere vor sich ging. Vielleicht in folgender Art:] Die alten Zenturienzahlen wurden aufgehoben und jeder Klasse eine gleiche Zenturienzahl (70?) gegeben, das Klassensystem aber mit den Tribus verbunden. In jeder Tribus wurden die fünf Klassen besonders unterschieden, jede mit zwei Zenturien, seniorum und iuniorum. Das Prinzip war nun einfach, daß die reicheren und die älteren trotz ihrer geringeren Kopfzahl doch gleiche Zenturienzahl mit den ärmeren und jüngeren haben sollten. Doch wurde dies wieder dadurch modifiziert, daß auch die Abstimmung nach Tribus auf die Zenturiatkomitien übertragen wurde; die Mehrzahl der Tribus entschied auch hier; der Unterschied von den Tributkomitien war nur, daß innerhalb der einzelnen Tribus dort nach Köpfen, hier nach Zenturien abgestimmt wurde. Die Zeit dieser Reform ist streitig, jedoch höchstwahrscheinlich das sechste Jahrhundert[2].

§ 23. Der Senat[3] setzt sich aus Patriziern und Plebejern zusammen. Ursprünglich wählten sich die Konsuln ihre Vertrauensmänner nach Belieben; später, nach einer l. Ovinia (c. 442/312), werden die Zensoren mit „Lesung des Rates" (lectio senatus) betraut; sie dürfen keinen Senator willkürlich ausschließen. Es wird üblich, alle gewesenen patrizischen Beamten, zuletzt auch Quästoren und Tribunen in den Senat zu nehmen. Mit der Vermehrung der Amtsstellen bleibt kein Raum mehr für andere. So wird der Senat von den Konsuln unabhängig und als ständige Körperschaft ihnen überlegen. Die Senatoren, obwohl sie keinen Zensus haben, sind als Großgrundbesitzer gedacht; Gewerbe und Handel zu treiben (große Lastschiffe zu halten), sich an Staatspachtungen zu beteiligen, sogar Geld auf Zinsen auszuleihen, ist ihnen gesetzlich untersagt oder erscheint für sie als unanständig. Damit treten sie in Gegensatz zu den Rittern, den höchstbesteuerten Freigeborenen, die gerade als Publikanen und Kaufleute lebten. Der Unterschied wird auch äußerlich fühlbar, als (durch C. Gracchus?) der Satz sich feststellte, daß das Ritterpferd beim Eintritte in den Senat abgegeben werden mußte.

Die beiden Funktionen des Senats sind Wahrung des Landrechts und Beratung

---

[1] Grotefend, Imperium Romanorum tributim descriptum. 1863. Kubitschek, De Romanarum tribuum origine ac propagatione. 1882 (Abhandlungen d. archäol. epigr. Seminars in Wien. III) und Imperium R. tributim descriptum. 1889.

[2] Plüß, Die Entwicklung der Zenturienverfassung. 1870. Mommsen, Staatsrecht III 270ff. [Die obige Darstellung ist in betreff des Stimmenverhältnisses anfechtbar. Allerdings ist es wahrscheinlich, daß jede Klasse 70 Zenturien umfaßt, jede Tribus also zwei von jeder Klasse, und daß dazu vier Zenturien Handwerker und eine accensi velati treten. Indes: geht man, wie oben geschehen ist, davon aus, daß Cicero (de rep. 2, 39) richtig gerechnet hat, so bezeugt er ausdrücklich, daß auch in der neuen Ordnung nur 193 Stimmzenturien sich fanden. Wie die 100 Stimmen (außer 70 der ersten Klasse, 18 der Ritter, 5 der Handwerker und velati) sich auf die 4 Klassen verteilten, ist ganz unsicher. „Demokratisch" war die Verminderung der Stimmen der ersten und die Erhöhung der Stimmen der zweiten bis fünften Klasse um je 10, so daß, wie Cicero sagt, die erste Klasse mit den Rittern nicht mehr allein den Ausschlag gab.]

[3] Willems, Le sénat de la république Romaine. 2 Bde. 1878. 83 (u. Nachtrag).

der Konsuln. Die erstere hat jetzt nur der Patrizierſenat (patres); ihm liegt auch die Bestellung des interrex ob. Diese wird bedeutungslos, als die Beamten vorher gewählt (designare) werden. Das Recht der Bestätigung der Volksschlüsse und Wahlen (patrum auctoritas) bezieht sich nicht auf Plebiszite. Seit den leges Publilia (415/339) und Maenia (467/287) muß sie vor dem entscheidenden Akte erteilt werden. — Der Gesamtsenat ist formell consilium consulum; er tritt nur auf ihre Aufforderung zusammen, und seine Beschlüsse erscheinen als Gutachten (senatus consulta). Sie erstrecken sich über die sakralen, auswärtigen und finanziellen Angelegenheiten, die Vorberatung der Gesetze und die Einrichtung der Provinzen (lex provinciae). Eine eigentlich gesetzgebende Gewalt hat der Senat nicht; nur das Recht, für den Einzelfall vom Gesetze zu entbinden (Dispensationsrecht), hat er allmählich erlangt. Die Senatsschlüsse werden nicht von Amts wegen aufgeschrieben. Der Antragsteller sorgt für die Aufzeichnung unter Zuziehung anderer Senatoren (qui scribendo adfuerunt). Der Beschluß ist aber nur gültig, wenn er dem Ärar übergeben (deferre) und dort nach Prüfung seiner Echtheit durch den Quästor (Plutarch. Cato min. 17) in das Buch eingetragen (abgeschrieben?) worden ist (in tabulas publicas referre).

V. Gesetzgebung.

§ 24. Die äußeren Formen der Gesetzgebung waren folgende. Die Initiative zu den Gesetzen war rechtlich ausschließlich bei den Beamten; tatsächlich konnte allerdings auch der Senat die Beamten, wenigstens die Konsuln und die Prätoren, dazu veranlassen. Den Gesetzentwurf mußte stets der Beamte selbst abfassen oder durch andere abfassen lassen. Faktische Regel war dann, daß der Entwurf im Senate zur Vorberatung eingebracht wurde; rechtlich nötig war es nicht, und keinesfalls konnte die Mißbilligung des Senats die Volksabstimmung hindern oder ungültig machen. Der fertige Entwurf wird durch Edikt bekannt gemacht und zugleich der Tag für die Abstimmung festgesetzt (promulgare, proponere); dieser Tag muß mindestens ein trinundinum (drei Wochen, 24 Tage) hinausgeschoben sein (l. Caecilia Didia 656/98). Der Entwurf hängt öffentlich aus; er kann zwar zurückgenommen (Ascon. in Corn. p. 58), aber nicht abgeändert werden. In dieser Zeit wird der Entwurf in formlosen Vorversammlungen des Volkes (contio) beraten (suadere und dissuadere). Hier führt der antragstellende Beamte den Vorsitz: er spricht; es durfte aber auch jedermann [dem der vorsitzende Beamte das Wort verstattete (z. B. Liv. 42, 37),] Reden für oder wider das Gesetz halten. In der eigentlichen Komitialversammlung war dann bei der Abstimmung nur einfache Annahme (uti rogas) oder Verwerfung (antiquo) des ganzen Gesetzes möglich, Abänderungsvorschläge waren nicht zulässig. Beide Versammlungen können sich unmittelbar aneinanderschließen. Mit der Verkündung des Abstimmungsergebnisses trat das Gesetz sofort in Kraft, wo es nicht selbst einen späteren Zeitpunkt bestimmte (vacatio legis); einer öffentlichen Bekanntmachung bedurfte es nicht. Doch wurde das Gesetz meist auf Erztafeln (die beziffert werden) geschrieben und eine Zeitlang öffentlich ausgestellt. Eine Abschrift wurde im aerarium aufbewahrt. Das Gesetz wird nach dem Geschlechtsnamen des einen Antragstellers oder der mehreren benannt. Denn die lex beginnt stets mit einer über alle Tafeln weggeschriebenen Einleitung (praescriptio, index); sie gibt an: die Namen der Rogatoren, Ort und Monatstag der entscheidenden Volksversammlung, den Namen der zuerst stimmenden Zenturie oder Tribus und des zuerst in der Abteilung Stimmenden. Dann folgen die einzelnen Satzungen im befehlenden Imperativ oder Konjunktiv, bei längeren Gesetzen in einzelne Kapitel (wohl auch mit Überschriften) gesondert. Am Schlusse die sogenannte sanctio legis (D. 48, 19. 14), Anordnungen gegen Zuwiderhandlungen: Strafen, Ungültigerklärung gegen das Gesetz verstoßender Rechtsakte. Dazu können noch Bestimmungen zum Schutze gegen Aufhebung treten, z. B. alle Beamten sollen die lex beschwören. Die Sprache war in der früheren Zeit kurz und gedrängt, später pedantisch vorsichtig, langstielig und schwerfällig.

§ 25. Die Gesetzgebung. Die gesetzgeberische Tätigkeit der Komitien war eine sehr lebendige, doch hatte sie wesentlich einen politischen Charakter: der größte Teil der Gesetze betrifft das öffentliche Recht. Das Privatrecht und seine Weiterbildung überließ man im allgemeinen den Prätoren und der Gewohnheit. Doch läßt sich das Privatrecht von den öffentlichen Verhältnissen nicht loslösen. Es sind auch Privatrechtsgesetze in republikanischer Zeit gegeben, bei denen mindestens teilweise selbst für uns noch die politischen oder sozialen Beweggründe erkennbar sind. Abgesehen von den verfassungsrechtlichen Gesetzen gehören hierher I. die das Straf- und Zivilverfahren betreffenden. Unmittelbar mit den politischen Kämpfen der Demokratie gegen die Nobilität hängen die zahlreichen leges iudiciariae zusammen. Es handelt sich um die Besetzung der Geschworenenstellen in beiden Prozessen. Für das Zivilverfahren ist diese von geringerer Bedeutung, denn hier wird der Richter meist durch Vereinbarung der Parteien gewählt, und für die Zentum- und Dezemvirn gelten besondere Bestimmungen. Der Kampf dreht sich um die Geschworenen in den neuen quaestiones perpetuae. Ursprünglich sollte nur der Senator Geschworener sein. C. Gracchus gab die Gerichte an die Ritter. Seitdem ist das ausschließende Recht des ersten Standes beseitigt und der Kampf dauernd: „bicipitem civitatem fecit" sagt Varro (Non. p. 454). Die Umgestaltung der Volksgerichte hatte schon vor der Gracchenzeit begonnen; vor allem aber erst durch Sulla, Pompejus, Cäsar und Augustus wird die Komitialjustiz in Kapitalsachen allmählich ganz aufgehoben und durch ständige Schwurgerichte (sogenannte quaestiones perpetuae) ersetzt. [Die mit zahlreichen Geschworenen (100, 80, 75, 70) besetzten Bänke entschieden unter dem Vorsitze von Prätoren, die zu diesem Zwecke jährlich gewählt wurden (pr. repetundis, inter sicarios, maiestatis u. s. w.). Das Verfahren ist dem Zivilprozesse nachgebildet und Akkusationsprozeß mit Privatankläger. Aber der Prätor instruiert die Sache nicht bloß, sondern führt sie bis zu Ende; die Geschworenen erscheinen als sein consilium, an dessen Mehrheitsbeschluß er rechtlich gebunden ist.] Die Umwandlung vollzog sich nicht durch eine allgemeine Prozeßordnung, sondern durch einzelne Gesetze, welche zugleich den Tatbestand der Verbrechen feststellten und das bei ihrer Aburteilung einzuhaltende Verfahren vorschrieben. In den Zivilprozeß haben neue Gesetze tief eingegriffen, wesentlich um das formalistische Verfahren abzukürzen und biegsam zu machen. Zunächst führen 1. die leges Silia und Calpurnia (aus ungewisser Zeit) die legis actio per condictionem ein. Sie bezog sich auf Forderungen von certa (credita) pecunia und certa res. Dann folgt 2. die vielbestrittene lex Aebutia, wahrscheinlich aus dem letzten Jahrhundert des Republik. Das Richtige trifft wohl die Annahme, daß sie ein neues Verfahren per formulam zur Auswahl neben die Legisaktionen stellte: das Gesetz bezog sich nur auf die in Rom vor dem unus iudex von römischen Bürgern verhandelten Sachen (iudicia legitima). Der Kläger konnte sich nach formloser Verhandlung vor dem Prätor eine schriftliche Anweisung für den Richter erbitten[1]. Dadurch wurden die Legisaktionen allmählich unbequem und die leges Iuliae iudiciariae des Augustus konnten sie aufheben (Gaius 4, 30; Gellius 16, 10). II. Volkswirtschaftliche Gesetze der verschiedensten Art durchziehen die ganze republikanische Periode. Einmal sind dies die zahlreichen leges agrariae, „formelle Gesetze", die unentgeltliche Ackeranweisungen an Bürger verfügen, um neue Bauernstellen zu schaffen (vor allem lex Flaminia 522/232). Im Zusammenhange damit stehen ferner die (l. Licinia Sextia 387/367)[2] und die l. Sempronia, welche die Okkupation des Gemeindelandes durch die Reichen beschränken. Endlich soll der Ausbeutung der Notlage der unteren Klassen durch die Wuchergesetze gesteuert werden (XII Tafeln; l. Duilia Maenia 397/357, l. Genucia 412/342). Zugleich wird auch eine Milderung des Schuldrechts und der Zwangsvollstreckung angebahnt

[1] Wlassak, Röm. Prozeßgesetze. 1. Bd. 1888. Eisele, Abhandlungen (1889) II.

[2] ⟨Die von Livius auf Licinius und Sextius zurückgeführte Ackergesetzgebung wird von Riese, Hermes XXIII S. 410 ff., aus guten Gründen in sehr viel spätere Zeit gesetzt. Nicht widerlegt durch Soltau, Hermes XXX S. 624 ff. In dem Kleinstaat von 367 v. Chr., dessen Gebiet auf etwa 56 Quadratmeilen geschätzt wird (Beloch, Der ital. Bund S. 70), kann es Gemeinland, das der Okkupation freistand, kaum gegeben haben.⟩

(l. Poetelia). III. In anderer Beziehung zeigt sich eine gewisse wohlwollende, zum Teil altväterische Fürsorge für die einzelnen Bürger: die hierhergehörigen Gesetze sind sämtlich aus der Zeit nach dem zweiten punischen Kriege. 1. Die Aufwandgesetze (lex Oppia 539/215, lex Orchia 573/181, lex Fannia 593/161) gegen Schmuck- und Tafelluxus sind unwirksam geblieben; sie sind nur insofern von Bedeutung, als sie zeigen, wie die Römer versuchten, den üblen Folgen des zunehmenden Reichtums und der Verfeinerung entgegenzutreten. Nachhaltiger sind die Verbote des Glücksspiels gewesen: der Spielverlust kann noch im klassischen Rechte zurückgefordert werden (lex Titia, Publilia, Cornelia, nach 554/200 erlassen, wie Plaut. mil. 164 sq. (2, 2. 9) ergibt; D. 11, 5. 3). 2. Der kaufmännische Geist weiser Sparsamkeit zeigt sich in den Gesetzen über Schenkungen und Vermächtnisse und die Bürgschaftspflicht. Denn in Rom schenkt keiner keinem was, sagt Polybios (32, 12. 9). Die lex Cincia (549/205), Furia (c. 580/174) und Voconia (585/169) schränken Schenkungen und Vermächtnisse ein; die Cincia hat daneben noch den politischen Zweck, die Klienten nicht von ihrem Patrone abhängig werden zu lassen (Tacit. ann. 11, 5; 13, 42; 14, 20); die lex Voconia verkürzt zugleich den herrschsüchtigen Frauen die Geldmittel, indem sie ihnen das testamentarische Erbrecht entzieht. Die lex Falcidia (714/40) hat einen ganz anderen Charakter. Die leges Appuleia, Publilia, Furia, Pompeia, Cicereia (Gaius 3, 121 ff.) erleichtern in verschiedener Weise die Verpflichtung aus der Bürgschaft, während dabei die schärfste Rückgriffsklage (a. depensi) des zahlenden Bürgen gegen den Hauptschuldner beibehalten wird (Gaius 4, 22). Die Gesetze gehören in diese Zeit, denn das älteste setzt Provinzen voraus (Gaius 4, 25). 3. In das eigentliche Familienrecht hat die Gesetzgebung bis auf Augusts Ehe- und Kindergesetz (lex Iulia et Papia Poppaea) nicht eingegriffen; denn eine lex Maenia de dote hat es nie gegeben. Aber das Vormundschaftswesen wird stark von der Familie abgelöst: der Prätor erhält das Recht, dem Unmündigen einen tutor zu bestellen und ihn zu überwachen (l. Atilia, l. Iulia et Titia: unbestimmbar). Die Fürsorge ist durch die l. Plaetoria (c. 554/200) auch auf die Minderjährigen ausgedehnt. 4. Andere Privatrechtsgesetze haben, soweit man erkennen kann, keinen solchen Hintergrund: die l. Aquilia (467/287?) wegen Sachbeschädigung, die l. Scribonia, die die Servitutenersitzung aufhebt, die l. Atinia, die l. Iulia et Plautia, die die Ersitzung der res furtivae und vi possessae untersagen. Bei damnum iniuria datum hätte der Prätor so gut helfen können wie bei iniuria und Raub; die Gesetze fallen wohl vor seine Reformtätigkeit durch das Edikt. Faßt man alle diese leges zusammen, so darf man nicht sagen, daß die Gesetzgebung für das Privatrecht untätig gewesen sei, besonders wenn man die gewaltige Triebkraft der XII Tafeln hinzunimmt. Allerdings aber bleibt die sozusagen juristische Ausgestaltung des Landrechtes der Gewohnheit und dem Prätor vorbehalten: namentlich die Abschleifung des Formalismus und die Lockerung des Hausverbandes (bonorum possessio cognatorum und contra tabulas)[1].

§ 26. Überbleibsel. Auf uns gekommen sind von den Gesetzen der Republik meistens nur der Name und längere oder kürzere Angaben des Inhalts bei den Schriftstellern, juristischen und nichtjuristischen. Den Wortlaut haben wir ganz vollständig nur von einem einzigen Gesetze[2]; häufiger sind Zitate einzelner Sätze oder Worte. Aber nur von wenigen Gesetzen des siebenten und achten Jahrhunderts sind einzelne alte Tafeln oder Bruchstücke von Tafeln der allgemeinen Zerstörung entgangen und wieder aufgefunden. Die wichtigsten sind 1. elf Stücke von einer Tafel, auf deren einer Seite eine lex repetundarum (wahrscheinlich die Acilia 631/123), auf der anderen eine lex agraria stand (beide aus gracchischer Zeit); 2. die 8. Tafel der lex Cornelia de viginti quaestoribus (etwa 673/81); 3. die 4. Tafel der lex Rubria de Gallia Cisalpina (zwischen 705/49 und

[1] (In der Zulassung der bloßen Kognaten zur bonorum possessio lag keine Lockerung des Hausverbands, da sie ja immer den legitimi nachstanden; die b. p. contra tabulas aber gehört erst der Kaiserzeit an.)

[2] Lex Quinctia de aquaeductibus vom J. 9 v. Chr. Bruns, Fontes I p. 115.

712/42) [wozu auch höchstwahrscheinlich drei zusammenhängende Bruchstücke einer zweiten Tafel gehören, die 1880 zu Este gefunden sind]; 4. eine Tafel von Cäsars Städteordnung, der lex Iulia municipalis [und 5. vier Tafeln des Stadtrechts von Urso (Osuna in Spanien), wohin 710/44 auf Cäsars Befehl eine Bürgerkolonie geführt wurde, daher lex Coloniae Genetivae Iuliae][1].

VI. Die Prätur und die Beamtenedikte.

§ 27. Rechtsstellung des Prätors. Es ist schon oben bemerkt, daß die Volksgesetzgebung sich mit dem Privatrechte wenig befaßt habe, dessen Weiterbildung vielmehr der Gewohnheit und der Fürsorge der Beamten, namentlich der Prätoren, überlassen blieb. Diese prätorische Rechtsbildung ist etwas höchst Eigentümliches, ohne alles Seitenstück bei anderen Völkern, aber einer der Grundpfeiler der Größe des römischen Rechts. Zu ihrem Verständnisse muß man von der allgemeinen Einrichtung der damaligen römischen Rechtspflege und der Stellung des Prätors in derselben ausgehen.

Die Rechtspflege im römischen Bürgerstaate war von der heutigen wesentlich verschieden. Es gab nicht mehrere Gerichte nebeneinander mit abgegrenztem Sprengel (die praefecti iure dicundo sind Vertreter des Prätors in weiter entfernten Ortschaften), und es bestand kein geordneter Instanzenzug. Man hatte, abgesehen von der beschränkten Marktgerichtsbarkeit der kuruliſchen Ädilen, überhaupt nur einen Justizbeamten, den Prätor, mit seinen Gehilfen, den Geschworenen. Dieser Prätor hatte aber eine Stellung, wie sie in unserer Gerichtsverfassung gar keine Analogie findet. Er hatte einerseits eine Macht wie bei uns kein Justizminister, denn er war collega consulum und hatte wie diese das volle imperium. Andererseits hatte er weniger Gewalt als ein heutiger Amtsrichter; denn er mußte zwar jede, auch die kleinste, Sache annehmen und instruieren (D. 4, 3. 9, 5 sq.), durfte sie aber nicht selber entscheiden, sondern mußte sie an den Geschworenen überweisen, gegen dessen Spruch keine Berufung zulässig war.

Auf diesem Boden erwuchs das prätorische Recht. Der Prätor war zwar an sich bei der Rechtspflege auf die Einhaltung und Ausführung der Gesetze verpflichtet und beeidigt. Allein daneben war er auf Grund seines Imperiums im stande, jede Maßregel und Verfügung anzuordnen und durchzusetzen, die ihm passend erschien, sofern er nur nicht durch eine Interzession eines andern gleich oder höher stehenden Beamten, namentlich eines Tribunen, daran verhindert wurde. Eine Anklage beim Volke war zwar auch möglich, aber doch immer erst nach Beendigung seines Amtes. Seit welcher Zeit etwa das Eingreifen des Prätors beginnt, ist ungewiß. Daß die Lustspiele des Plautus keinen Hinweis auf die rechtsumgestaltende Tätigkeit des Prätors neben zahlreichen auf die richtende und befehlende enthalten, wird man nicht als ausschlaggebend ansehen können. In den Jahrhunderten nach den XII Tafeln, in der Zeit des Kampfes der beiden Stände, wo man eifersüchtig am Buchstaben des Gesetzes festhielt und die strengen Formeln der Legisaktionen jeden Eingriff fast unmöglich machten, konnten die Prätoren zwar nicht leicht bedeutende Neuerungen einführen. Indessen ist der Begriff der Ausführung der Gesetze doch immer ein ziemlich dehnbarer, namentlich bei Gesetzen von solcher Unvollständigkeit, wie zum Teil die XII Tafeln waren. Gewisse Anfänge der prätorischen Rechtsbildung mögen daher schon in frühe Zeit fallen. So treten Interdikte (?) und stipulationes praetoriae schon bei Plautus auf; sie haben das Gepräge der ältesten prätorischen Rechtsbildung: Nötigung durch das imperium und mittelbaren Zwang. Aber jedenfalls gewöhnte man sich erst später (ob schon im sechsten Jahrh. d. St.?) allmählich an eine freiere Auffassung der prätorischen Tätigkeit. Die große Veränderung der Lebensverhält-

[1] Eine vollständige Zusammenstellung aller dem Wortlaute nach auf uns gekommenen Bruchstücke der Gesetze und der wichtigsten Senatsschlüsse aus der Zeit der Republik s. bei Bruns, Fontes I p. 45—182. (Hinzuzufügen ist das 1894 aufgefundene Fragment der 9. Tafel der lex municipalis Tarentina (monum. antichi VI); das Gesetz ist bald nach dem Bundesgenossenkriege erlassen.)

nisse durch die Vermehrung des Verkehrs und die Ausdehnung des Staates, sowie das Aufkommen der Ideen des ius gentium ließen die alten Gesetze allmählich als unzureichend, die „Strenge und Rauhheit" der Form und des Buchstabens als unerträglich erscheinen. Fortwährende Gesetzgebung über alle die zerstreuten einzelnen und kleinen Fragen der täglichen Rechtspflege war gar nicht möglich. Viel passender erschien es daher, alles dieses der freieren Anordnung der Prätoren zu überlassen. Gegen Willkür und Mißbrauch hatte man in dem ganzen öffentlichen Leben, den Geschworenen, der Interzession, der kurzen Amtsdauer und der Anklage nach dem Amtsjahre ausreichenden Schutz. Den entscheidenden Wendepunkt aber bildet jedenfalls die lex Aebutia (§ 25), deren Zeitalter wir freilich nicht bestimmen können[1]. Sie ermächtigt den Prätor, auf Antrag der Parteien statt der legis actio eine mit den Prozeßführenden vereinbarte schriftliche Anweisung (formula) zu erteilen; darin wird der Geschworene ernannt, der Tatbestand des Rechtsstreites festgestellt und dem Richter vorgeschrieben, nach Anleitung dieser Formel zu verurteilen oder abzuweisen (si paret condemna; s. n. p. absolve). Von da an[2] entfaltet sich die rechtsbildende Tätigkeit der Prätoren mit größerer Freiheit. Sie greifen nun allmählich auch in das materielle Recht selber ein, und zwar ohne die Grenze der alten Gesetze genau einzuhalten. Wo das praktische Bedürfnis des Lebens, die veränderten Verhältnisse, die freieren Rechtsanschauungen es fordern oder es als passend und volkstümlich erscheinen lassen, schreiten sie mit neuen Anordnungen und Verfügungen ein. Sie stellen neue Klagerechte auf, lassen Einreden zu, erteilen Restitutionen, ordnen die Erbverhältnisse u. s. w. Das neue Formularverfahren gilt bloß für den unus iudex und die Rekuperatoren, nicht für Zentumviral- und Dezemviralprozesse. Man hat mit Grund vermutet (Krüger), daß damit die eigentümliche Behandlung der Freiheits- und Freilassungssachen zusammenhänge. Denn in der legis actio konnte der Prätor nicht mit Anweisungen die Richter leiten. So hebt die bonorum possessio contra tabulas die testamentarische Freilassung nicht auf (D. 37, 5. 8, 3); die erzwungene Freilassung ist nichtig (D. 40, 9. 9 pr., 17); dem, der sich in gewinnsüchtiger Absicht hat als Sklaven verkaufen lassen, wird die assertio in libertatem versagt (D. 40, 13. 1 pr., 3): es gibt eben keine rescissio libertatis.

Die formale Rechtsgrundlage für diese ganze Tätigkeit der Prätoren bildet ihr Imperium. Zugleich ist ihr aber dadurch die Schranke gezogen. Die Prätoren hatten keine Gesetzgebungs-, sondern nur Amtsgewalt. Sie konnten daher keinen Satz der Gesetze und darum auch kein einzelnes gesetzliches Recht eigentlich und direkt aufheben und ebensowenig eine neue Bestimmung mit formell gesetzlicher Kraft einführen; beides konnte nur das Volk. Wohl aber konnten sie gesetzlichen Rechten, wenn sie unbillig erschienen, indirekt durch Gewährung von Exzeptionen, Restitutionen u. dergl. den rechtlichen Schutz entziehen und umgekehrt gesetzlich nicht berechtigte Verhältnisse faktisch so behandeln und schützen, wie wenn sie gesetzlich wären. So z. B. konnten sie niemanden zum heres oder dominus machen, der es dem Gesetze nach nicht war, wohl aber konnten sie einem solchen den Besitz der Erbschaft oder Sache zusprechen und ihn wie einen heres oder dominus darin schützen und ebenso umgekehrt. Der Unterschied scheint allerdings formalistisch. Indessen ist im Rechte die Form immer von großer Bedeutung; und außerdem knüpften sich daran von selbst auch allerlei materielle praktische Verschiedenheiten, z. B. im Erwerbe, in den Wirkungen, der Verjährung u. a. So entstand ein höchst eigenartiger Gegensatz von zivilem und prätorischem Rechte, der sich durch das ganze Rechtssystem hindurchzog und eine Menge von eigentümlichen Verwicklungen und Schwierigkeiten mit sich führte. Man unterschied ziviles und prätorisches Eigentum, Obligation, Klage, Erbrecht u. s. w. Im allgemeinen vertritt dabei das Zivilrecht das

---

[1] ⟨In die Zeit zwischen 149 und 126 v. Chr. setzt sie Girard, Ztschr. f. R.G. XXVII (rom. Abt.) S. 11 ff.⟩

[2] ⟨Die lex Aebutia hat das Formularverfahren zu einer gesetzlichen Prozeßform gemacht; höchstwahrscheinlich hat aber der Prätor, zumal der Peregrinenprätor, auch schon vorher kraft seines imperium Formeln erteilt. Vgl. Wlassak, Röm. Prozeßgesetze I S. 75, 159 ff., II S. 301 ff.⟩

Prinzip des formellen und strengen Rechts (ius strictum), das prätorische das der Billigkeit (ius aequum), des natürlichen Rechts und des ius gentium. Die Träger der Weiterbildung sind auch hier am letzten Ende die Juristen. Abgesehen davon, daß namhafte Juristen selbst Prätoren waren, hat der Prätor immer ein consilium, das ihn bei der Abfassung seiner Edikte (§ 28) berät. So ist auch dafür gesorgt, daß kein erheblicher, sachlicher Gegensatz zwischen den beiden Rechtssystemen stattfindet. Die Prätoren mildern den formellen Rigorismus des Zivilrechts, indem sie Exzeptionen gegen unbillige Klagen, Restitutionen gegen unbillige Verluste einführen, durch Fiktion der zivilen Erfordernisse die zivilen Klagen in angemessener Weise ausdehnen und auf formlosere Verhältnisse übertragen u. s. w. Indessen stehen ihre Bestimmungen keineswegs immer in einem eigentlichen Gegensatze zu den zivilen, sondern dienen vielfach nur dazu, sie zu sichern und zu fördern, oder zu ergänzen und weiterzuführen. Die Römer sagen daher, das prätorische Recht sei iuris civilis adiuvandi vel supplendi vel corrigendi gratia eingeführt, es sei aber selber eine viva vox iuris civilis (D. 1, 1. 7, 1; 8). Vielfach hat der Unterschied der zivilen und prätorischen Form in den Verhältnissen selbst keinen inneren materiellen Grund, sondern beruht eben nur auf der Zufälligkeit der prätorischen Entstehung. Daher sind auch eine ganze Anzahl zunächst vom Prätor ausgesprochener Rechtsgedanken später von der Gesetzgebung aufgenommen und weitergeführt und dadurch völlig in das Zivilrecht übergegangen, so namentlich im Erbrechte. Dem heutigen Rechtsbewußtsein ist der ganze Gegensatz als solcher überhaupt fremd; er hat bei uns weder in die Gewohnheit noch in die Gesetzgebung Eingang gefunden, sondern lebt nur in der gelehrten Behandlung des römischen Rechts fort.

§ 28. Die Edikte. Ein Edikt ist, wie der Name sagt, eine mündliche Mitteilung in der contio. Später wurden sie schriftlich verkündigt; aber die Form blieb immer, daß am Anfange der Name des Edizenten mit dicit steht (C. 3, 3. 2; 7, 62. 6). Die Edikte umfassen alle öffentlichen Bekanntmachungen zur Nachachtung, ohne Unterschied ob sie befehlend oder empfehlend oder als Verheißung gefaßt sind, ob sie sich auf Verwaltung oder Rechtsprechung beziehen, ob sie allgemeine Verordnungen enthalten oder Verfügungen für den einzelnen Fall. Wie andere Beamte[1] erließen auch die Prätoren solche Edikte. Es sind entweder Befehle oder Bekanntmachungen für den einzelnen Fall (prout res incidit, sogenannte edicta repentina), oder sie enthalten allgemeine neue Anordnungen, die sofort beim Amtsantritte des Prätors als Amtsprogramm veröffentlicht werden: es sind die Normen, nach denen er sein Amt zu führen verspricht. Der Prätor ediziert über sein officium iurisdictionis. Deshalb haben die Edikte jedenfalls für sein Amtsjahr maßgebende Bedeutung und heißen danach edicta perpetua. Sie werden auf weißen Holztafeln (daher album) mit schwarzen Buchstaben und roten Überschriften (rubricae) aufgezeichnet und auf dem Markte zu allgemeiner Kenntnisnahme ausgestellt (proponuntur apud forum palam, unde de plano recte legi possit).

Dem Inhalte nach sind sie Rechtssätze, allgemeine Anordnungen; aber ihrer Form nach erscheinen sie als Verheißungen. Der Prätor hat keine gesetzgebende Gewalt; deshalb kann er durch seine Bestimmungen nicht ohne weiteres Rechtsfolgen eintreten lassen, wie das Gesetz durch seine sanctio. Er hat aber Befehls- und Banngewalt: er konnte also gebieten und verbieten und für Zuwiderhandlung Nachteile androhen. Aber von den Zwangsmitteln seines Imperiums macht er auf dem Gebiete der Zivilgerichtsbarkeit grundsätzlich keinen Gebrauch. Dem Wesen des Privatrechtes und des Amtsprogrammes entspricht es danach, wenn er nur erklärt, was er während seines Amtes tun werde. Er konnte nicht sagen: familiam habeto (Gaius 3, 32), dupli poena esto; darum zieht er vor, den Imperativ ganz zu vermeiden[2] und zu sagen: bonorum possessionem, in duplum iudicium dabo. Schon aus dieser Aus-

[1] Beispiele von nichtprätorischen Edikten s. Bruns, Fontes I p. 229—236.

[2] ⟨Ganz vermieden wird die befehlende Ausdrucksweise doch nicht, vgl. Cic. pro Quinctio 27, 84.⟩

drucksweise folgt, daß der Nachfolger im Amte nie an die Edikte seines Vorgängers gebunden war. Er konnte sie nach Belieben verwerfen oder ändern oder auch annehmen. Indessen versteht es sich von selbst, daß, wenn ein Edikt Beifall beim Volke gefunden hatte, der Nachfolger es beibehielt, und daß die zweckmäßigen Edikte daher allmählich ganz fest immer von einem Prätor auf den anderen übergingen (edictum vetus, tralaticium). Auf diese Weise vereinigte die Ediktsform die Vorteile der Gesetzgebung und des Gewohnheitsrechts, die Festigkeit und die Beweglichkeit, in einer ganz merkwürdigen Weise in sich. Einerseits traten die Rechtssätze gleich in der bestimmten Form der allgemeinen Vorschrift hervor; andrerseits hing ihre Dauer ganz davon ab, ob sie dem Bewußtsein und den Bedürfnissen des Volkes entsprachen. Sie waren der beständigen Prüfung des Lebens und der Kritik durch die Rechtsprechung und Rechtswissenschaft unterworfen und konnten jederzeit ohne die geringste Weitläufigkeit verbessert oder beseitigt werden. Cicero nennt die Edikte daher einerseits leges annuae, während er sie andrerseits wieder zu dem consuetudinis ius rechnet. Mißbrauch des Rechts zum Edizieren war natürlich auch möglich und muß in der Zeit der sinkenden Republik nicht ganz selten gewesen sein. Man sieht das aus der Schilderung in Ciceros Verrinen, [wonach der Kollege des praetor urbanus Verres diesem wiederholt interzediert, weil er aliter atque ut edixerat decrevit, und daraus], daß im J. 687/67 eine Lex Cornelia bestimmte, „ut praetores ex edictis suis perpetuis ius dicerent“ (qui varie ius dicere assueverant).

Im einzelnen wissen wir über die Entstehung der Ediktssatzungen nicht viel, und Vermutungen über das Alter der einzelnen Schichten[1] sind unsicher. Das Album des Prätors enthielt zwei Bestandteile[2]. Einmal die eigentlichen Edikte: die Ankündigung des Prätors, daß er im Einzelfalle helfen wolle; sie sind allgemein gehalten (pacta conventa servabo; uti quaeque res erit animadvertam) oder verheißten ein besonderes Rechtsmittel (iudicium dabo; actionem non dabo; in integrum restituam). Dann aber bringt das Album die Formeln für die Rechtsmittel, Klagen, Einreden, Stipulationen. Ob auch die Legisaktionsformeln im Album standen, ist zweifelhaft; staatsrechtlich wäre kein Hindernis gewesen, aber wahrscheinlich ist es nicht, da sie in Buchform verbreitet wurden. Dagegen mußten notwendig Formeln für zivile Klagen ins Album aufgenommen werden; bei ihnen war ein besonderes Edikt überflüssig. Die vom Prätor neugeschaffenen Formeln wurden ⟨in der Regel⟩ durch ein Edikt eingeleitet. — Allmählich sammelte sich eine gewisse Masse von Edikten an, die einen festen Grundstock bildete, der unverändert von einem Prätor auf den anderen überging, und an den sich dann im Laufe der Zeit die neuen Edikte anschlossen. Am Ende der Republik ist das Edikt zu einem umfangreichen, festen und einheitlichen Ganzen geworden. Es wird als selbständiges System neben das ius civile gestellt, und die Juristen fangen an, es wissenschaftlich zu erläutern. Das darin niedergelegte Recht heißt ius praetorium oder, mit Rücksicht auf die anderen edizierenden Beamten, ius honorarium.

Ähnlich wie der Bürgerprätor, der praetor urbanus, konnten auch die übrigen Justizbeamten in ihrem Kreise Edikte erlassen, so der praetor peregrinus, die Ädilen und die Provinzialbeamten. Die Edikte der letzteren, die edicta provincialia, erstreckten sich jedoch bei der vollen Verbindung von Justiz und Administration in den Provinzen in der Regel über die ganze Provinzialverwaltung, namentlich auch das Finanzwesen[3]. Im Rechte nahmen sie die Edikte der beiden Prätoren in Rom möglichst zum Muster und wurden auf diese Weise ein Hauptmittel zur allmählichen Romanisierung des Rechts der Provinzialvölker.

§ 29. [Gewohnheitsrecht[4]. Für die Weiterentwicklung des römischen Rechtes im Sinne einer freieren Auffassung ist das Gewohnheitsrecht von Einfluß gewesen. Dem

---

[1] Dernburg, Über das Alter der einzelnen Satzungen des prät. Edikts. 1873.
[2] Wlassak, Edikt und Klagform. 1882.
[3] Ein Beispiel ist Ciceros Provinzialedikt für Cilicien. Cic. ad fam. 3, 8; ad Att. 6, 1. 15.
[4] Vgl. zum folgenden Pernice, Z. R. G., rom. Abt., XXXIII S. 127 ff., XXXV S. 59 ff.

tacitus consensus civium schreiben die römischen Juristen eine rechtserzeugende Kraft neben dem Gesetze zu. Allerdings werden nur wenige Rechtssätze unmittelbar auf die Gewohnheit zurückgeführt. Vor allem gehört hierher die Ungültigkeit der Schenkungen unter Ehegatten, die sich seit Überhandnehmen der Ehen ohne Manus als notwendige Ergänzung des seitdem herrschenden Dotalsystems herausbildete. Wichtiger ist die Gewohnheit als Grundlage vieler Satzungen des Ediktes (§ 19). Die Einführung neuer Klagen konnte nur durch das Edikt bewirkt werden; aber in vielen Fällen, z. B. bei den formlosen Verträgen, ist die Aufstellung einer Aktionsformel nur der Abschluß einer gewohnheitsmäßigen Entwicklung (Cicero, de inv. 2, 67). In anderen Fällen freilich ist der Prätor der sich erst bildenden Gewohnheit entgegen und zu Hilfe gekommen. Man darf vermuten, daß in solchen Fällen ⟨nur in solchen? und gerade vorzugsweise in solchen?⟩ der Name des „Erfinders" des neuen Rechtsmittels bewahrt blieb: actio Serviana, formula Rutiliana und Octaviana, a. Publiciana, interdictum Salvianum, iudicium Cascellianum. Endlich findet die Gewohnheit ihren bedeutungsvollsten Ausdruck in den Richtersprüchen; nicht bloß in den Urteilen des Zentumviralgerichtshofes, durch dessen Praxis das Pflichtteilsrecht geschaffen wurde, sondern auch der Einzelgeschworenen: denn bei ihnen wird die Gleichmäßigkeit der Entscheidungen durch die meist aus Rechtsgelehrten bestehenden Konsilien vermittelt. Schon Cicero zählt die res iudicatae unter den Rechtsquellen mit auf. Der Einfluß der Rechtsprechung macht sich geltend einmal für die Ausbildung einzelner Präsumtionen bei der Auslegung von Rechtsgeschäften, z. B. substitutio tacita; dann aber und vor allem für die Ausweitung des sogenannten officium iudicis. Der Richter erhielt gewohnheitsmäßig immer mehr Freiheit, die besonderen Umstände des Einzelfalls auch dann bei seiner Entscheidung zu berücksichtigen, wenn ihn der Prätor dazu nicht ausdrücklich anwies. Dies führte zur genaueren Bestimmung der wichtigsten juristischen Begriffe und Verhältnisse, welche veniunt in iudicium, d. h. welche für die Beurteilung und Entscheidung eines Falles maßgebend sind: mora, culpa, Irrtum, omnis causa, bona fides u. s. w. Natürlich arbeitete hier die Wissenschaft dem Richter vor: ihre Ergebnisse aber wurden gerade durch die rerum iudicatarum auctoritas bindende Rechtsnormen.]

VII. Rechtswissenschaft und Rechtsunterricht[1].

§ 30. Seit Cn. Flavius ist die Privatrechtskunde nicht mehr eine „Geheimwissenschaft" und löst sich allmählich vom Pontifikalkollegium ab; seit dem 7. Jahrh. d. St. fängt sie an, eine selbständige Wissenschaft zu werden. Ihr Ausgangspunkt ist es gewesen, daß Coruncanius öffentlich Rat und Belehrung in Rechtssachen erteilte (§ 18). Von da an wurde dieses bald allgemein. Wer Neigung und Fähigkeit fühlte, beschäftigte sich damit; es war ein Mittel, Ansehen und Beliebtheit beim Volke zu erlangen. Von Scipio Nasica (568/191 Konsul) wird erzählt, daß er vom Senate ein Haus an der via sacra bekommen habe, „quo facilius consuli posset"; von C. Marcius Figulus, daß er sich dadurch für das Konsulat habe empfehlen wollen und daher, als er es nicht erlangt, die Ratsuchenden mit den Worten abgewiesen habe: „omnes consulere scitis, consulem facere nescitis". Die Tätigkeit war anfangs überwiegend eine praktische, die „urbana militia respondendi cavendi scribendi", wie Cicero sagt (p. Mur. 19, vgl. de or. 1, 212): Erteilung von Gutachten in Rechtsstreitigkeiten (respondere), Ratschläge für vorsichtige Abfassung von Rechtsgeschäften (cavere), Sachwaltung in Prozessen (agere, postulare). Die eigentliche Führung des Prozesses wurde wohl auch von Juristen als Anwälten übernommen, aber gewöhnlich wurde sie geschulten Rednern übertragen; und die glänzten nicht immer durch Rechtskenntnis (Cicero, de or. 1, 166. 168). So tritt das agere hinter der anderen Tätigkeit zurück und beschränkt sich auf die Abfassung von Anträgen (scribere). Mit dieser praktischen Tätigkeit der Juristen hing der Rechtsunterricht eng zu-

[1] P. Jörs, Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik. 1. Bd. 1888.

sammen. Wie es keinen eigentlichen Juristenstand gab, so gab es auch keine geordnete Einführung in die Wissenschaft, etwa durch Lehrvorträge. Vielmehr schlossen sich die Lernbegierigen als Schüler (auditores) einem Rechtsgelehrten an und waren bei der Erteilung von Rat und Gutachten zu Hause und auf dem Markte anwesend (Cic. or. 142). Die responsa werden mündlich abgegeben (D. 1, 2. 2, 49), doch wohl nach vorheriger Verhandlung des Rechtspunktes. Die Kenntnis der XII Tafeln brachten die jungen Leute aus der Schule mit (§ 16). Den Inhalt des Edikts werden sie sich selbständig angeeignet haben, um den Erörterungen folgen zu können. Dabei mag denn auch mündliche Lehre und Anweisung für besonders vertraute Anhänger vorgekommen sein, Schulung und Prüfung des Verständnisses durch Unterredungen. Das nannte man wohl instituere oder docere (Cic. or. 141 sqq., Brut. 306)[1].

§ 31. Die Schriften. Die Bearbeitung des Sakralrechtes verblieb im wesentlichen den priesterlichen Sachverständigen (ius pontificium, ius augurium). Die Kenntnis des Staatsrechts ist in republikanischer Zeit eng mit der politischen Tätigkeit verflochten, also nicht eine selbständige Wissenschaft. Die Anfänge einer eigenen Schriftstellerei sind wohl die Anweisungen zur Verwaltung der einzelnen Ämter. Auf beiden Gebieten ist eine starke Neigung zu antiquarischer Forschung vorhanden; die daraus hervorgegangenen Schriften können nicht mehr als juristische gelten. Dagegen knüpft die Schriftstellerei auf dem Gebiete des Privatrechts an die praktische Tätigkeit der Juristen an. Wir sind durch Pomponius (§§ 35 sqq.) über die hauptsächlichen Männer und ihre Werke wenigstens notdürftig unterrichtet. Einmal werden die Rechtsgutachten aufgezeichnet (schon von Coruncanius waren solche bekannt) und bilden einen wichtigen Bestandteil der juristischen Schriften, wie wir von M. Brutus und Cato wissen (Cicero, de or. 2, 32. 142). Dann wurden auch Formulare für Rechtsgeschäfte veröffentlicht. Dahin gehören die venalium vendendorum leges des M'. Manilius (cos. 605/149), den Pomponius als Mitbegründer des ius civile bezeichnet (Varro, de R. R. 2, 5. 11). Diese „Kautelarjurisprudenz" bestand auch noch weiter, als die Wissenschaft schon zu anderen Formen übergegangen war. C. Aquilius Gallus (Prätor 688/66), der Hauptschüler des Q. Mucius, gehört hierher mit seinen Erfindungen: stipulatio Aquiliana, Erbeinsetzung der postumi, formulae de dolo malo. — Das älteste Werk der Privatrechtswissenschaft, cunabula iuris, ist nach Pomponius (§ 38) des S. Aelius Paetus (gen. Catus, cos. 556/198) tripertita (commentatio?). Er steht anscheinend noch völlig auf dem Boden des Zivilrechts und der disputatio fori: voran gingen die XII Tafeln (Text oder System ist ungewiß); es folgen die interpretatio (grammatische Erklärungen, aber sicher auch Erläuterungen aus der Praxis: Cic. ep. 7, 22; D. 19, 1. 38, 1), endlich die legis actio, also die Prozeßformulare[2]. Das Verhältnis dieses Buches zu dem von Pomponius an anderer Stelle (§ 7) erwähnten ius Aelianum ist streitig[3]: dies umfaßte nur Legisaktionen im Anschlusse an das ius Flavianum (vielleicht nur Ergänzungen). Eine Gleichsetzung mit dem dritten Teile der tripertita ließe sich nur dann denken, wenn dieser „liber" aus drei „volumina" bestanden hätte. Aber bald macht sich der Einfluß der griechischen Bildung bemerkbar: man fängt an, das ius civile darzustellen; das setzt eine gewisse systematische Anordnung und ein Zurückgehen auf allgemeine Gesichtspunkte voraus. Davon berührt waren sicher schon die beiden Juristen, von denen Pomponius sagt, daß sie mit Manilius „fundavere ius civile", d. h. doch wohl, daß sie zuerst Rechtsfragen abstrakt schriftstellerisch behandelten. M. Brutus, der es nur bis zum Prätor brachte, schrieb in drei Büchern de civili iure; die Schrift hat die Form eines Gespräches mit

[1] ⟨Was Pomponius D. 1, 2. 2, 43 von Servius Sulpicius erzählt (institutus a Balbo Lucilio, instructus autem maxime a Gallo Aquilio), scheint doch für die letzten Jahrzehnte der Republik schon auf einen eigentlichen Rechtsunterricht hinzuweisen.⟩

[2] ⟨Wahrscheinlicher ist, daß Sex. Aelius bei jeder einzelnen Bestimmung den Text der 12 Tafeln voranschickte, daran die interpretatio knüpfte und endlich die legis actio nebst Erläuterung folgen ließ, — das gleiche Verfahren, das späterhin die Ediktskommentatoren beobachten.⟩

[3] Huschke, Zeitschr. f. gesch. RW. XV 177.

seinem Sohne (Cicero, de or. 2, 223 sq.), also ganz nach griechischem Vorbilde. Sie enthielt Erörterungen sehr mannigfaltiger Fragen, unzweifelhaft nicht bloß unmittelbar praktischer Fälle (D. 7, 1. 68 p.; 41, 2. 3, 3; 49, 15. 4); wie Anlage und Überschrift zeigen, sollte eine Art von Überblick gegeben werden. P. Mucius Scaevola (pontifex cos. 621/133) hinterließ zehn libelli, über deren Inhalt nichts Näheres bekannt ist (D. 24, 3. 66 pr.). Ein wirkliches System des Zivilrechtes versuchte erst Q. Mucius Scaevola (pontifex, cos. 659/95) in 18 Büchern. Pomponius, der das Werk selbst bearbeitet hat, sagt davon: ius civile primus constituit generatim in libros redigendo. Das kann nur heißen, daß Q. Mucius eine übersichtliche Darstellung angestrebt habe durch Zurückführung des Gleichartigen auf allgemeine Kategorien und Scheidung des Ungleichartigen (Gaius 1, 181). Das „System" wiederherzustellen ist nicht möglich; sicher ist, daß die Darstellung mit dem testamentarischen Erbrechte begann. — Die Begründung der eigentlichen juristischen „Dialektik" schreibt Cicero erst seinem Freunde Serv. Sulpicius (cos. 703/51) zu (Brut. 42). Er hat kein systematisches Werk geschrieben, aber in mehrfachem Gegensatze zu Scaevola (reprehensa Q. Mucii capita) durch eine Menge von Einzelschriften und Gutachten die volle griechisch-römische Bildung für die Rechtswissenschaft verwertet; er zuerst hat das Edikt selbständig behandelt (duo libri perquam brevissimi). Zahlreiche Schüler verbinden ihn unmittelbar mit den Juristen der kaiserlichen Zeit. Sie haben vielfach nur die Responsen des Servius zusammengestellt und bearbeitet. So vor allem P. Alfenus Varus (cos. 715/39) in seinen Digesten, sie sind in den Pandekten benutzt. Weniger abhängig ist A. Ofilius, der Cäsar bei seinen gesetzgeberischen Plänen unterstützte. Die Arbeiten der Schüler des Servius (auditores Servii) sammelte Aufidius Namusa. Nicht zu den Schülern des Servius gehören A. Cascellius (vielleicht Prätor z. B. des Triumvirats: Val. Max. 6, 2. 12), ein Mann der republikanischen Opposition; C. Trebatius Testa, der liebenswürdige, viel jüngere Freund Ciceros, Lehrer Labeos, von großer Bedeutung als juristischer Beirat des Augustus; Q. Aelius Tubero, der Ankläger des Ligarius, halb Jurist, halb Geschichtschreiber, von altertümelnder Schreibweise.

§ 32. **Regulae iuris.** Die meisten von diesen älteren Schriftstellern[1] sind der klassischen Zeit (unter den Antoninen) nur aus zweiter Hand bekannt[2]. Sie werden daher vielfach unter der Gesamtbezeichnung veteres zusammengefaßt. Die sich bildende Wissenschaft hat eine erklärliche Neigung, allgemeine Sätze aufzustellen, deren Anwendung auf den Einzelfall die praktische Tätigkeit erleichtert. In diesem Sinne schrieb Scaevola ein Buch ὅροι (regulae, definitiones). Einzelne von diesen Regeln sind an bestimmte alte Juristen angeknüpft: regula Catoniana (M. Porcius Cato d. J. † 602/152), constitutio Rutiliana (doch wohl P. Rutilius Rufus cos. 649/105), praesumptio Muciana (D. 24, 1. 51). Den späteren sind diese Sätze vielfach zu Dogmen geworden; man verwendete sie als Begründung, fragte aber ihrer eigenen Begründung nicht mehr nach. Das geschah, weil man ihren Ursprung und ihre Motive nicht mehr feststellen konnte. Zum Teile sind sie den Juristen der Kaiserzeit für ihre freiere und feinere Rechtsgestaltung geradezu unbequem geworden; man umging sie dann wohl, aber man leugnete ihren Rechtsbestand nicht. Dahin gehören solche Sätze wie nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest; nemo sibi causam possessionis mutare potest; servitus servitutis esse non potest (D. 33, 2. 1), und selbst bis de eadem re ne sit actio könnte man hierher rechnen.

---

[1] Eine Zusammenstellung s. bei: Huschke, Iurisprudentiae anteiustinianae quae supersunt p. 1—18; p. 84—109.

[2] Sanio, Zur Geschichte der römischen Rechtswissenschaft. 1858.

Dritte Periode. Das republikanische Kaisertum.

I. Entwicklung und Ausdehnung des Rechts.

§ 33. Die Rechtsbildung der Kaiserzeit hat einen wesentlich anderen Charakter als die der Republik. Der Grund dazu liegt nicht nur in der umgestalteten Verfassung und Einrichtung des ganzen Staates, sondern hauptsächlich in der einschneidenden Veränderung der Aufgabe, die der weiteren Rechtsentwicklung jetzt durch die Verhältnisse selber gestellt wurde. Bis zum Ende der Republik waren die Hauptgrundlagen des gesamten Rechts, namentlich des Privatrechts, im ius civile, gentium und praetorium ziemlich vollständig gelegt. Es handelte sich jetzt weniger mehr darum, neue Rechtsbegriffe und -verhältnisse und eigentlich neue Prinzipien aufzustellen, als die vorhandenen in der entsprechenden Weise auszubilden und weiterzugestalten, und zwar in zwei Hauptrichtungen:

1. Zunächst mußten die allgemeinen Prinzipien, die in den Gesetzen, Edikten und Gewohnheiten meistens nur kurz, abstrakt und allgemein enthalten waren, für ihre Anwendung auf die einzelnen, konkreten und verwickelteren Fälle des Lebens mehr ins einzelne und feinere Detail entwickelt und zu ihren tieferen Konsequenzen weitergeführt werden. Dazu mußten die Prinzipien selbst schärfer bestimmt und abgegrenzt, in ihrer Beziehung und ihrem Gegensatze zu anderen festgestellt und in ihrer organischen Verbindung zu einem Ganzen abgerundet werden. Dies auszuführen war natürlich nicht Sache der Gesetzgebung, sondern eine Aufgabe, die nur in stetem Kampfe der Meinungen und unter den Erfahrungen des täglichen Lebens von der Wissenschaft und Praxis in entsprechender Weise gelöst werden konnte. Demgemäß nimmt in der Kaiserzeit im Anfange zunächst die Rechtswissenschaft die Hauptstelle in der ganzen Rechtsbildung ein, daneben dann die Praxis, namentlich in den Entscheidungen der kaiserlichen Justiz.

2. Zugleich erhält das Recht einen universaleren Charakter. Im römischen Weltreiche sind die verschiedensten Nationen verbunden. Allmählich werden auch die Provinzen aus beherrschten Gebieten selbständige Glieder des Staates, und der Unterschied der Bürger und Peregrinen gleicht sich aus: auf dem Kaiserthrone folgten den Altrömern (Julier, Claudier) erst Italiker (Flavier), dann Provinzialen (Älier). In den Senat traten auch Provinzialen immer zahlreicher ein. Der Einfluß der Provinzen wächst, obgleich Italien immer noch rechtlich das herrschende Land bleibt. Die Rechtsordnung streift unter dieser Einrichtung mehr und mehr die nationalen Besonderheiten ab. Dadurch wird sie fähig, sich einheitlich auf das ganze Weltreich auszudehnen und so ein starkes Bindemittel für die auseinanderstrebenden Reichsteile zu werden[1].

§ 34. Die Untertanen. Seit dem Beginne der Kaiserherrschaft vollzieht sich die Ausbreitung des Bürgerrechts oder doch der Latinität auf die Provinzen langsam, aber sicher; seit Cäsar wird die Zivität bald an Einzelne, bald an Gemeinden verliehen, so daß am Ende des zweiten Jahrhunderts mindestens die westliche Hälfte des Reiches (Sizilien, Gallien, Spanien) ein Gemenge von Bürgern, Latinern und Peregrinen erfüllt. Erklärlicherweise erneuern sich immer wieder die abfälligen Äußerungen der Altbürger über diese ungehörige Verschleuderung der Zivität, von Cicero an, der klagt: der tote Cäsar (d. h. Antonius nach Cäsars hinterlassenen Verfügungen) gewähre ganzen Ländern und Völkern das Bürgerrecht. So tat Caracalla nur den letzten Schritt: er verlieh allen freigeborenen Untertanen des Reiches gleichmäßig das volle römische Bürgerrecht, hauptsächlich nur wegen der gleichen Besteuerung [„um seine Einkünfte dadurch zu vermehren", wie Dio Cassius (77, 10) es darstellt, der damit seinem Hasse gegen den Kaiser einen bezeichnenden Ausdruck gibt]. Die näheren Bestimmungen des Gesetzes

[1] Degenkolb, Rechtseinheit und Rechtsnationalität im altrömischen Reich. 1884.

kennen wir nicht. Sicher ist, daß damit Latinität und Peregrinität innerhalb der Reichsgrenzen nicht verschwanden. Deshalb ist anzunehmen, daß das Bürgerrecht nur persönlich an die Gemeindemitglieder verliehen wurde. So wurden die unvollkommen Freigelassenen nur Latiner und selbst die vollkommen Befreiten nur Gemeindebürger, nicht Reichsbürger. Dazu kamen dann noch die übergetretenen Fremden. Im ganzen aber ist im dritten Jahrh. n. Chr. die Rechtsgleichheit unter den Untertanen hergestellt. Die ständischen Abstufungen: ordo senatorius, Ritter und Plebs, bedingen keine Rechtsungleichheit von irgend welcher Bedeutung.

⟨So gewiß nun die Konstitution Caracallas in der Konsequenz der allgemeinen Entwicklung lag, so gewiß stellte die Maßregel, wie sie getroffen wurde, einen überaus schweren und harten Eingriff in die bestehenden Rechtszustände dar[1]. Noch lebten im römischen Reich, zumal in dessen griechisch redendem Teile Millionen von Peregrinen nach ihren alteinheimischen Rechten. Nun wurde plötzlich das Prinzip der Rechtseinheit für das ganze Reich aufgestellt; die neuen Bürger wurden mit dem römischen Recht, römischen Rechtsinstituten und Geschäftsformen beglückt, denen sie innerlich fremd gegenüberstanden, und dies, wie es scheint, ohne jede Anleitung, wie der Übergang in die neuen Rechtszustände sich vollziehen sollte.⟩ Zwar schloß das Bürgerrecht eigentlich eine Rechtsverschiedenheit nicht aus, und die frühere Kaiserzeit hat das örtliche Gewohnheitsrecht (mos regionis) und das „Vulgarrecht", das neben den amtlich anerkannten Rechtsinstituten neue Verkehrsformen schuf, nie grundsätzlich unterdrückt (Iulian. D. 1, 3. 32 pr. Papinian. 22, 1. 1 pr.). Indes verloren die Nationalrechte der einzelnen Völker ihren alten Boden. Die neuen Bürger mußten ⟨wohl oder übel⟩ eine Ehre darin sehen, als Bürger der Stadt Rom, der „communis patria", nach deren Recht beurteilt zu werden, die Beamten ließen sich jedenfalls nicht leicht mehr auf etwas anderes als die römischen Gesetze, Edikte und juristischen Bücher ein, und die Kaiser machten vollends keine Unterschiede mehr. ⟨Die Lage der griechischen Provinzialstädte muß unter diesen Umständen geraume Zeit hindurch keineswegs beneidenswert gewesen sein, und man begreift, daß in der hellenistischen Zeit des Reichs zwischen dem offiziell angeordneten Recht und der tatsächlichen Rechtsanwendung eine breite Kluft sich auftat, daß vielfach das altererbte „Volksrecht" sich entgegen dem Reichsrecht seine tatsächliche Herrschaft zu wahren wußte und, als nun der Schwerpunkt des Reichs sich mehr und mehr nach dem Osten verlegte, einen immer stärkeren Einfluß auf die Reichsgesetzgebung selbst gewann. Nur um diesen Preis konnte allmählich die wirkliche Rechtseinheit des Reiches angebahnt werden[2]. Unterstützend wirkte⟩ die Einführung des Christentums, durch welches in allen religiösen Beziehungen, namentlich Ehe und Familienrecht, von selbst alle Verschiedenheiten aufgehoben wurden. Alles dies machte, daß man im Laufe des vierten ⟨und fünften⟩ Jahrhunderts der Durchführung der Rechtseinheit durch alle Provinzen des Reiches ⟨immer näher kam, ohne das Ziel indes vollständig zu erreichen⟩.

Sofort mit der Begründung der Kaiserherrschaft machen sich die ersten Anfänge der Bewegung bemerkbar, welche schließlich zur Teilung des Reiches führte. Rom blieb freilich die Hauptstadt, obschon der Plan aufgetaucht zu sein scheint, den Schwerpunkt nach Osten zu verlegen, und Italien stand außerhalb der Provinzialverwaltung. Die Trennung in der Verwaltung zwischen dem lateinischen Westen und dem griechischen Osten beginnt auf dem Gebiete des Heerwesens[3]. Die allgemeine Wehrpflicht war tatsächlich beseitigt; das in Grenzbesatzungen verteilte stehende Heer wird aus Freiwilligen und Ausgehobenen gebildet. In den Legionen dürfen nur Bürger dienen. Aber man nimmt auch freigeborene Provinzialen städtischer Herkunft, denen das Bürgerrecht verliehen wird. Das wesentliche ist, daß seit August die westlichen Grenzbesatzungen sich

---

[1] ⟨Vgl. Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des röm. Kaiserreichs (1891) S. 159 ff.⟩

[2] ⟨Den Nachweis der im Text gegebenen Darstellung liefert das in der vorigen Note angeführte Buch von Mitteis.⟩

[3] Mommsen, Hermes XIX 1—79. 210—234.

aus dem Westen, die östlichen aus dem Osten des Reiches ergänzen. Seit Hadrian erhalten die Legionen ihren Ersatz aus den kaiserlichen Provinzen, in denen sie stehen. Damit ist hier die administrative Scheidung und der nationale Gegensatz der beiden Reichshälften festgestellt. Sie finden ihren Abschluß in Diokletians Verfassung, die den Gegensatz durch die Trennung der Verwaltung bei festgehaltener Reichseinheit zu überwinden versuchte.

II. Reichsverfassung.

§ 35. Kaiser und Senat. [Der Übergang der republikanischen Verfassung in eine monarchische war durch wiederholte Erschütterungen der bestehenden Ordnung und durch mißlungene Restaurationsversuche seit langer Zeit vorbereitet. Cäsar unternahm, auf Grund der lebenslänglichen Diktatur, die Königsherrschaft tatsächlich zu erneuern; er brach mit den aristokratischen Überlieferungen vollständig und stützte sich auf Volk und Heer. Augustus ist ihm darin nicht gefolgt. Er legte seine außerordentliche Gewalt im Jahre 727/27 nieder und stellte, wie die amtliche Wendung lautet, die Republik wieder her. Rechtlich ist die Augusteische Verfassung eine Teilung der obersten Regierungsgewalt zwischen dem Princeps, als dem ersten lebenslänglichen Beamten des Volkes, und dem Senate unter der Leitung der Konsuln (Dyarchie). Aber die kaiserliche Gewalt ist rechtlich und erklärlicherweise tatsächlich die hervorragendere[1].

Die beiden Grundlagen des kaiserlichen Imperiums sind die prokonsularische und die tribunizische Gewalt (potestas); daneben wurden die Befugnisse des Princeps noch durch besondere Gesetze erweitert. Seit Vespasian erfolgt die Übertragung dieser Machtbefugnis durch die sogenannte lex (regia) de imperio, einen vom Volke genehmigten Senatsschluß. Damit ist in der Theorie das Prinzip der Volkssouveränität gewahrt.] Noch unter Hadrian sprechen die Juristen das Dogma von der Volkssouveränität aus, daß die Gesetze nur gelten, weil sie durch den Willen des Volkes angenommen seien; noch unter Severus gründet Ulpian die Kraft der kaiserlichen Konstitutionen darauf, daß das Volk sein Imperium auf den Kaiser übertragen habe[2]. [Der Kaiser hat den ausschließlichen Befehl über das Heer, die Ernennung der Offiziere und die Leitung der auswärtigen Angelegenheiten mit dem Rechte der Kriegserklärung, des Friedens- und Bündnisschlusses. Dagegen wird die Verwaltung der Provinzen geteilt: es gibt kaiserliche und senatorische; demgemäß zerfällt auch die Staatskasse, die wesentlich durch Abgaben der Provinzen genährt wird, in das aerarium, das unter senatorischer Verwaltung steht, und den fiscus, d. h. die kaiserliche Privatkasse, in welche aber auch die Einkünfte aus den Provinzen des Kaisers fließen; Senat und Kaiser sind gleichmäßig Berufungsinstanz in Strafsachen, und beide haben nebeneinander das Münzprägerecht geübt; der Senat freilich war sehr bald auf die Kupferprägung beschränkt.

Dem materiellen Übergewichte des Kaisers vermochte der im Senate vertretene alte Amtsadel nicht genügenden Widerstand entgegenzusetzen. Nach den dyarchischen Versuchen der Kaiser des ersten Hauses sind zunächst tatsächlich, dann rechtlich der Senat und das Volk zugunsten der kaiserlichen Alleinherrschaft immer mehr in den Hintergrund geschoben, und die republikanischen Formen sogar werden mehr und mehr beseitigt, schon von Hadrian, dann vor allem von Septimius Severus.] Vollendet wird die Umgestaltung erst durch Diokletian und Konstantin I.

§ 36. Die Bürgerschaft. Neben dem Kaiser und dem Senate tritt die Volksversammlung von vornherein zurück, wenn auch die Volkssouveränität rechtlich anerkannt wird. Die Blutgerichtsbarkeit ist dem Volke schon zur Zeit der Republik fast vollständig entzogen; jetzt gelten die quaestiones perpetuae als ordentliches Gericht in Strafsachen,

[1] Mommsen, Röm. Staatsrecht II 793—1171.

[2] [Die Stelle (D. 1, 4. 1 pr.) kehrt wörtlich Inst. 1, 2. 6 wieder. Da hat sie Gaius 1, 5 verdrängt, der sich ähnlich, aber richtiger (imperium accipiat statt omne suum imperium et potestatem concessit) ausdrückt. Die Stelle ist doch wohl interpoliert.]

Kaiser und Senat als außerordentliche Gerichtsstände. An sie geht auch die Provokation aus der Provinz (Apostel Paulus). Das Gesetzgebungsrecht ist den Komitien nie ausdrücklich genommen, aber tatsächlich bald verloren gegangen (§ 89). Die Wahl der Jahresbeamten haben sie unter Augustus noch gehabt; die Wahlversammlungen waren nicht eigentlich mehr gefährlich, konnten aber, wie Augustus erfahren mußte, unbequem werden. Von Tiberius heißt es gleich im Beginne seiner Regierung: tum primum e campo comitia ad patres translata sunt (Tacit. ann. 1, 15), d. h. die Wahl der Jahresbeamten wird vom Volke auf den Senat übertragen. Das geschah auf letztwillige Anordnung des Augustus (Velleius 2, 124) und vollendet das byarchische System: der Senat als Mitherrscher wählt sich seine Beamten wie der Kaiser seine Gehilfen. Der Kaiser hat durch seine Empfehlungsbefugnis (commendatio) rechtlichen Einfluß auf die Wahl; nur bezüglich der Konsuln beschränkten sich die ersten Kaiser anscheinend auf tatsächliche Einwirkung.

§ 37. Die Beamten. Die altstädtischen Beamten: Konsuln, Prätoren, Tribunen, Ädilen und Quästoren, wurden nach wie vor gewählt; Konsuln und Prätoren gehen nach verwaltetem Amte als Prokonsuln in die Senatsprovinzen. Die Magistrate haben der Idee nach ihre alte Stellung; nur geht ihnen überall der Princeps vor, und sie sind zu rein bürgerlichen Beamten geworden; selbst die Statthalter haben keine militärische Eigenschaft mehr; denn in den Senatsprovinzen stehen (außer in Afrika) keine Truppen. Die Tribunen sind durch des Kaisers tribunizische Gewalt lahmgelegt; die Ädilen geben ihre verschiedenen polizeilichen Obliegenheiten sehr bald an kaiserliche Diener ab; die Quästoren verlieren die Verwaltung des Ärars, sind also nur noch in der Provinz und als Gehilfen des Kaisers als Prokonsuls tätig. Die Konsuln haben als Leiter des Senats und wegen der Jahresbenennung immer noch hohes Ansehen. Es werden ihnen richterliche Verwaltungsgeschäfte vom Kaiser zugewiesen (§ 43). Sie behalten das Amt regelmäßig nicht über ein halbes Jahr (suffectio). Die Prätoren haben außer der Zivilgerichtsbarkeit und dem Vorsitze im Zentumviralgerichtshofe und in den quaestiones auch noch „außerordentliche" Gerichtsgeschäfte (§ 43) und reine Verwaltungssachen (Ärar) übertragen erhalten.

Neben und vor diesen republikanischen Magistraten steht der Kaiser mit lebenslänglicher außerordentlicher Amtsgewalt. Darin liegt, daß er persönlich sein Amt führen muß. Aber das war bei der Verwaltung der Provinzen von vornherein unausführbar. Dorthin gehen als Vertreter legati (Augusti) pro praetore, also Männer senatorischen Standes. Im übrigen nimmt der Kaiser zur Unterstützung bei halbstaatlichen und Staatsgeschäften die Vertrauenspersonen seines Hofhaltes, namentlich Freigelassene. So auch (wie unter Claudius) für die Finanzen (procurator a rationibus), für Bittschriften (a libellis), als Sekretäre (ab epistulis). Die wichtigsten Stellen der kaiserlichen Staatsverwaltung werden gleich anfangs mit Rittern besetzt: der praefectus praetorio, der Anführer der Garde, der später zum „Vizekaiser" wurde; der praefectus vigilum, der die kaiserliche Feuerwehr in Rom befehligte; der praefectus annonae, der für die Getreidezufuhr zu sorgen hatte; die beiden letzteren verdrängten die unfähigen Ädilen aus wichtigen Teilen ihres Amtes. Später — etwa seit Hadrian — wurden auch die anderen „Prokuratoren" aus dem Ritterstande genommen. Eine ganz eigene Stellung hat seit Tiberius der praefectus urbi, der Polizeimeister von Rom und den umliegenden Landschaften (regiones suburbicariae): er ist stets Senator des höchsten Ranges und Zivilbeamter, obwohl er cohortes urbanae befehligt. Alle diese kaiserlichen Diener werden allein vom Kaiser berufen, sie sind beliebig absetzbar, und ihr Mandat erlischt mit des Kaisers Tode; alle beziehen Gehalt, und gerade mit Rücksicht darauf bildet sich eine Rangordnung: non sunt magistratus, sagt Pomponius, sed extra ordinem utilitatis causa constituti sunt.

§ 38. Kaiserliche Verwaltung. Die Schwäche der Senatsregierung lag auf dem Gebiete der inneren Verwaltung, namentlich im Finanz- und Steuerwesen und in

den Provinzialverhältnissen. Der Grund war ein doppelter. Das Senatsregiment konnte wegen des Mangels an genügenden und geeigneten Beamten sich nicht um die technischen Einzelheiten kümmern; man wurde zu einem weitreichenden Systeme von Verpachtungen und Verdingungen gedrängt. Damit wirtschaftete man weit kostspieliger, und der Druck der nur auf den Erwerb bedachten Publikanengenossenschaften lastete schwer auf den Provinzen. Dann aber bleibt die Fürsorge für den Nichtbürger und Provinzialen gänzlich außerhalb des Gesichtskreises des Senats. Für die wirtschaftliche Wohlfahrt der Bürger hat die republikanische Gesetzgebung manches getan oder zu tun versucht (§ 25); die Bundesgenossen sind souverän und müssen für sich selbst einstehen; die Provinzen sind praedia populi Romani. Die Stärke der Kaiserregierung, wie jeder Monarchie, ist gerade die innere Verwaltung. Sie übernahm Rom in voller Auflösung, das nunmehrige Bürgerland Italien zerrüttet, die Provinzen verarmt und ausgesogen. Zunächst wird schon von August und Tiberius in der Hauptstadt gesorgt: für Ruhe und Ordnung (durch die Freilassungsgesetze und den praefectus urbi), für Zufuhr billigen Getreides (durch den praefectus annonae und die Largitionen), für Feuerlöschwesen und nächtliche Sicherheit der Straßen (durch den praefectus vigilum). In Italien (und in den Provinzen) werden die verrotteten städtischen Finanzen seit Nerva und Trajan geregelt: durch Einsetzung von curatores rerum publicarum (logistae), welche die Aufsicht über die Vermögensverwaltung und namentlich das Bauwesen führen. Damit gleichzeitig ist Trajans große Alimentenstiftung, die einen völlig neuen Gedanken für Italien umfassend verwirklicht. Es wurden vom Kaiser ausgeworfene Kapitalien an Grundbesitzer ausgetan und auf die Grundstücke eine ewige Rente zugunsten der Städte gelegt; die jährlichen Zahlungen werden an Kinder dürftiger Eltern verteilt. Der Zins ist so niedrig bemessen, daß auch die Grundbesitzer einen Vorteil haben. Die Aufsicht führen seit Hadrian praefecti alimentorum, die Einzelgeschäfte wahrscheinlich die Gemeindebeamten[1]. Von Privaten werden diese Stiftungen nachgeahmt (Plin. ep. 7, 18). In den Provinzen hört die Steuerverpachtung auf, die der Zölle wird anscheinend eingeschränkt; die Gefälle werden von kaiserlichen und Senatsbeamten erhoben. Die Kehrseite dieser unzweifelhaften Verbesserungen ist das starke Anwachsen des besoldeten Beamtentums; die Ausgaben des Staates wurden dadurch beträchtlich vermehrt und allmählich wieder eine Last.

III. Gesetzgebung und Edikt.

§ 39. Lex und senatus consultum. Im Beginne der Kaiserzeit haben die Komitien ihr republikanisches Gesetzgebungsrecht weitergeübt. Augustus selbst hat, wohl kraft seiner tribunizischen Gewalt, Gesetze beim Volke beantragt: die leges Iuliae de maritandis ordinibus (736/18), iudiciorum publicorum und privatorum (737/17?), de adulteriis, de ambitu, auch wohl de vi publica und privata. Unter seiner Regierung wie unter der des Tiberius sind Gesetze von den Konsuln mit dem Volke vereinbart: so die leges Aelia Sentia (4 p. C.), Papia Poppaea (9 p. C.), Fufia Caninia (?), Iunia Norbana (19?)[2], Iunia Petronia (19: D. 40, 1, 24), Visellia (24), Iunia Vellaea (27?); vereinzelt sind von Claudius (lex Claudia de tutela mulierum und über Darlehen an Haussöhne) und von Nerva noch die Komitien befragt (D. 47, 21. 3, 1).

Indessen kam die Gesetzgebung durch die Volksgemeinde allmählich ab; sie zieht sich vom Volke in den Senat zurück. Möglich ist es, daß man sich diesen Übergang durch die Annahme vermittelte, die altübliche Vorbereitung und Empfehlung des Senats genüge, er drücke den Volkswillen aus, der formellen Zustimmung bedürfe es nicht mehr [so Inst. 1, 2. 5]; der Volksbeschluß wurde jedenfalls nicht etwa fingiert, sondern einfach

[1] Bekannt ist diese Einrichtung wesentlich durch Inschriften, namentlich die tabula Veleias und die tab. Baebianorum (Bruns, Fontes I p. 305). Sie geben indes keine Auskunft über das mit den Grundbesitzern abgeschlossene Rechtsgeschäft; daher ist das Rechtsverhältnis bestritten.

[2] Schneider und Hölder, Zeitschr. f. RG., XIX 186 ff., XX 31 ff.

weggelassen. Das Senatuskonsult wird danach von [der zweiten Hälfte der Regierung des] Tiberius an bis zu den Severen die feste Form der Gesetzgebung. Eigentümlich dabei ist, daß die alte Form, daß der Senat nicht befiehlt, sondern nur meint, rät und empfiehlt (censet, videtur, placet), stets festgehalten wurde.

Der Gedanke ist dem Verhältnisse zwischen Senat und Beamten in dieser Zeit entsprechend: dem Konsul oder Prätor wird eine Anweisung erteilt, der er nachzukommen hat. Das kann unmittelbar und abstrakt geschehen: usuras non esse exigendas (Sc. Iuvent.); permittendum nundinas habere; quae iudicata sunt rata maneant. Aber es kann dem Beamten auch überlassen bleiben, wie er das vom Senate vorgezeichnete Ziel erreichen will; dann bedarf es regelmäßig noch einer Ausführungsverordnung (§ 40). In beiden Fällen pflegt der Senat gewissermaßen als Anleitung für die Beamten seinen Beschluß zu begründen. Die Senatsschlüsse werden jetzt in der juristischen Sprache ähnlich wie die Gesetze nach dem Namen oder Zunamen des Antragstellers genannt; nur das Sc. Macedonianum macht eine Ausnahme. Auch der Kaiser kann auf Grund seines ius referendi ad senatum Anträge stellen. Er begründet dann wie jeder andere Beamte seinen Vorschlag mit einem Vortrage (oratio principis). Häufig stellt er den Antrag schriftlich und läßt ihn durch einen Vertreter (einen Quästor) verlesen. Begreiflich wird der Antrag regelmäßig zum Beschlusse erhoben (Sc. auctore principe factum). Formell geschieht das anscheinend in der Weise, daß die oratio in den Senatsschluß aufgenommen wird. So ist es erklärlich, daß die Juristen die oratio, die ja für die Auslegung Gesichtspunkte enthielt (D. 5,3. 22; c. Tanta § 18), häufig statt des Senatsschlusses anführen. Ferner aber mußte die oratio je nach dem Charakter des Kaisers einen höflichen oder befehlenden Ton annehmen (Severus D. 27, 9. 1, 1). Daß die Kaiser seit Hadrian die ausschließende Befugnis zu Anträgen im Senate hatten, wird sich nicht behaupten lassen; sie haben das ius quintae relationis, d. h. sie dürfen bis zu fünf Anträgen einbringen; aber auch andere brachten welche ein (V. Marci 10; V. Pertinacis 9).

Dem Inhalte nach beschränkte sich die Gesetzgebung dieser Zeit durch leges, senatusconsulta, orationes auf wenige Gebiete des Privatrechtes. Der Schwerpunkt der Rechtsbildung lag eben in der Wissenschaft und Praxis. Jene Gebiete sind zunächst die, welche Augustus bei seiner Überführung der Republik in die Monarchie neu geordnet hatte, nämlich Strafrecht und Straf- und Zivilprozeß; das Recht der Freilassungen und der Freigelassenen (dadurch sollte der Vermehrung des schwer zu bändigenden freien Proletariats in Rom entgegengetreten werden); und namentlich das Eherecht, bei dem Augustus in der großen lex Papia Poppaea der eingerissenen Sitten-, Ehe- und Kinderlosigkeit einen Damm entgegenzusetzen versuchte. Außerdem sind über Intestaterbrecht und Vermächtnisse mehrere wichtige Senatskonsulte gegeben: Sc. Tertullianum (unter Hadrian) und Orfitianum (178), die ein Erbrecht zwischen Mutter und Kindern einführen; Sc. Trebellianum und Pegasianum über Universalfideikommisse. Sonst aber finden sich nur mehr vereinzelte Bestimmungen, wie z. B. das Sc. Vellaeanum über die Bürgschaften der Weiber, das Macedonianum über die Darlehen der Haussöhne, die oratio Severi über die Veräußerung der Mündelgüter u. a.

Auf uns gekommen sind alle diese Gesetze fast nur durch Zitate und Relationen in den Pandekten und anderen Schriften, nur weniges auf den alten Erztafeln[1]. Dahin gehört namentlich ein Stück der lex de imperio für den Kaiser Vespasian, das schon im 14. Jahrhundert gefunden wurde[2].

§ 40. Das Edikt. [Die Gerichtsbarkeit der Prätoren in Zivilsachen bestand in der alten Weise fort und im Zusammenhange damit auch das Recht, zu edizieren. ⟨Die Annahme, es⟩ hätte der Prätor seit dem Beginne der Kaiserzeit sich begnügt, das alte Edikt beim Amtsantritte zu veröffentlichen, ohne neue Zusätze zu machen oder Änderungen

[1] Eine Zusammenstellung der Senatuskonsulte, deren Wortlaut wir haben, s. Bruns, Fontes I p. 160—202.

[2] Bruns, Fontes I p. 192.

vorzunehmen, ‹ist schwerlich begründet.› Sicher ist ihm die Befugnis dazu nicht durch einen Rechtssatz entzogen. Aber ‹in der Hauptsache› stand „das Edikt" bereits am Ende der Republik als etwas inhaltlich Abgeschlossenes neben dem Zivilrechte; das beweisen die Kommentare des Servius und Labeo. Dann wurde durch die neue Verfassung die unabhängige Stellung des Prätors beeinträchtigt. Insbesondere war der Senat rechtlich den Beamten übergeordnet und mit selbständiger Initiative ausgestattet. ‹Häufig waren es› Anregungen des Senats, die den Prätor zum Eingreifen veranlaßten. Die Senatskonsulte stellen öfters nur einen rechtlichen Grundsatz auf und überlassen es dem Prätor, ihn durch Anordnungen und Edikte nach seinem freien Ermessen praktisch zu verwirklichen. So erzählt Plinius (ep. 5, 9. 4; 14), der Senat habe durch einen Beschluß auf die fortdauernde Geltung des Cincischen Gesetzes hingewiesen, und die Prätoren hätten diesem Beschlusse durch Einschaltung einer Klausel (breve edictum) sofort Folge gegeben. So verfuhr der Senat namentlich beim Sc. Vellaeanum. Hier werden die Prätoren geradezu aufgefordert, darauf zu sehen, „ut ea in re senatus voluntas servetur", d. h. sie sollen mit ihren Mitteln dahin wirken, daß die Interzession der Frauen überall da ungültig sei, wo eine Verpflichtung der Frauen mit den Absichten des Senates unvereinbar sein würde. Und sie ergänzen die Anweisung durch Aufstellung besonderer Klagen (der restitutoria und institutoria). — Daß solche Anregungen auch vom Kaiser ausgehen konnten, ist zweifellos; aber bis jetzt ist kein Edikssatz nachgewiesen, der auf solche Einwirkung zurückginge (D. 43, 4. 2, 3?). Diener des Kaisers im Rechtssinne sind die Prätoren niemals geworden, mochten sie sich auch seinem Willen tatsächlich nicht widersetzen. Die kaiserliche Gerichtsbarkeit ging neben der prätorischen her (§ 43), hatte es nicht auf deren Verdrängung, sondern nur auf ihre Ergänzung abgesehen. Ob auch nur eine Berufung vom Geschworenenspruch an den Kaiser zulässig war, ist zweifelhaft. So blieb das Formularverfahren vor dem Stadtprätor unberührt, wie aus den darauf bezüglichen Erörterungen der klassischen Juristen klar hervorgeht, und die prätorische Rechtsbildung konnte sich noch geraume Zeit hindurch lebendig erhalten.] Rechtsinstitute wie die bonorum possessio unde liberi und contra tabulas, die Pfandklage u. a. m. scheinen erst in der Kaiserzeit begründet worden zu sein. Auf die Dauer freilich war das freie ius edicendi mit der Allgewalt des Kaisers nicht vereinbar, und die Hauptaufgabe des Prätors, die freieren Rechtselemente neben dem Zivilrechte zur Geltung zu bringen, war ja auch gelöst.

So war die Möglichkeit eines formalen Abschlusses des Ediktes gegeben. Vollzogen wurde er durch Hadrian (c. Tanta § 18). Dieser ließ durch Salvius Julianus, einen der bedeutendsten aller römischen Juristen, eine Revision, Sichtung und Ordnung der gesamten bisher aufgesammelten Edikte vornehmen. Die Arbeit fällt wohl vor das Jahr 128. Zunächst wurden die beiden städtischen Edikte und das der Ädilen festgestellt. Ob sie in eins zusammengefaßt wurden, ist zweifelhaft. Die Kommentare der Juristen aber behandelten sie gemeinsam. Hierdurch ist auch das Provinzialedikt im wesentlichen festgelegt; denn es ist ja, von den provinziellen Besonderheiten abgesehen, ohnehin nur eine Wiederholung des städtischen[1]. Das edictum perpetuum wird nicht als Reichsgesetz verkündigt, sondern es wird nur auf Antrag des Kaisers durch einen Senatsschluß für unabänderlich erklärt; Zusätze und Ergänzungen zu machen behielt sich der Kaiser in seiner oratio selbst vor. Daher stellten die Prätoren nach wie vor das Edikt in Rom und den Provinzen auf, aber in der endgültigen Julianischen Bearbeitung. So bleibt der Unterschied zwischen ius civile und honorarium auch für spätere Zeit bestehen.

Die Julianische Ediktsredaktion[2] ist es, die allen späteren Arbeiten und Kommentaren der Römer über das prätorische Recht zu Grunde liegt, und aus der auch unsere Kunde davon fast allein stammt. Nur wenig vorjulianische Spuren haben sich bei nichtjuristischen

---

[1] ‹Die Behauptung v. Velsens (Ztschr. f. RG. XXXIV S. 73 ff.), daß es ein Provinzialedikt überhaupt nicht gegeben habe, stützt sich nicht auf wirklich durchschlagende Beweise.›

[2] Rudorff, Die Julianische Ediktsredaktion, in der Zeitschrift für Rechtsgesch. III 1. Lenel, Beiträge zur Kunde des prätorischen Edikts. 1878; Zeitschr. f. Rechtsgeschichte XV 14—83. XVI IV u. IX. XVII VIII. XXVI S. 1 ff. XXXIII S. 1 f.

Schriftstellern erhalten. Doch scheint Julian danach keine sehr bedeutenden Änderungen des Textes und der Anordnung vorgenommen zu haben. Das Julianische Edikt ist uns nicht erhalten; aber mit Hilfe der dazu erwachsenen Literatur, namentlich der großen Kommentare von Gajus (ad ed. provinciale), von Ulpian und Paulus ist nicht bloß ein vollständiger Überblick zu gewinnen, sondern es läßt sich sogar teilweise der Wortlaut der Ediktssätze und der Formeln wiederherstellen. Versuche von Rekonstruktionen sind in älterer und neuerer Zeit mehrfach gemacht worden[1]. Ein ausgebildetes System darf man dabei nicht erwarten; praktische Gesichtspunkte und geschichtliche Zufälligkeiten sind bei der allmählichen Feststellung wirksam gewesen. Das Edikt zerfällt nur in Titel mit Überschriften (de iudiciis, de rebus creditis), nicht in größere Abschnitte. Dennoch lassen sich umfassendere Massen unterscheiden. Der Prätor ediziert über sein officium, die Prozeßleitung; darum folgt er dem Gange des Prozesses. Den Anfang bilden die Satzungen, durch welche das Verfahren (in iure) bis zur Niedersetzung des Gerichtes geregelt und gesichert werden soll. Am Schlusse stehen die Regeln der Zwangsvollstreckung (missio in possessionem u. actio iudicati). Sie leiten zu einem Anhange über: interdicta, exceptiones und stipulationes praetoriae, ohne Zusammenhang unter sich; sie waren im Hauptteile des Edikts ihrer abweichenden Form wegen nicht gut unterzubringen. Dieses Mittelstück gibt die Aktionen und sonstigen prätorischen Rechtsmittel. Allem Anscheine nach sind sie so geschieden, daß voran die iudicia legitima standen, zu deren Formulierung der Prätor durch die leges iudiciariae angewiesen war; dann folgten die auf dem Imperium ruhenden Rechtsmittel: im zweiten Teile also sowohl bonorum possessio wie iudicia recuperatoria.

IV. Kaiserliche Gesetzgebung.

§ 41. Gesetzgebende Gewalt des Kaisers. Neben den absterbenden republikanischen Formen der Gesetzgebung erwächst allmählich eine selbständige Gesetzgebung der Kaiser. [Ein eigentliches Gesetzgebungsrecht steht dem Kaiser zwar nur in sehr engen Grenzen zu. Allgemein verbindliche Gesetze kann er nicht geben. Selbst das Recht, von dem Gesetze im Einzelfalle zu entbinden, verbleibt im ersten Jahrhunderte der Kaiserherrschaft, wie zu republikanischer Zeit, dem Senate. Später übt es indes der Kaiser: er verleiht z. B. das ius trium liberorum, d. h. er entbindet von den erbrechtlichen und sonstigen Beschränkungen, welche die lex Papia Poppaea für die Kinderlosen eingeführt hatte. Wahrscheinlich beruht diese Verdrängung des Senates einfach auf kaiserlichem Übergriffe. Dagegen hat der Princeps von vornherein die Befugnis, einzelnen Personen die Zivität zu verleihen, eine Stadt zur Bürger- oder Latinergemeinde zu erheben und für sie ein Stadtrecht (lex coloniae) zu erlassen. So haben wir zwei Tafeln des (gleichlautenden?) Stadtrechts der latinischen Gemeinden von Malaca und Salpensa in Spanien, das ihnen Domitian (um 82) gab, nachdem allen spanischen Städten von Vespasian die Latinität verliehen war[2]. Man darf hierher auch rechnen die lex metalli Vipascensis (wahrscheinlich aus dem 1. Jahrh.), von der eine Tafel im südlichen Portugal gefunden worden ist; es ist nicht bloß eine Bergwerksordnung, sondern eine Gemeindeordnung für den ganzen Bezirk von Vipasca[3]. Das sind eigentlich gesetzgeberische Akte, welche nach republikanischer Verfassung von den Komitien ausgehen mußten. Dem Kaiser ist also (wahrscheinlich durch ein besonderes Gesetz) das Recht eingeräumt, solche Akte statt des Volkes vorzunehmen. Die Erlasse sind leges datae. Etwas

[1] Rudorff, Edicti perpetui quae reliqua sunt. 1869. Auf breiterer Grundlage: Lenel, Edictum perpetuum. 1883. Neu bearbeitet in französischer Übersetzung unter dem Titel: Essai de reconstitution de l'édit perpétuel I (1901). Eine Zusammenstellung der erhaltenen Edikte gibt Lenel bei Bruns, Fontes I p. 202—230.

[2] Bruns, Fontes I p. 142 sq.

[3] Bruns, Fontes I p. 266.

anderer Art sind dagegen die sogenannten tabulae honestae missionis (privilegia veteranorum). Durch sie wird ausgedienten Soldaten bei ihrer Entlassung die Zivität und, wenn sie schon Bürger sind, das conubium mit ihren peregrinischen Ehefrauen gewährt. Es ist eine große Anzahl solcher in Diptychenform (§ 55) auf Erztafeln geschriebener Urkunden erhalten[1]; sie sind Abschriften der kaiserlichen Erlasse, die auf dem Kapitole angeheftet waren; durch sie wird regelmäßig einer größeren Anzahl ausgedienter Soldaten das Privileg verliehen. Das geschieht auf Grund der dem Imperator als solchem zustehenden feldherrlichen Befugnis.

§ 42. Form der kaiserlichen Erlasse[2]. Viel umfassender und eingreifender ist die gesetzgeberische Tätigkeit der Kaiser durch Verordnungen. Ihre Form ist sehr verschieden. 1. Der Kaiser kann als höchster Staatsbeamter Edikte erlassen; sie werden wie die republikanischen öffentlich ausgestellt und binden natürlich auch die anderen Beamten. Sie enthalten bald allgemeine Anordnungen, bald regeln sie spezielle Verhältnisse, z. B. die Benutzung einer bestimmten Wasserleitung. Der Kaiser kann 2. allen seinen Dienern Anweisung für die Führung ihres Amtes erteilen; denn sie stehen zu ihm wie Beauftragte; er hat als allgemeiner Prokonsul diese Befugnis gegenüber allen Statthaltern, auch den senatorischen. Diese Mandate werden wie das Edikt ständig („caput ex mandatis" wird mehrfach angeführt: D. 29, 1. 1 pr.; 48, 3. 6, 1), waren aber nicht für alle Provinzen gleich (D. 23, 2. 65 pr.). Auch Private können sich darauf berufen. 3. In streitigen Sachen entscheidet der Kaiser regelmäßig mit seinem consilium (decreta). Das gilt für Verwaltungssachen so gut wie für die privaten Rechtshändel, die an ihn gelangen (D. 1, 22. 2). Endlich 4. erteilt der Kaiser Antwort (rescriptum) auf Anfragen von Beamten (relatio, consultatio) oder von Privaten (preces) durch besonderes Schreiben (epistula) oder Randverfügungen (subscriptio, adnotatio?). Der Ausgangspunkt dieses Reskriptenwesens war wohl, daß Beamte und Private, namentlich in der Provinz, sich an den Kaiser um Auskunft wendeten, wie man sich sonst ein Gutachten von einem Juristen erbat. Daher betrifft die Anfrage immer nur den Rechtspunkt. Die Partei richtet sie vor dem Beginne des Prozesses an den Kaiser. Dieser entscheidet also auf einseitigen Vortrag des Tatbestandes, daher unter der ausdrücklichen oder stillschweigenden Bedingung: si preces veritate nituntur (C. 1, 23. 7). Diese Voraussetzung hat der Richter zu prüfen. Die Untersuchung der Sache gehört vor den ordentlichen Richter. Dieser ist an die Rechtsauffassung des Kaisers in ähnlicher Weise gebunden wie an das Juristengutachten (§ 47). Dies Verfahren wird seit Hadrian immer üblicher; der Kaiser ist ja seit Feststellung des Ediktes die viva vox iuris civilis geworden.

§ 43. Kaiserliche Gerichtsbarkeit. Der Umfang und die Art des Einflusses der kaiserlichen Verordnungen auf die Rechtsentwicklung läßt sich nur im Zusammenhange mit der kaiserlichen Richterstellung bestimmen. Quästionen- und Formularverfahren blieben vorläufig als das ordentliche Verfahren bestehen. Aber 1. neben die Quästionen traten als außerordentliche Gerichtsstände in Strafsachen Senat und Kaiser. Zwischen ihnen entschied im allgemeinen wohl der Vorgriff (praeventio). Die Form des Verfahrens vor dem Kaiser und den Konsuln und ihren Konsilien ist die cognitio, d. h. das obrigkeitliche Vorgehen von Amts wegen, wenn es auch mehr und mehr an den Quästionenprozeß angeglichen wird. Der Kaiser überträgt seine Strafgewalt an seine Gehilfen, namentlich die Legaten in den Provinzen und den praefectus urbi, zum Teil auch auf andere Präfekten und Prokuratoren. So tritt der Stadtpräfekt neben die Quästionen; unter Teilnahme des Volkes, das der schnellen und wirksamen Strafjustiz

[1] CIL. III 2. 843—919. Ephem. epigr. II 452 sq.; IV 181 sq.; 495 sq. Bruns, Fontes I p. 251—254. 371 sq.

[2] Wlassak, Kritische Studien zur Theorie der Rechtsquellen im Zeitalter der klassischen Juristen (1884) II.

nachgeht, werden sie beiseitegeschoben und endlich verdrängt. Zugleich finden die Präfekten es angemessen, Vergehen, die bis dahin überhaupt nicht strafbar waren, wie Diebstahl, Betrug u. dergl., nach Kognition zu ahnden (Stellionat, Abigeat u. s. w.): sogenannte crimina extraordinaria. Auf diesem Gebiete ist der Kaiser überall höchste Instanz; seine Weisungen also sind unbedingt maßgebend. Für die Zivilsachen[1] ist 2. Grundsatz, daß der Kaiser jede noch beim Prätor anhängige Sache an sich ziehen und selbst darüber entscheiden darf. Das geschieht mittels Dekrets nach gehöriger cognitio. Daß der Kaiser Geschworene bestellt hätte, ist wenig wahrscheinlich, ein Beispiel jedenfalls nicht überliefert. Von dieser bedeutenden Befugnis haben die Kaiser, soviel wir wissen, nur sparsamen Gebrauch gemacht (D. 5, 2. 28; 28, 5. 93); vielleicht nur da, wo das imperium mixtum (D. 2, 1. 3) des Prätors in Frage kam (Restitution, Mission, bonorum possessio). In ganz ähnlicher Weise greifen die kaiserlichen Diener mit polizeilicher Hilfe ein, wenn der prätorische Rechtsschutz versagt. So werden die Sachen an sie gebracht, die mit der öffentlichen Sicherheit und dem Kornhandel zusammenhängen (D. 1, 12, 2), z. B. Mietsstreitigkeiten an den praefectus vigilum (D. 19, 2. 56; 20, 2. 9), Schiffsdarlehen an den praefectus annonae (D. 14, 5. 8; 14, 1. 1, 18), Straßenverbauungen an den curator viae (Paul. sent. 5, 6. 2). Viel wichtiger ist eine andere Art des kaiserlichen Eingreifens in die Rechtspflege. Manche neu aufkommenden Ansprüche bedürfen der Klage und neue Verhältnisse der rechtlichen Regelung, während man sie bisher der Sitte überlassen hatte. In republikanischer Zeit griff hier der Prätor ein, und auch in der Kaiserzeit hat ja seine produktive Tätigkeit nicht sofort aufgehört (§ 40). Aber neben ihm macht sich jetzt die Macht des Kaisers geltend. Dieser hilft auf Grund seiner höchsten Vertrauensstellung und sorgt für die Verwirklichung solcher schutzwürdiger Ansprüche. Regelmäßig handelt er indes nicht selbst. Er überweist die Fälle vielmehr an Konsuln und Prätoren zur weiteren Veranlassung, d. h. zur Untersuchung, Entscheidung und Vollstreckung. Diese Staatsbeamten sind seine Delegaten; daher ist das Kognitionsverfahren durchgängig üblich, also ohne Geschworene und Formel; denn es ist kein Gerichtsverfahren. Allmählich aber erfolgt ein geregelter Ausbau nach dem Vorbilde des ordentlichen Prozesses. Hierher gehören: Fideikommisse (Konsuln und praetor fideicommissarius), gesetzliche Alimenten- und Dotalansprüche (Konsuln), Ansprüche auf Freilassung und Emanzipation (praetor de liberalibus causis), Honorar- und Salarforderungen (praetor urbanus?). Andere Sachen werden als dem öffentlichen Rechte angehörig überhaupt nicht im Zivilprozesse verhandelt, wie Ärarial- und Fiskalforderungen und -schulden (praetor aerarii, praetor fiscalis) und Pollizitationen (Konsuln). In allen diesen Fällen war der Kaiser oberste Instanz; seine Entscheidungen und Verfügungen an den Unterrichter mußten also bindend sein.

§ 44. Auf diesem Gebiete des sogenannten ius extraordinarium[2] ist der Einfluß der Kaiser auf die Rechtsbildung ein sehr bedeutender, wenn nicht ausschließender. Die Dekrete und Reskripte sollen freilich zunächst nur Anwendung des bestehenden Rechtes auf die einzelnen Fälle enthalten. Aber hier war ja eine Ordnung überhaupt erst durch die Praxis zu schaffen. Und dabei versteht es sich, daß die Kaiser in freierer Weise verfahren und Rücksichten der Billigkeit und Zweckmäßigkeit in größerem Maße einfließen lassen konnten, als dies dem gewöhnlichen Richter möglich gewesen wäre. Doch muß man anerkennen, daß sie es mit einem so echt juristischen Takte und Sinne getan haben, daß diese ganze Rechtsbildung mit zu den glänzendsten Seiten des römischen Rechtslebens gehört. [Der Grund dafür liegt darin, daß die Kaiser sich der Fachjuristen als Berater bedienten und sie in ihr consilium zogen. Diese Behörde, aus Senatoren und Rittern gebildet, für die Zwecke der Rechtsprechung und Rechtweisung bestimmt, wird seit Hadrian fest organisiert. Von ihm ist namentlich sicher überliefert, daß er

[1] Pernice, Volksrechtl. und amtsrechtl. Verfahren, in der Festgabe für Beseler S. 51.
[2] Wlassak, Kritische Studien I. Kuntze, Die Obligation und das ius extraordinarium (1886) II.

Juristen in seinem consilium hatte. Und mit ihm beginnt nach der Kodifikation des Ediktes die unmittelbare Einwirkung der Kaiserverlasse auf die Rechtsbildung[1], und zwar außerhalb des sog. ius extraordinarium. Schwierig ist es auch zu bestimmen, inwieweit dieser kaiserliche Einfluß durch Dekrete und Reskripte auch auf den ordentlichen Prozeß mit Geschworenen übergriff. Gegen die Verfügung der Prätors durfte sicherlich an den Kaiser, wie früher an die Tribunen, Berufung eingelegt werden[2]. Er mag dann allmählich nicht bloß vernichtet und zurückverwiesen, sondern selbst entschieden haben. Das machte sich dann auch im Formularverfahren geltend. Dagegen war der Geschworenenspruch jedenfalls unabänderlich. In den kaiserlichen Provinzen aber wird wohl überhaupt nicht mit Geschworenen verhandelt; in den senatorischen gerät das Institut der Schwurgerichte mehr und mehr in Verfall: der iudex privatus wird zum Unterrichter (iudex datus, pedaneus: D. 2, 8. 9). Damit dehnt sich das Gebiet der kaiserlichen Gerichtsbarkeit immer weiter aus. Zweifelhaft ist es, ob die Kaiser auch auf Parteianfragen im Formularverfahren Reskripte erließen. Die Einholung eines kaiserlichen Gutachtens wäre an sich nicht ausgeschlossen. Aber in dem eigentlichen Reskriptsverfahren vertritt der kaiserliche Bescheid so vollständig die Formel, daß für beide kein Platz ist. Sicher aber haben die Prätoren ihnen bekannte Reskripte analog verwertet (Inst. 4, 6. 30). — Nach allem dem erweckt es eine unrichtige Vorstellung, wenn man die richtende und gutachtende Tätigkeit der Kaiser als Kabinettsjustiz bezeichnet.] Jedenfalls ist sie im ganzen nicht gemißbraucht worden. Die Reskripte treten nach dem Untergange der großen Jurisprudenz gewissermaßen an die Stelle der responsa der Juristen. Wie die Gesetzgebung, so konzentrierte sich auch der Rechtsgeist vom Volke durch die Juristen zuletzt im Kaiser. Die Zahl der Reskripte ging weit in die Tausende; von Diokletian allein kennen wir gegen 1300. Auf uns gekommen sind sie hauptsächlich durch die späteren Sammlungen[3].

§ 45. Rechtskraft. Alle Erlasse der Kaiser wurden mit dem allgemeinen Worte constitutio bezeichnet. [Die mandata werden formell darunter nicht mitbegriffen (D. 1, 4. 1), wohl weil sie sich nicht als Weisungen an die Untertanen richten.] Die kaiserliche Verordnung umfaßt daher gleichmäßig die allgemeinen Edikte und Mandate und die speziellen Reskripte und Dekrete und ohne Unterschied zwischen Verwaltungs- und Justizsachen. Die rechtliche Kraft aller dieser Verfügungen war ursprünglich ohne Zweifel nach den einzelnen Verhältnissen verschieden bestimmt. Der Kaiser stand nicht über dem Gesetze. Der Satz: princeps legibus solutus est (D. 1, 3. 31) bezieht sich selbst noch im Munde Ulpians lediglich auf die Befreiung des Kaisers von gewissen Formvorschriften (bei Freilassung, bei Adoption) und von den lästigen Beschränkungen namentlich durch die lex Papia Poppaea. Und ebenso äußert sich Kaiser Alexander (C. 6, 23. 3). Die Mandate erloschen mit dem Tode des Mandanten und bedurften, wenn sie weiter gelten sollten, der Erneuerung durch den Nachfolger. Dasselbe war wahrscheinlich ursprünglich bei den Edikten der Fall; sie verloren, wie die alten magistratischen Edikte, ihre Geltung mit dem Ablaufe der Amtsdauer des Edizenten[4]. Jedenfalls waren sie, gleich den sonstigen acta Caesaris, der Aufhebung ausgesetzt, wenn der Kaiser nach dem Tode durch den Senat

---

[1] Haubold, De consistorio principum (opusc. I 186—314); ebendarüber und über vielerlei anderes Cuq, Le conseil des empereurs. 1884.

[2] Merkel, Abhandlungen II (1883).

[3] Alle außerdem erwähnten oder überlieferten Konstitutionen von Augustus bis Konstantin bei Haenel, Corpus legum ab imperatoribus romanis latarum (1857) p. 1—182. Eine Anzahl inschriftlicher Konstitutionen sind seitdem gefunden: das edictum Claudii de civitate Anaunorum (einer Völkerschaft bei Trient) v. J. 46 (Ti. Claudius dicit); das decretum Commodi de saltu Burunitano, etwa v. 180, über die Fronden der Domänenbauern in Afrika. Die inschriftlich erhaltenen Erlasse bei Bruns, Fontes I p. 238 sqq.

[4] ⟨Darin, daß gelegentlich von der Aufhebung eines Edikts durch Nachfolger des Edizenten die Rede ist (D. 28, 2. 26), liegt jedenfalls kein Beweis dafür, daß es beim Tode des Edizenten auch ohne Erneuerung fortgalt. (A. M. Kipp, Quellenkunde S. 34.) Vgl. über die Literatur der Frage Krüger, Gesch. d. Quellen u. Liter. S. 103.⟩

wegen Hochverrats verurteilt wurde (damnatio memoriae). Ob es damit immer juristisch genau genommen wurde, ist eine andere Frage. Die Dekrete und Reskripte waren an sich stets nur Entscheidungen des Einzelfalles. Aber nicht nur daß Reskripte vorkamen, die, obwohl nur an einen Beamten gerichtet, dennoch sich selber allgemeine Bedeutung beilegten (die epistulae generales oder rescripta generalia D. 11, 4. 1, 2; 24, 4. 1, 8; 35, 2. 89, 1), — auch die Spezialentscheidungen galten als authentische Interpretation der entschiedenen Rechtsfrage und verloren diese Bedeutung sicherlich auch nicht durch den Tod ihres Urhebers. Seit Trajan und Hadrian kam es auf, Reskripte durch öffentlichen Aushang dem Publikum bekannt zu geben und in einer amtlichen Sammlung zu vereinigen (liber libellorum rescriptorum et propositorum)[1], woraus dann die Juristen zu schöpfen vermochten, und vom Ende des zweiten Jahrhunderts ab bis auf Diokletian ist diese Art der Veröffentlichung der Reskripte die Regel. Im Laufe der Zeit befestigte sich allmählich die Annahme, daß alle Verfügungen der Kaiser (die Mandate ausgenommen) vicem legis, d. h. Kraft der Volksgesetze hätten. Begründet wurde diese Annahme damit, daß der Kaiser das Imperium vom Volke erhalte (Gaius 1. 5) oder das Volk ihm sein ganzes Imperium übertragen habe (Ulpian D. 1, 4. 1 pr.?). Wann diese Anschauung Geltung gewann, ist ungewiß. In den Provinzen scheint sie schon unter den Antoninen geherrscht zu haben, da sie Gajus vertritt. Allgemein wurde sie wohl erst beträchtlich später. Dio Cassius (53, 18) trägt unter Alexander vor, die Kaiser seien von allem gesetzlichen Zwange befreit und durch kein geschriebenes Recht gebunden. — Das Verhältnis des Kaisererlasses zum Senatsgesetze ist hiernach anfänglich das: der Kaiser kann den Senatsbeschluß wohl auslegen, d. h. einschränken oder ausdehnen, aber nicht aufheben (D. 48, 10. 15 pr.; 47, 11. 6, 1). Nachdem aber die Gesetzeskraft der Konstitutionen anerkannt worden ist, beseitigt auch der Erlaß das Senatuskonsult. Daß indes die römischen Juristen so weit gegangen seien, anzunehmen, durch die Konstitutionen werde Zivilrecht begründet, ist zwar mehrfach behauptet, aber nicht bewiesen[2]. Der Unterschied von den eigentlichen Gesetzen wird doch immer noch empfunden.

V. Die Jurisprudenz.

§ 46. Wesen der Jurisprudenz. Das Hauptelement für die Rechtsentwicklung der ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit war, wie schon oben hervorgehoben ist, die Jurisprudenz. Sie ist überhaupt das, was dem römischen Rechte seine welthistorische Bedeutung gesichert oder eigentlich verschafft hat. Die römischen Gesetze, Edikte, Konstitutionen mit ihren vereinzelten Bestimmungen würden nie imstande gewesen sein, eine weit über das römische Reich hinausgehende Bedeutung zu erlangen.

Um diese Bedeutung der römischen Jurisprudenz gehörig zu würdigen, muß man von dem wesentlichen Gegensatze ausgehen, in dem sie zu der heutigen Rechtswissenschaft steht. ⟨Vergleichen wir die Überreste der römischen Juristenschriften mit der modernen Rechtsliteratur, so bemerken wir vor allem, daß die Alten die Abstraktion, die Reduktion der Einzelerscheinung auf allgemeine Begriffe und der Rechtssätze auf allgemeine Prinzipien bei weitem nicht bis zu dem Grade treiben wie wir. Sie erörtern an hundert Stellen Einzelfragen, die sich an die Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte knüpfen; aber sie haben keinen allgemeinen Begriff und keine allgemeine Theorie weder der Nichtigkeit noch der Anfechtbarkeit. Sie berichten uns eingehend über den Abschluß gewisser obligatorischer Verträge, — der Begriff des Vertrags, geschweige denn der des Rechtsgeschäfts, ist ihnen fremd geblieben. Sie sprechen vom Irrtum bei den verschiedensten Gelegenheiten, — über den Irrtum im allgemeinen finden wir nur ein paar dürftige

[1] Die Kenntnis dieses Verfahrens verdanken wir einem Reskript Gordians an die Skaptoparener (Bruns, Fontes I p. 248); vgl. Mommsen, Ztschr. f. RG. XXV S. 244 ff.

[2] ⟨Vgl. indes Papinian in D. 1, 1. 7 pr. Dazu Ehrlich, Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen I S. 138 ff.⟩

Gemeinplätze. Und so steht es durchaus. Ein Zweites ist, daß die Römer auf sorgfältige Analyse der Begriffe ganz und gar nicht das Gewicht legen wie die Modernen. Dabei ist nicht bloß an ihre bekannte Abneigung gegen Definitionen zu denken. Man kann den Wert der üblichen kurzen „diagnostischen" Definitionen für sehr problematisch halten, die möglichst erschöpfende Analyse der Rechtsbegriffe erscheint unserer Rechtswissenschaft ganz unentbehrlich. Aber es gibt kaum einen wichtigeren Rechtsbegriff, den ein römischer Jurist auch nur annähernd genau analysiert hätte. Nicht außer Zusammenhang hiermit ist eine weitere Eigentümlichkeit: die Sparsamkeit, mit der die Römer sachliche Begründungen geben; ja sie verschmähen oft überhaupt jede Begründung ihrer Entscheidung, antworten auf vorgelegte Fragen nur einfach mit Ja oder Nein. Daß wir die Gründe meist leicht zu ergänzen vermögen, kann an der Tatsache nichts ändern, und auch Kontroversen, bei denen die Gründe der entgegengesetzten Meinungen für uns gar nicht oder sehr schwer zu entdecken sind, werden uns meist nur einfach als Meinungsverschiedenheiten überliefert. Um so häufiger freilich findet sich als Begründung die Berufung auf die Autorität älterer Vorgänger. Wer aber daraus auf ein Interesse an der historischen Entwicklung der Rechtsinstitute schließen wollte, würde sich täuschen; der rechtsgeschichtlichen Forschung, der wir Modernen unsere glänzendsten und gesichertsten Ergebnisse verdanken, steht der römische Jurist sehr gleichgültig gegenüber. Nicht als ob sich nicht hie und da, wie bei Gajus, historische Notizen fänden; manches dergleichen mag auch von den Kompilatoren weggestrichen sein. Aber der Gedanke, das Wesen eines Rechtsinstituts dadurch zu ergründen, daß man sein Wachstum von seiner historischen Wurzel aus bis auf die Gegenwart verfolgt, ist, soweit wir wissen, römischen Juristen überhaupt nicht gekommen. Und wie mit der geschichtlichen Forschung steht es endlich auch mit einem anderen wissenschaftlichen Bestreben, das bei den Modernen die eifrigste Pflege findet; die Systematik der Römer läßt außerordentlich viel zu wünschen übrig. Das einfache und relativ klare System, das wir bei Gajus finden und das wohl nicht erst er erdacht hat, wurde nur für die Zwecke des ersten Rechtsunterrichts adoptiert. Sieht man davon ab, so scheint die größte Tat der Römer auf dem Gebiet der Systematik das System der libri iuris civilis des Sabinus zu sein, ein System, in dem bezeichnend genug (wie übrigens schon bei Q. Mucius) das Erbrecht, das eigentlich alles andere voraussetzt, an der Spitze steht. Aber weder nach diesem noch nach irgend einem anderen System ist es jemals zu einer wirklich eingehenden Bearbeitung des gesamten römischen Privatrechts, wie wir solche in unseren Lehrbüchern besitzen, gekommen. Gerade die bedeutenderen unter den römischen Juristenschriften sind nur Sammlungen lose aneinandergereihter Erörterungen oder Entscheidungen, wobei mindestens seit dem zweiten Jahrhundert n. Chr. von allen die gleiche Ordnung befolgt wird, und zwar eine Ordnung, die schon gegenüber dem System des Gajus überhaupt nicht als System bezeichnet werden kann[1].

Nach alledem ist klar, daß uns die Römer ganz und gar nicht, wie man wohl behauptet hat, Vorbilder der wissenschaftlichen Methode sein können. Das, worin wir uns von ihnen unterscheiden, bedeutet durchweg nicht Rückschritt, sondern Fortschritt in der Methode. Man wird aber den Römern überhaupt nicht gerecht, wenn man sie als Männer der Wissenschaft beurteilt. Ihr unsterbliches Verdienst liegt nicht in dem, was sie für die Erkenntnis des römischen Rechts geleistet, sondern darin, daß sie das römische Recht, wenigstens das, was bauernden Wert in ihm behauptet, geschaffen haben. Die Großen unter ihnen waren keine Theoretiker, sondern geniale Praktiker, und danach muß ihr ganzes Verfahren beurteilt werden. Der wissenschaftliche Forscher wird kraft inneren Triebes stets die allgemeinste Formel suchen, auf die sich die Einzelerscheinung zurückführen läßt; dem Praktiker aber ist Zurückhaltung in der Reduktion natürlich.. Er weiß, wie gefährlich die Verallgemeinerung ist; warum sollte er das Entscheidungsprinzip allgemeiner fassen, als es das Bedürfnis des Urteils im Einzelfall verlangt? Der Mann der Wissenschaft empfindet das Bedürfnis, sich der Elemente der von ihm gebrauchten Begriffe bewußt zu werden, wird auf deren möglichst sorgfältige Analyse bedacht sein.

[1] Vgl. die Zusammenstellung bei Lenel, Palingen. II col. 1255.

Dem Praktiker, wenigstens dem genialen, sind diese Begriffe in der Anschauung lebendig und werden von ihm aus dieser Anschauung heraus fest und sicher gehandhabt. Der Forscher muß über die Gründe seiner Entscheidung Rechenschaft geben; der Praktiker hat seine Aufgabe erfüllt, wenn er zutreffend entschieden hat, — Gründe gibt er nur dann, wenn ihn die Verhältnisse, z. B. eine Frage oder eine Gründe fordernde Prozeßordnung, dazu zwingen. Der Forscher wird die historische Erscheinung historisch begreifen wollen; der Praktiker lebt und webt in dem Recht der Gegenwart. Den Forscher treibt es, dem inneren Zusammenhang der gefundenen Einzelsätze nachzugehen; der Praktiker fühlt wohl auch diesen Zusammenhang, aber zum Bewußtsein bringt er ihn sich nur, wenn das Bedürfnis der Einzelentscheidung es fordert, — die Systematik an sich ist ihm gleichgültig.

Was wir den römischen Praktikern verdanken, das ist die Kunst der juristischen Technik, die Kunst, mit den Mitteln des gegebenen Rechts auch das neu auftauchende Bedürfnis zu befriedigen, von festem Boden aus umsichtig weiterbauend das Gebäude des Rechts zweckmäßig zu erweitern, die Kunst, jedem Verhältnis des Lebens die Seiten abzusehen, die das Recht beachten muß, wenn es nicht zu unbilliger Starrheit kristallisieren, die es allein beachten darf, wenn es nicht elastischer werden will, als es das Bedürfnis des Verkehrs nach einer gesicherten Ordnung gestattet, — kurz, was ein römischer Jurist selbst die ars boni et aequi nannte.) Von der Bedeutung und dem Wesen dieser Aufgabe, ja von ihrem Dasein überhaupt hatte man vor ihnen keine Idee, da der Begriff einer juristischen Technik überhaupt noch gar nicht im Bewußtsein der Welt vorhanden war. [Eine solche kann sich da nicht leicht bilden, wo die Volksgemeinde selbst oder ein Ausschuß naiv nach ungeschriebenem Gewohnheitsrechte die Rechtshändel entscheidet. Hier ist die Rechtsweisung stets mehr oder minder Rechtsschöpfung; unbewußt tritt das Gefühl an Stelle des Rechtssatzes, und es wird ein Rechtssatz für den Einzelfall gefunden. In Rom aber ist von alters her der Richter wie der Beamte unter das Gesetz gestellt. Das ist die Folge der staatlichen und Gerichtsorganisation und vor allen Dingen der frühen Aufzeichnung des Landrechtes.] So führten das wirkliche Leben und das praktische Bedürfnis die römischen Juristen von selber auf die Technik hin. Eben darum besteht ihre Wissenschaft auch nicht in einem Suchen nach abstrakten Prinzipien und ihrer theoretischen Entwicklung, sondern sie ist eine rein praktische, unmittelbar durch das Leben und das praktische Bedürfnis angeregt, unmittelbar auf dessen Befriedigung gerichtet. Dabei aber gehen sie nicht in bewußter Weise induktiv und deduktiv zu Werke, sondern sie entfalten ein so wunderbares Talent der unbewußten, naiven Produktion, daß sie einzig und unerreicht dastehen. Sie haben gewissermaßen die schöpferische Kunst des Rechts, der die erklärende Theorie erst nachfolgt. Jeder Fall, jedes Verhältnis erscheint ihnen sofort im Lichte der maßgebenden Rechtssätze, und mit fast unfehlbarer Sicherheit treffen sie die Entscheidung der entstandenen Rechtsfrage. Das Prinzip mit seinen Folgen steht fest vor ihrem Auge, aber nur in unmittelbarer Intuition; es abstrakt scharf auszusprechen, im Grunde genau darzulegen halten sie einerseits nicht für nötig, sind aber andrerseits auch nicht fähig dazu. Sie geben oft geradezu falsche Gründe, und wenn sie Prinzipien und Begriffe abstrakt bestimmen und entwickeln wollen, werden sie rhetorisch, selbst trivial und verfallen sofort wieder in die Einzelentscheidungen.

Ihre Wissenschaft bleibt darum wesentlich kasuistisch, auch ihre Kommentare und Systeme sind kasuistisch, aber es ist nicht jene spitzfindige scholastische Kasuistik, die sich darin gefällt, möglichst sonderbare und paradoxe Kombinationen zu lösen, sondern eine lebendig-praktische, die nur den Reichtum und die Mannigfaltigkeit des wirklichen Lebens zu erfassen und zu beherrschen bestrebt ist.

Fragt man nach dem inneren Werte der Ergebnisse der römischen Rechtswissenschaft, so ist es eine althergebrachte Ansicht, daß sie die Entwicklung des reinen Naturrechts enthalte. In gewisser Weise ist dies richtig. Die römischen Juristen der klassischen Zeit haben in der Tat dem Rechte vielfach die nationalen Besonderheiten abgestreift und es zum Weltrechte ausgeweitet. Noch mehr sieht das so aus in der Justinianischen Kompilation; denn hier ist eine große Anzahl in klassischer Zeit noch durchaus gebräuchlicher nationaler Institute grundsätzlich beseitigt (Manzipation, Fiducia, Sponsion und Fidepromission,

Abstipulation). Immerhin konstruieren die römischen Juristen selber in der Regel nicht aus den besonderen Gestaltungen der nationalen Gewohnheit, sondern selbständig aus den naturalen Elementen der Lebensverhältnisse heraus; also z. B. aus den abstrakten Begriffen des rechtsfähigen Subjekts und Objekts, des Willens, der Willensvereinigung, der Gebundenheit des Willens u. s. w. [Die Juristen verstärken den Anschein, als bauten sie die Dinge wirklich rein begrifflich a priori auf, durch zwei Eigentümlichkeiten. Sie bezeichnen einmal manche Institute (wie Tradition, Okkupation, Alluvion) und einzelne Rechtssätze (superficies solo cedit) als naturgemäße (naturalis ratio, naturale ius), sie setzen sie dem ius civile entgegen und übertreiben ihre Lehre sogar dahin, daß civilis ratio naturalia iura corrumpere non potest (D. 7, 1. 45; 43, 16. 1, 27; 9, 2. 50; 50, 16. 42; 4, 5. 8; Gaius 2, 66, 69 sq.; Ulpian. 28, 9). In ähnlicher Weise handhaben die Juristen auch die aequitas: sie reicht bei ihnen über die „Billigkeit" hinaus und verschwimmt manchmal geradezu mit dem Naturrechte (D. 38, 8. 2; 41, 1. 9, 3; 49, 15. 19 pr.). Mit der aequitas werden nicht nur Einzelentscheidungen bequem begründet (D. 18, 4. 2, 3), sondern auch zivile und prätorische Rechtsinstitute innerlich gerechtfertigt (D. 12, 6. 14 und 66; Gaius 4, 71. 75), ja sie wird den Juristen zu einem höheren Maßstabe, nach dem sie das bürgerliche Recht kritisch beurteilen (D. 2, 14. 7, 10; 15. 1. 32 pr.; 44, 4. 1, 1).] Wenn man in einer solchen abstrakten Entwicklung der Elemente Naturrecht sehen will, so ist dieses allerdings im römischen Rechte vielfach enthalten. Indes darf man sich darüber nicht täuschen, daß jene ganze Auffassung eine durchaus einseitige ist, die dem Reichtume des Rechtslebens an Bildungen und Begriffen in keiner Weise genugtut: eine andersartige Entfaltung der sozialen Verhältnisse, als das römische Leben sie hatte, mußte notwendig eine andere Auffassung und Gestaltung der Rechtsverhältnisse und andere Rechtsbegriffe hervorrufen. Man denke z. B. nur an Grundeigentum und Hypothekenwesen. Eben darum kann man den Wert der römischen Auffassungen auch nicht in ihrer absoluten Zweckmäßigkeit für die Lebensverhältnisse finden. Denn diese unterliegt bei veränderten Grundlagen des sozialen Lebens, wie sie bei uns eingetreten sind, vielfach ganz anderen neuen Anforderungen, denen die römischen Bestimmungen keineswegs immer entsprechen. Aber an den römischen Mustern haben wir gelernt, mit den Mitteln unseres Rechtes den Forderungen des modernen Lebens gerecht zu werden. Ihre Kasuistik beruht nie auf einem bloßen allgemeinen Rechtsgefühle, sondern sie operieren stets zunächst mit genauer Scheidung der verschiedenen rechtlichen Elemente, Rücksichten und Standpunkte, die in einem Verhältnisse liegen, und erreichen das Resultat dann durch konsequente Verfolgung und entsprechende Verbindung. Nicht unpassend nannte Leibniz dies ein Rechnen mit Begriffen; diesem Verfahren verdanken wir die scharfe Gliederung des Rechtssystems bis in seine feinsten Elemente hinein, die durch das römische Recht die Grundlage unserer Wissenschaft geworden ist. ⟨Rücksichtslos durchgeführt würde dasselbe freilich zu starrem Begriffsformalismus führen, und an Beispielen dafür fehlt es auch bei den Römern nicht. Aber vor dieser Klippe schützt die Römer in der Regel ihr gesunder Sinn für das Billige und Zweckmäßige; eine Entscheidung, die vor diesem Tribunal nicht standhält, nehmen sie keinen Anstand entsprechend zu korrigieren. Sie fühlen sich schließlich eben doch nicht als Mathematiker des Rechts, sondern als Männer des praktischen Lebens.⟩ In dieser Beherrschung der juristischen Technik stehen sich im wesentlichen alle römischen Juristen gleich, sie sind in dieser Beziehung ⟨freilich nur in dieser⟩ bei aller individuellen Verschiedenheit doch, wie Savigny einmal sagt, gewissermaßen fungible Persönlichkeiten, und darauf beruht es, daß wir in dem unendlichen Detail ihrer Kasuistik doch ein System von so merkwürdiger Konsequenz finden.

§ 47. Das ius respondendi. Ein wesentliches Element in der Entwicklung der römischen Rechtswissenschaft bildet die große praktische Bedeutung, die ihren Aussprüchen zu teil wurde. Sie beruhte zunächst schon auf der natürlichen Macht, die die Wissenschaft als solche auf die unstudierten Beamten und Geschworenen ausüben mußte. Dazu kam, daß die bedeutenderen Juristen meistens eine hohe politische Stellung einnahmen und damit ihr persönliches Ansehen auf ihre Schriften übertrugen. Sie waren

häufig Beamte, Freunde (amici) und Räte der Kaiser, d. h. Mitglieder des kaiserlichen consilium, welche aus der Zahl der amici gewählt zu werden pflegten, nämlich der Männer senatorischen oder ritterlichen Standes, welche die nähere Umgebung des Princeps bildeten (§ 44). Die Hauptsache war indessen eine eigentümliche politische Einrichtung, die schon Augustus eingeführt hat, das sogenannte ius respondendi. Pomponius erzählt, Augustus habe „ut maior iuris auctoritas haberetur", bestimmt, „ut ex auctoritate eius responderent"; die folgenden Kaiser hätten dies weiter geführt, und immer einzelnen Juristen das „ius publice respondendi" erteilt (beneficium dari coepit). Jedenfalls wurde dies Recht älteren und vornehmeren Männern verliehen; es scheint auf stadtrömische Juristen beschränkt gewesen zu sein, was nicht ausschließt, daß einmal ein Konsul mit dem Patente sich in der Provinz aufhielt (Fronto, Ep. ad am. 2, 10 [6]). Das ist indes nicht so zu denken, als ob den nichtpatentierten Juristen das Gutachtenrecht entzogen worden wäre; es ist kein Vorrecht, um das man sich, wie etwa um das Dreikinderrecht, beim Kaiser bewerben konnte, sondern es ist eine Auszeichnung für verdiente Rechtskenner. Dies scheint die Meinung des Kaisers Hadrian nach einer dunklen Stelle des Pomponius (§ 47). Tatsächlich aber entstanden allerdings zwei Schichten von Juristen. Denn nur den Responsen der patentierten wird ein Einfluß auf die richterlichen Urteile eingeräumt. Die Gutachten werden daher jetzt nicht mehr mündlich erteilt oder in einem Briefe an den Richter, sondern besiegelt (signata), d. h. im verschlossenen Diptychon (§ 55) der Partei übergeben (der Inhalt des Gutachtens war jedenfalls auf der Außenseite wiederholt, der Partei also bekannt); begründet brauchten die Gutachten nicht zu sein. Sie enthielten aber immer eine gedrängte Darstellung des Sachverhaltes; denn hier wie bei den Kaiserreskripten (§ 42) ist die Wahrheit des Vortrages Voraussetzung für die Wirksamkeit der Entscheidung. An eine eigentlich gesetzliche Geltung der responsa darf man nicht dabei denken, schon darum nicht, weil ja immer auch widersprechende Responsen leicht möglich waren. Es war mehr nur eine moralische oder politische „maior auctoritas", die sich bei den bestehenden Verhältnissen, namentlich der kaiserlichen Appellation, von selbst erklärt. Die Möglichkeit von Widersprüchen zwischen den Responsen sowohl der lebenden als der verstorbenen Juristen machte sich natürlich bald geltend und wurde um so wichtiger, weil man das größere Ansehen der privilegierten Juristen bald von ihren Responsen auch auf ihre sonstigen Schriften und Aussprüche übertrug. Hadrian bestimmte daher, daß, wenn die Ansichten und Aussprüche aller privilegierten Juristen übereinstimmten, sie „legis vicem" haben sollten, bei Widersprüchen aber der Richter freie Wahl behalten sollte[1]. Damit war der Anfang einer eigentlich gesetzlichen Kraft der Wissenschaft und ihrer Lehrsätze gemacht. Es konnte nicht fehlen, daß dies auch auf sie selbst zurückwirkte, und daß die Juristen in der Behandlung des Rechts und der Interpretation der Gesetze allmählich einen bedeutend freieren Standpunkt einnahmen, als er an sich eigentlich der Theorie zusteht und bei uns zulässig ist.

§ 48. Stellung der Rechtswissenschaft. Die Rechtswissenschaft erlangt in der Kaiserzeit durch die Veränderung des Staatslebens eine andere Stellung als früher. Die monarchische Ordnung des Staates wies dem Ehrgeize und dem Talente eine andere Laufbahn an als im Leben der Republik. Statt der Politik war jetzt haupt-

[1] [Die Auslegung von Gaius 1, 7 ist streitig: s. Krüger, Gesch. der Quellen S. 113. Die Äußerung für verworren und irrtümlich zu erklären, scheint in einer solchen Frage nicht anzugehen. Man muß doch wohl daran festhalten, daß Gajus wirkliche Prozeßgutachten im Auge hat, die dem Richter vorgelegt werden; stimmen sie überein, so ist der Richter an diese Entscheidung gebunden. Gajus nennt die responsa prudentium unter den Rechtsquellen. Da kann er das Wort nur im technischen Sinne nehmen. Die Erläuterung mit sententiae et opiniones, Urteile und Darlegungen, ist nicht geschickt; aber man ist schwerlich berechtigt, diese Worte in solchem Zusammenhange auf den Gesamtinhalt der Juristenschriften zu beziehen. Ein Erlaß Hadrians, der Richter dürfe bei Uneinigkeit unter den Juristenschriften nach freiem Ermessen entscheiden, scheint mir unmöglich. (Abweichend Jörs in Birkmeyers Encyklopädie S. 84 N. 2.) Wohl aber kann der Kaiser auf Anfrage sich dahin geäußert haben: wenn die vorgelegten Gutachten sich widersprechen, solle der Richter seiner eigenen, nicht einer der Juristenmeinungen folgen.]

sächlich die innere Verwaltung und namentlich die Justiz das Feld, auf dem man zu Ansehen und Ehren gelangen konnte. Dabei trat aber jetzt mehr und mehr das Bedürfnis eigentlicher Fachkenntnisse zur gehörigen Verwaltung der Ämter hervor. [Die höhere prokuratorische Laufbahn war in der ersten Kaiserzeit ausschließlich eine militärische. Die kaiserlichen Verwaltungsbeamten sind durchgängig frühere Offiziere. Später aber — etwa seit Hadrian, vielleicht schon früher — kommt daneben eine rein bürgerliche juristische Vorbildung auf, welche, wie es scheint, der militärischen gleichberechtigt wurde[1].] Die Kaiser suchten möglichst Männer von anerkannter juristischer Bildung für die höheren Ämter und zu ihren Ratgebern zu gewinnen. Das sicherste Mittel, juristische Befähigung zu zeigen, war aber, sich als Respondent, Lehrer und Schriftsteller hervorzutun. Demgemäß sehen wir, daß es die gewöhnliche Laufbahn der bedeutenderen Juristen war, als Lehrer und Respondenten anzufangen und dann allmählich zu Ämtern und in den Rat der Kaiser aufzusteigen[2].

§ 49. Der Rechtsunterricht. In Verbindung mit dieser stärkeren Beteiligung an der Rechtswissenschaft steht die Ausbildung eines schulmäßigen juristischen Unterrichts. [Im Beginne der Kaiserzeit war der Rechtsunterricht von der republikanischen Weise nicht wesentlich verschieden. Er bestand darin, daß bekannte Rechtsgelehrte öffentlich Gutachten erteilten (publice respondere): die Jünger hörten zu; es wurde über den Fall verhandelt (tractare) und gestritten (disputare). In dieser Weise „lehrten" Labeo und später z. B. Nerva, Javolen (D. 40, 2. 5) — vornehme Männer, die man nicht zu gewöhnlichen Rechtslehrern stempeln darf. Erst allmählich kamen — doch wohl nach dem Muster der seit Tiberius eingebürgerten Rhetorenschulen — Anstalten für den Rechtsunterricht auf. In einer solchen Schule lehrte sicher Sabin, wahrscheinlich auch Prokulus. Hier wird der Unterricht systematisch getrieben. Es werden zur Einführung zusammenhängende Vorträge gehalten (instituere) und dementsprechend Lehrbücher für den Anfangsunterricht geschrieben (institutiones, regulae); im weiteren Fortschritte werden dann auch einzelne Fragen und Rechtsfälle behandelt. Mit dem Zudrange zur prokuratorischen Laufbahn wuchs das Bedürfnis nach juristischer Gewandtheit und Geübtheit. Und so werden zur Zeit des Pius zahlreiche „stationes ius publice docentium et respondentium" erwähnt (Gellius 13, 13). Man kann sie nur als private Lehranstalten für Rechtswissenschaft auffassen. Gegenüber den römischen Schulen traten die außeritalischen noch zurück: auch die Provinzialen kamen sehr zahlreich nach Rom, um zu studieren (D. 5, 1. 18, 1; 12, 1. 17 u. a.). Die berühmten Rechtsschulen in Beryt, Cäsarea und Alexandrien sind erst viel später entstanden; die von Beryt wird zuerst unter Severus Alexander erwähnt.]

§ 50. Die beiden Juristenschulen. In den Anfang der Kaiserzeit fällt die Begründung der beiden berühmten „sectae" oder „scholae" der Sabinianer und Prokulianer. Ihre Entstehung und Bedeutung sind noch immer nicht klar, wohl hauptsächlich darum, weil der Ursprung etwas anderes war als die spätere Ausbildung. Der erste Anfang lag in einem rein individuellen Gegensatze zwischen zwei bedeutenden Juristen. M. Antistius Labeo und C. Atejus Capito waren anerkannt die beiden ersten Juristen unter Augustus, „decora pacis", wie Tacitus (ann. 3, 79) sagt. Beide waren aber nach Anlage, Charakter und geistiger und politischer Richtung vollständige Gegensätze. An der Grenzscheide der Republik und Monarchie stehend, waren sie gewissermaßen die theoretischen Repräsentanten beider. Labeo[3], aus alter plebejischer Familie, war wie sein Vater, der mit Brutus bei Philippi gekämpft und sich selbst den

---

[1] O. Hirschfeld, Untersuchungen auf dem Gebiete der römischen Verwaltungsgeschichte I (1877) S. 240 ff.

[2] Vgl. Bremer, Die Rechtslehrer und Rechtsschulen im römischen Kaiserreiche. 1868. Dazu die Kritik von Degenkolb in der kritischen Vierteljahrsschrift XIV 517.

[3] A. Pernice, M. Antistius Labeo. I. (1873). II. (1878. 2. Aufl. 1895. 1900). IIIa. (1892).

Tod gegeben hatte, schroffer Republikaner, „incorrupta libertate“, wie Tacitus sagt. Verschiedene kleine Anekdoten von ihm bestätigen es. Sein eigener Gegner Capito schrieb von ihm, er sei ein ausgezeichneter Rechtsgelehrter gewesen (eum iuris civilis doctum adprime fuisse), und fügt hinzu: „sed agitabat hominem libertas quaedam nimia atque vecors“ (Gellius 13, 10). Capito dagegen, aus einer erst in Sullanischer Zeit heraufgekommenen Familie, entwickelte ein solches „obsequium“ gegenüber den Gewalthabern, wie es Tacitus nennt, daß er zwar bei Augustus und Tiberius in hohen Ehren stand (cos. 5 p. C.), aber durch servile Schmeichelei in allgemeine Verachtung kam: sie war um so größer (insignitior infamia fuit), sagt Tacitus, quod bonas domi artes (seine umfassende Rechtskunde) dehonestavisset. Beide waren Schriftsteller und Lehrer, Labeo aber weit überwiegend an Geist, Gelehrsamkeit und allgemeiner Bildung. Pomponius charakterisiert den wissenschaftlichen Unterschied beider so: „Labeo ingenii qualitate et fiducia doctrinae plurima innovare instituit, Capito in his, quae ei tradita fuerant, perseverabat.“ Offenbar war der ganze Gegensatz danach ein höchst individueller und vorzugsweise auf dem eigentümlich hervorragenden Geiste und Charakter des Labeo beruhender. Indessen führte er zu einer Reihe einzelner praktischer Rechtskontroversen, in denen er auch in Schülern ohne die Individualität der Lehrer fortleben konnte. Unzweifelhaft stand jedoch die förmliche Scheidung von zwei eigentlichen „sectae“ oder „scholae“ mit der schulgemäßen Ausbildung des Unterrichts und den verschiedenen festen „stationes“ in Verbindung[1]. Die scholae waren nicht bloß ideelle Richtungen der Wissenschaft, sondern beruhten auf diesen verschiedenen Unterrichtseinrichtungen und Anstalten, in denen bestimmte Ansichten traditionell fortgepflanzt und von bestimmten Lehrern vertreten wurden. Die alten individuellen Gegensätze von Labeo und Capito verschwanden dabei vollständig, nicht nur der politische, sondern auch der wissenschaftliche von spekulativer und positiver Richtung. Der Unterschied der Schulen löste sich in eine Reihe einzelner, zum Teil sehr unbedeutender Kontroversen ohne alle tendenziösen Unterschiede auf[2]. Doch war der Streit von großem Einfluß auf die Wissenschaft, zunächst schon durch die allgemeine Steigerung des Interesses für juristische Fragen und dann namentlich durch die Schärfung der Dialektik und Polemik.

Den Anfang der eigentlichen Schulen hat man ziemlich bald nach Labeo und Capito selbst zu setzen; darauf deutet wenigstens, daß die Schule des Capito nach seinem unmittelbaren „Nachfolger“ Sabinus benannt wurde und die des Labeo nach einem zweiten Nachfolger Prokulus. Fortgedauert haben die Schulen bis auf Hadrian. Noch bei Gajus, der selbst Sabinianer ist, tritt der Streit sehr hervor [: das erklärt sich, wenn man annimmt, daß er fern von Rom war. Bei seinem Zeitgenossen Pomponius erscheint der Schulgegensatz bereits völlig verwischt. Er nennt zwar in seinem Abrisse der Rechtsgeschichte die Hadrianischen Juristen Celsus und Julian als letzte Schulhäupter. Aber in seinen sonstigen Schriften ist seine Stellung zu den einzelnen Kontroversen so wenig ausgeprägt, daß man darüber streitet, welcher Schule er selbst angehörte]. Wie und warum die Schulen aufhörten, ist unklar. [Man könnte vermuten, daß die Wissenschaft durch die großen Juristen der Hadrianischen Periode auf andere Probleme als die Schulkontroversen hingewiesen wurde, und daß andere Gegensätze an Stelle der abgelebten traten[3].]

---

[1] Schrader, Heidelberger Jahrbb. 1823. S. 979. Bremer, Rechtslehrer ꝛc. S. 68 ff.

[2] Völlig veraltet ist: Vitae tripertitae Ictorum veterum a B. Rutilio, I. Bertrando, G. Grotio conscriptae, ed. I. C. Franck. 1718. 4. Zimmern, Geschichte des röm. Privatrechts II 263—401. Krüger, Geschichte der Quellen S. 147—228.

[3] [Zur Ergänzung der obigen Darstellung ist auf folgende Punkte hinzuweisen. 1. Der von Pomponius geschilderte Gegensatz zwischen Labeo und Capito läßt sich nicht an ihren Schriften nachprüfen. Von Capito gibt es so gut wie keine privatrechtlichen Äußerungen. Es ist höchst auffällig, daß die Folgezeit sich auf Labeo überall, auf Capito gar nicht als auf eine Autorität beruft. Dies läßt sich nicht aus seinem „Verharren beim Überlieferten“ erklären. Mit seiner Stellung als Schulhaupt ist es kaum vereinbar. 2. Man hat neuerdings (Schanz, Philologus XLII XIII) ausgeführt, Labeo sei in grammatischen Fragen Analogist gewesen; er habe die Sprache angesehen als durch Gesetzmäßigkeit (ratio) beherrscht (Festus v. penatis, p. 253); die Anomalisten lassen den Ge-

§ 51. Von der Geschichte der einzelnen römischen Juristen wissen wir nicht viel. Die römische Geschichtschreibung der Kaiserzeit schrumpft ja [bei den römischen Historikern] fast ganz zu einer Geschichte der Kaiser zusammen. Was mit diesen nicht in Berührung tritt, wird der Vergessenheit überlassen. Daher erfahren wir von den Juristen immer nur einzelne gelegentliche Notizen, wenn sie höhere Ämter hatten oder sonst in die Kaisergeschichte verwickelt wurden. Und dazu kommen eine Reihe von Inschriften. Von vielen kennen wir geradezu nichts als ihre Namen und ihre Bücher. Man darf sich aber auch die Zahl dieser schriftstellernden Juristen nicht zu groß denken und nicht etwa heutige Maßstäbe anlegen. In den Pandekten sind 39 Schriftsteller exzerpiert, davon sind 34 aus der Zeit von Augustus bis in die Mitte des dritten Jahrhunderts. Sie waren zwar nicht die einzigen, aber doch mit wenigen älteren Ausnahmen die einzigen bedeutenden. Außerdem kennen wir noch etwa 50 Namen. Darüber hinaus kann es nichts Nennenswertes mehr gegeben haben.

---

brauch (usus) entscheiden. Träfe dies für Labeo selbst zu, so wüßten wir doch noch nicht, wie Capito dachte. Wie die Übertragung der Grundsätze der Analogisten auf die Rechtslehre überhaupt vorzustellen sei, ist schwer zu sagen; jedenfalls ist in Labeos Schriften kein „analogistisches" Verfahren zu entdecken. 3. Die Hoffnung, daß eine vollständigere Sammlung der Schulstreitfragen (als Dirksen, Beiträge 1825. I) mehr Licht über den tieferen Gegensatz verbreiten werde, ist trügerisch. Eher sind einzelne Schulstreitfragen, als bloß persönliche Meinungsverschiedenheiten, auszusondern. Es wird dabei bleiben müssen, daß ein grundsätzlicher Unterschied der Auffassung und der Methode nicht nachweisbar ist. ⟨Es ist nicht überflüssig, darauf hinzuweisen, daß die große Mehrzahl der Kontroversen sich um Fragen dreht, die mit wissenschaftlichen Gründen überhaupt nicht entschieden werden können, sondern nur durch Autorität.⟩ Der letzte Versuch schreibt den Prokulianern Festhalten an römisch-republikanischen, den Sabinianern Neigung zu naturalen und peregrinischen Rechtsanschauungen zu und findet hier die beginnende „Entnationalisierung" des römischen Rechtes. Mit Pomponius' Schilderung der beiden Schulhäupter steht das in seltsamem Widerspruche: von ihnen aber wichen die „Nachfolger" nicht ab (adhuc eas dissensiones auxerunt). 4. Der Vergleich der Juristenschulen mit den griechischen Philosophenschulen drängt sich auf; es sieht so aus, als habe ihn Pomponius veranlassen wollen, wie es die römischen Juristen lieben, ihre Wissenschaft neben die Philosophie zu stellen. Er sagt: veluti diversas sectas fecerunt; secta aber ist der Kunstausdruck für den Thiasos (D. 50, 5. 8, 4). Er läßt immer ein „Schulhaupt" dem andern „nachfolgen" (succedere) wie die griechischen Archonten; dabei gerät er in Verlegenheit bei Zeitgenossen: Nerva, Prokulus, Longinus; Celsus und Neratius; Aburnius, Julian und Tuscian. Näher zugesehen ist der Vergleich mit den griechischen Schulen äußerlich und innerlich völlig undurchführbar. Die Philosophenschule ist, wie wir jetzt wissen (Wilamowitz, Antigonos (1881) S. 263 ff.), ein Eranos, auf ewige Dauer angelegt, durch religiöse Gemeinschaft zusammengehalten, mit einem lebenslänglichen Vorstande und anderen Beamten, mit eigenem Vermögen und Monatsbeiträgen, mit gemeinsamen Mahlzeiten der Genossen (Athenaeus 5, 2). Dieser Organisation entspricht in Rom genau das Kollegium. In der Kaiserzeit würde dies — anders als nach attischem Rechte (D. 47, 22. 4) — einer Entbindung vom Verbote der lex Iulia bedürfen. Davon ist nicht die Rede: die römische Juristenschule ist ein ganz freier Verein; bei den vielfachen Erörterungen über die Unentgeltlichkeit des Unterrichtes hätte von den Brüderschaften die Rede sein müssen. Sachlich aber ist der Philosophenverein nicht eine Einrichtung bloß für den Unterricht, sondern zu gemeinschaftlicher Arbeit; er ist nicht anders zu denken als die Schulen der Maler, Ärzte und Sänger (Diels, Philos. Aufsätze, Zeller gewidmet, S. 243 ff.). Die Schüler tragen dem Meister den Stoff zu, helfen ihm bei der Vorbereitung und nehmen teil an der wissenschaftlichen Verarbeitung; die Werke erscheinen vielfach als Gesamteigentum der Schule. Etwas Ähnliches könnte man vielleicht bei den auditores Servii finden (Pomponius § 44); sicher aber nicht bei den späteren Schulen. 5. Daß die Schulhäupter in ähnlicher Weise wie Sabin Rechtslehrer waren, läßt sich nicht erweisen. Es ist sehr unwahrscheinlich, daß sie eine berufsmäßige Lehrtätigkeit neben einer amtlichen Stellung ausübten; höchstens könnte sie deshalb in ihre jüngeren Jahre fallen. So müßte Cassius, der im Jahre 30 Konsul war, zu einer Zeit gelehrt haben, wo Sabin noch in voller Kraft stand. Cälius Sabinus, Konsul von 69, ist ihm „gefolgt", als er schon Prätor war, wenn es bei Cassius Verbannung (65) geschah. 6. Um nicht bloß zu verneinen, so wage ich zu vermuten: die sectae waren die ehemaligen Schüler der beiden ältesten und angesehensten stationes. Diese traten als Nebenbuhler in einen wenig greifbaren, mehr gefühlten wissenschaftlich-politischen Gegensatz, etwa wie Oxford und Cambridge. Die Schüler halten ihren Zusammenhang und ihre Traditionen im späteren Leben fest, vielleicht waren einzelne davon selbst Lehrer an der statio gewesen: ihr „Haupt" ist das gerade lebende hervorragendste alte Mitglied der statio (der senior wrangler), das dann seinerseits die alte Anstalt schützt und fördert.] ⟨Auch durch die neue Schrift von Baviera, Le due scuole dei giurec. rom. 1898 (dazu Kipp, Ztschr. f. R. G. XXXIV S. 392 ff.) wird die Frage nicht über den Stand hinaus gefördert, den die vorstehenden wohlabgewogenen Ausführungen von Pernice bezeichnen.⟩

Die Juristen der ersten anderthalb Jahrhunderte der Kaiserzeit gruppieren sich begreiflicherweise um die Schulen. Der Nachfolger des Capito war Masurius Sabinus. Er hat kein höheres Amt bekleidet, lebte zuerst in dürftigen Verhältnissen und wurde von seinen Schülern unterstützt. Er war Rechtslehrer und erhielt von Tiberius das ius respondendi. Daß er bis in Neros Zeit gelebt habe, wird vielfach, wahrscheinlich nicht mit Recht(?), angenommen (Gaius 2, 218). Sein berühmtes Werk libri III iuris civilis bildete den Mittelpunkt der späteren Zivilrechtswissenschaft. Ihm folgte als Schulhaupt sein Schüler (D. 4, 8. 19, 2) C. Cassius Longinus, Konsul im Jahre 30, 65 von Nero verbannt; er starb bald nach seiner Rückberufung durch Vespasian (c. 72). Er war als Jurist sehr einflußreich (Tacit. ann. 12, 12), namentlich auch als Schriftsteller durch seine libri iuris civilis (in Javolens Auszuge 15 Bücher). Nach ihm, ihrem „princeps et parens", wird die Schule auch Cassiana genannt (Plin. ep. 7, 24). Daß Cassius Rechtslehrer war, läßt sich nicht erweisen, aber öffentlich Gutachten erteilt hat er sicher (D. 4, 8. 40). Auf ihn folgt als Schulhaupt (Cn. Arulenus) Caelius Sabinus. cos. 69, nach Pomponius unter Vespasian bedeutend: wir kennen von ihm nur einen Kommentar zum Ädilenedikte. Der hervorragendste Führer der Sabinianer ist C. (L.?) Javolenus Priscus (cos. vor 90); er bekleidete unter Domitian und Trajan die wichtigsten militärischen und Verwaltungsämter (CIL. III 2864; Ephemeris epigr. 5, 652; N.R. hist. 1894 p. 556; D. 40, 2. 5). Außer mehreren Bearbeitungen älterer Werke schrieb er namentlich 14 Bücher Episteln voll feiner Erörterungen praktischer Fälle. Ihm folgen gleichzeitig unter Hadrian: (L. Fulvius) Aburnius Valens, aus vornehmer senatorischer Familie (Orelli 3185), später anscheinend im consilium Hadrians, als Schriftsteller aber nicht bedeutend, ein ganz unbekannter Tuscian und Julian (§ 52).

Die Schulhäupter der Prokulianer sind nacheinander M. Coccejus Nerva, der Freund des Tiberius (cos. vor 24, † 33), der nach Pomponius' Berichte durch seinen Widerspruch gegen Sabin die Schulstreitigkeiten „noch vermehrte"; dann Prokulus, von dem die Schule den Namen trägt; im Staatsdienste scheint er nicht gewesen zu sein, wissenschaftlich aber hat er vielfach eingegriffen; wir kennen von ihm nur Briefe in mindestens 11 B. Er überragt seine beiden Zeitgenossen, den jüngeren Nerva (den Vater des Kaisers, Konsul kurz vor 48)[1] und einen sonst gänzlich unbekannten Longinus. Ferner Pegasus: er war von niedriger Herkunft, begann, wie es scheint, als Rechtslehrer, war Konsul unter Vespasian, Stadtpräfekt unter Domitian; er war wegen seiner Gelehrsamkeit berühmt („liber, non homo"): wir sind aber außer stande, diesen Ruf nachzuprüfen. Weiter Celsus der Ältere: sein Sohn bezieht sich mehrfach auf seine Aussprüche; Schriften von ihm sind nicht bekannt. Endlich gemeinsam Celsus, der Sohn (§ 52), und L. Neratius Priscus CIL. IX 2454 sq.), der Freund und Ratgeber Trajans (cos. unter Domitian, D. 48, 8. 6).

Außerhalb der Schulen stand die Mehrzahl der Juristen. Wenigstens ist es unmöglich, ihre Zugehörigkeit nach äußeren oder inneren Merkmalen festzustellen. Zum Teile gelingt es nicht einmal, von ihrer wissenschaftlichen Richtung und Bedeutung sich ein ungefähres Bild zu machen. Hervorragend sind unter ihnen Titius Aristo, der im consilium Trajans saß (D. 37, 12. 5), im ganzen aber als Gelehrter wirkte und einen großen Einfluß übte; S. Pedius (vielleicht noch unter Nero und Vespasian): er wies im Vertragsrechte neue Wege.

§ 52. Höhepunkt und Verfall. Den Höhepunkt erreichte die Rechtswissenschaft unter der Regierung des Hadrian und Pius. In dieser Zeit wirkten nebeneinander P. Juventius Celsus (cos. II. 129: D. 5, 3. 20. 6), einer der schärfsten, aber auch rücksichtslosesten Juristen; er hat in der Auffassung wie in der Darstellung etwas

[1] Der Prätor vom Jahre 65 (Tacit. ann. 15, 62), der wegen seiner Verdienste bei der Pisonischen Verschwörung von Nero Triumphalornamente erhält, ist der spätere Kaiser selbst, nicht sein Vater (Orelli-Henzen 5435).

Altertümelndes, und vielleicht gerade deshalb tritt er in einen persönlichen wissenschaftlichen Gegensatz[1] zu L. Salvius Julianus (sein Konsulatsjahr ist unbekannt), der als „ordinator edicti praetorii et summae auctoritatis homo" durch seine Schriften (namentlich durch seine Digesta in 90 Büchern) einen außerordentlich weitgreifenden Einfluß gewann und als Begründer der freieren Richtung der Wissenschaft nach Hadrian bezeichnet werden darf. Keiner ist von den späteren Schriftstellern so viel benutzt und zitiert wie er, in den Pandekten an mehr als 500 Stellen (abgesehen von seinen eigenen Exzerpten). Ein Schulgegensatz zwischen Celsus und Julian findet sich nicht mehr, obwohl Pomponius beide als letzte Schulhäupter bezeichnet[2]. [Endlich Sex. Pomponius: er ist freilich ein weniger selbständiger Kopf, hat aber in seinen großen Kommentaren seiner historischen Richtung entsprechend das bis dahin angesammelte wissenschaftliche Material kritisch verarbeitet. Er scheint kein Amt bekleidet zu haben; vielleicht war er Rechtslehrer.] Neben diesen verschwindet Gajus (unter Pius und M. Aurel), der bei Lebzeiten als praktischer Jurist kein besonderes Ansehen gehabt zu haben scheint (vielleicht nur „Provinzialjurist"[3] und ohne ius respondendi war), der aber durch seine Institutionen, seine Systematisierung und seine historische Richtung für den späteren Unterricht und die heutige Theorie eine ganz besondere Wichtigkeit erlangt hat[4]. [Unter Pius und den folgenden Kaisern sind bedeutend: L. Volusius Maecianus, M. Aurels juristischer Lehrer, im consilium des Pius, Marcus und Lucius; er wurde als iuridicus von Alexandrien 175 ermordet; Sex. Caecilius Africanus, Julians Schüler und Ausschreiber (neun Bücher Quästionen); L. Ulpius Marcellus (CIL. III 3807), im Staatsrate M. Aurels (D. 28, 4. 3), der Julians Neuerungen gegenüber eingelenkt zu haben scheint; und Q. Cervidius Scaevola (unter M. Aurel), der als Lehrer des späteren Kaisers Sever und Papinians den Übergang zu der Gruppe rein praktisch gerichteter Juristen der Severischen Zeit bildet.] Aemilius Papinianus, Domitius Ulpianus und Julius Paulus sind die nach der Meinung der Folgezeit berühmtesten von allen. Papinian galt bei den Römern selbst als der Gipfel der römischen Jurisprudenz, obgleich er nicht sehr viel geschrieben hat, fast nur responsa (19 Bücher) und quaestiones (37 Bücher). Er war praefectus praetorio unter Septimius Severus und als solcher mit auf dessen Feldzuge in England. Von ihm mit dem Schutze seiner Söhne, Caracalla und Geta, betraut, wurde er von dem ersteren, dem älteren, ermordet, weil er die Ermordung des letzteren verhindern und nicht rechtfertigen wollte (D. 28, 7. 15). Ulpian war aus Tyrus gebürtig; allmählich in der prokuratorischen Laufbahn emporgekommen, aber nie, soviel wir wissen, Rechtslehrer, stieg er bis zum praefectus praetorio unter Severus Alexander und wurde von den Prätorianern, deren Zügellosigkeit er bändigen wollte, ermordet. Seine vielen Schriften gewannen durch ihre Klarheit und Vollständigkeit, die er, ähnlich wie Pomponius, durch Ausnutzung und nicht immer kritische Einarbeitung der Schriften seiner Vorgänger erreichte, eine solche Bedeutung, daß ein ganzes Dritteil der Pandekten aus ihnen entnommen ist[5]. Paulus war mit oder nach Ulpian praefectus praetorio und der fruchtbarste unter allen römischen Juristen; er schrieb über 90 verschiedene, zum Teil sehr große Werke[6].

Nach diesen, etwa mit der Mitte des dritten Jahrhunderts, hört die produktive

---

[1] ⟨Dieser Gegensatz dürfte kaum erweislich sein, man müßte ihn denn schon darin ausgesprochen finden, daß die beiden großen Juristen sich gegenseitig nicht zitieren.⟩

[2] Buhl, Salvius Julianus. 1. Bd. 1888. ⟨Auf Julian bezieht sich eine 1899 entdeckte Inschrift (C.R. de l'acad. des inscr. 1899 p. 368 ss.), aus der wir erstmals seinen vollen Namen (L. Octavius Cornelius Salvius Julianus Aemilianus) und Genaueres über seine Laufbahn erfahren; er figuriert darin zuletzt als Prokonsul von Afrika unter Marcus und Verus.⟩

[3] ⟨Mit der Provinzialjuristenschaft des Gajus ist es doch recht zweifelhaft bestellt; insbesondere sind seine Institutionen, wenn sie auch da und dort Ausblicke auf das Provinzialrecht enthalten, doch augenscheinlich vom stadtrömischen Standpunkt aus geschrieben. Vgl. Wlassak, Prozeßgesetze II S. 224 N. 10.⟩

[4] Kunze, Der Provinzialjurist Gajus wissenschaftlich abgeschätzt. 1883.

[5] Pevnice, Ulpian als Schriftsteller (Sitzungsberichte der Berliner Akademie. 1885. S. 446 f.).

[6] K. Witte, in Ersch u. Grubers Encyklopädie III 14 S. 221 ff.

Jurisprudenz rasch und vollständig auf[1]. Es trat die Zeit des kläglichen Zerfalles des Reiches ein, wo in 50 Jahren 17 Kaiser aufeinander folgten und nur zuletzt Diokletians Tatkraft den Staat vom Untergange rettete.

§ 53. Auch die Schriften der römischen Juristen darf man sich der äußeren Masse nach nicht zu groß denken und nicht mit heutigem Maße messen. Justinian sagt, in den Pandekten seien die Schriften sämtlicher benutzten Juristen auf 1/20 reduziert; danach würde die ganze juristische Literatur der Kaiserzeit nur etwa 20—30mal so viel wie die Pandekten ausgemacht haben, also, da diese 5 mäßige Oktavbände füllen, nur 100—150 Oktavbände[2]. Dabei muß man natürlich die Kürze der lateinischen Sprache überhaupt, die konzise und gedrängte Schreibart der Juristen und endlich die eigentümliche kategorische Art ihrer Methode, die fast immer nur die Resultate, nie lange Begründungen gibt, in Betracht ziehen.

Die juristische Schriftstellerei, wie sie uns bekannt ist, umfaßt das gesamte positive Recht. Ob auch Rechtsphilosophie und Naturrecht behandelt wurden, läßt sich nicht entscheiden: von solchen Schriften ist natürlich nichts in die Pandekten Justinians übergegangen. Doch ist die literarische Bearbeitung nicht eben wahrscheinlich; die Juristen sahen im Rechte selbst die Philosophie, veram non simulatam (Ulpian. D. 1, 1. 1, 1). Die einzelnen Teile des Rechtes sind in verschiedener Weise und in verschiedenem Umfange behandelt. Im öffentlichen Recht knüpft die Schriftstellerei an die einzelnen Ämter an: es werden Anweisungen für deren Verwaltung gegeben (de officio consulis, praefecti praetorio, assessoris u. s. w.); nach unseren Bruchstücken wird dabei die Rechtsprechung hauptsächlich berücksichtigt. Daneben gehen Schriften über Steuerverwaltung (de censibus), Finanzrecht und Städteordnung. Das Strafrecht wird regelmäßig in Form von Erläuterungen zu den einzelnen Gesetzen, namentlich den Quästionenordnungen, erörtert; zu systematischer Darstellung ist man nicht gelangt. Dagegen gibt es zusammenhängende Schriften über Strafverfahren (de iudiciis publicis)[3] und einzelne Fragen daraus (de delatoribus, de poenis). Der Zivilprozeß mußte begreiflich zum großen Teile im Zusammenhange mit dem Edikte besprochen werden. Über einzelne Punkte wurde monographisch geschrieben (de interdictis, de concurrentibus actionibus, de appellationibus, de testibus). Das amtsrechtliche Verfahren wird selbständig behandelt (de cognitionibus). Bei weitem überwiegend aber sind die Schriften über Privatrecht.

Der Form nach hatte man ähnliche Unterschiede wie bei uns, exegetische, systematische, monographische, kasuistische Schriften, unter den verschiedenartigsten Titeln. In der Ausführung waren freilich alle mehr oder weniger kasuistisch, wie das der Art und Weise der römischen Jurisprudenz entspricht (§ 46). Eine Ausnahme machen nur die Schriften zur Einführung in die Rechtskunde (institutiones, regulae): sie geben einen kurzen Abriß des gesamten Privatrechtes, arbeiten also Zivil- und Ediktsrecht ineinander. Für unsere Kenntnis geschah das zuerst von Gajus. Sonst wird durchgängig Zivil- und Ediktsrecht auseinandergehalten. Bei dem ersteren wurde das System des Sabinus, das vielleicht wieder auf dem des Q. Mucius beruhte, die allgemeine Grundlage. Die größeren Werke darüber wurden daher libri ad Sabinum betitelt, so von Pomponius, Ulpian und Paulus. Die Werke über das prätorische Recht hatten durchgängig die Form von Kommentaren „ad edictum", so von Pomponius, Gajus, Ulpian und

[1] A. M. Hofmann, Kritische Versuche (1885) I.

[2] [Diese Berechnung erscheint nicht ohne weiteres annehmbar. Sie bezieht sich lediglich auf die Werke, welche die Kompilatoren noch hatten und kannten: das war aber nur ein Bruchteil der Literatur und namentlich vielfach nur Auszüge umfassenderer älterer Werke. Labeo allein hatte 400 Bücher geschrieben; von Pomponius können wir nahe an 300 nachweisen; Paulus war mindestens ebenso fruchtbar; Ulpian stand wenig hinter ihm zurück. Setzt man nach den Büchern des Cicero und Livius den durchschnittlichen Umfang des volumen auf 36—40 Oktavseiten, so ergeben 10 Bücher einen mäßigen Oktavband. Dann belaufen sich allein die Werke der ebengenannten vier Schriftsteller auf 120 Bände.]

[3] ⟨Die Schriften de iudiciis publicis beschränken sich nicht auf das Strafverfahren, sondern umfassen auch das materielle Strafrecht.⟩

Paulus. Rein äußerlich vereinigen die „Digesten"werke (von Celsus, Julian, Marcellus, Scaevola) die beiden Rechtsteile: sie fügen an Erörterungen zum Edikt solche zu den wichtigsten Gesetzen (lex Cincia, Falcidia, Papia, Aquilia u. s. w.) und verbinden ⟨mit letzteren, aber auch mit ersteren⟩ dogmatische Ausführungen über die zivilrechtlichen Lehren. Kasuistische Schriften sind die responsa (Gutachtensammlungen), epistulae (Briefe auf wirkliche Anfragen von Juristen und anderen, auch bei Gelegenheit von Rechtshändeln), quaestiones und disputationes (Erörterungen von Rechtsfällen aus der eigenen und fremden Praxis, wohl im Zusammenhange mit dem publice respondere). Privatrechtliche Monographien sind nicht zahlreich (de formula hypothecaria, stipulationum l. 19 von Venulejus), mehr noch finden sie sich im sog. Extraordinärrechte (de fideicommissis, de manumissionibus, de excusationibus).

§ 54. Überbleibsel. Die heutige Überlieferung dieser ganzen Literatur ist äußerst mangelhaft. Auch nicht ein einziges von allen jenen Werken ist vollständig auf uns gekommen! Zwar ist gewissermaßen die praktische Quintessenz der ganzen Literatur in den Exzerpten, die Justinians Pandekten bilden, erhalten; allein dabei ist die alte Gestalt zum Teile bis zur Unkenntlichkeit zerstückelt und korrumpiert[1]. Außerdem aber sind nur wenige Bruchstücke der allgemeinen Zerstörung entgangen[2]. Die wichtigsten sind:

1. Die Institutionen des Gajus, schon im späteren Rom ein vielgelesenes Werk in 4 Büchern, die ersten Institutionen, die unseres Wissens überhaupt geschrieben sind, ausgezeichnet durch Vereinigung des zivilen und prätorischen Rechts zu einem Gesamtsysteme (personae, res, actiones), durch historische Ausführungen und eine merkwürdig klare Darstellung[3]. Sie blieben trotz der späteren Institutionenwerke von Marcian, Ulpian u. a. überall im Occident wie im Orient bei Juristen und Grammatikern im Gebrauch, so sehr, daß sie im sechsten Jahrhunderte dort in das westgotische, hier in Justinians Gesetzbuch mit aufgenommen wurden, in beiden freilich überarbeitet und verstümmelt. Noch im fünften Jahrhunderte wurden sie in der echten alten Gestalt in Abschriften in Italien verbreitet, und eine solche Abschrift, eine recht fehlerhafte, ist uns erhalten. Man hatte das Pergament im achten oder neunten Jahrhunderte benutzt, um Briefe des h. Hieronymus nach Abwaschung der alten Schrift darauf zu schreiben (sogenannter codex rescriptus), und dadurch kam die Handschrift in die Bibliothek des Domkapitels zu Verona, wo dann im Jahre 1816 die echte Handschrift darin von Niebuhr entdeckt wurde. Drei Blätter sind verloren, und auch auf den vorhandenen läßt sich vieles nicht mehr entziffern, so daß etwa ein Fünftel des Ganzen fehlt[4].

[Man machte für das Schulbedürfnis daraus einen Auszug in zwei Büchern, der das Geschichtliche, namentlich den unpraktisch gewordenen Prozeß, wegläßt. In dieser

---

[1] Man hat die Bruchstücke der Pandekten nach Verfassern und Werken geordnet und dadurch für eine Benutzung der Pandekten als Quelle der Rechtsgeschichte erst die Grundlage geschaffen. O. Lenel, Palingenesia iuris civilis. 2 Bde. 1889. Das gleichnamige Werk von Hommel, 3 Bde. 1767 f., ist gänzlich veraltet. Auf die vorhadrianische Jurisprudenz beschränkt sich F. P. Bremer, Jurisprud. antehadr. q. supers. 2 Teile 1896—1901.

[2] Eine vollständige Zusammenstellung enthalten die S. 80 N. 5 angeführten Sammlungen.

[3] Dernburg, Die Institutionen des Gajus, ein Kollegienheft. 1869. Dazu die Kritik von Degenkolb in der krit. Vierteljahrsschrift XIV 489. [Fitting, Zeitschrift für Rechtsgeschichte XI 325.]

[4] Die erste Ausgabe, von Göschen (mit Unterstützung J. Bekkers u. Bethmann-Hollwegs) gemacht, erschien 1820. (3. Aufl. von Lachmann 1842.) Nach einer nicht glücklichen Nachprüfung der Handschrift durch Bluhme (vgl. Zeitschr. f. RG. III 446) wurde sie mit ausgezeichnetem Erfolge genau gelesen von M. Studemund. Auf diese Vergleichung gründet sich: Gai institutionum commentarii IV. Codicis Veronensis denuo collati apographum. 1874. 4°., und dazu die Ausgabe: Gai institutiones ed. P. Krüger et G. Studemund. 1877 (ed. IV. 1899). Von anderen neueren Ausgaben sind zu nennen: die von Böcking (1866), von Huschke (1886), letztere mit vielen geistreichen und gewagten Konjekturen), von Polenaar (mit Justinians Institutionen: syntagma institutionum novum. 1876), von Dubois (institutes de Gaius 1881, der Versuch eines Kommentars).

Gestalt wurde der Gajus zu Justinians Zeit beim Rechtsunterrichte gelesen (c. Omnem § 1), und so wurde er im sechsten Jahrhunderte ins westgotische Gesetzbuch aufgenommen. Justinian dagegen ließ das echte Werk überarbeitet seinen Institutionen zu Grunde legen.]

⟨Reste einer äußerst minderwertigen Interpretation der Institutionen, wahrscheinlich aus dem fünften Jahrhundert stammend, sind neuerdings von Chatelain in der Seminarbibliothek zu Autun gefunden werden[1].⟩

2. Mäcians l. de distributione partium ad Caesarem, an Mark Aurel zu dessen Belehrung gerichtet, also spätestens 150 verfaßt. Er handelt von der Einteilung des As und der Bezeichnung der Teilstücke, auch mit Rücksicht auf Zerlegung der Erbschaft[2].

3. Die sogenannten fragmenta Ulpiani, d. h. ein Bruchstück (ein verstümmeltes Proömium und 29 einzelne Titel) von einem Auszuge aus einer Schrift Ulpians: liber singularis regularum. Das Werk folgt derselben Ordnung wie Gajus' Institutionen, mit denen es auch im einzelnen oft übereinstimmt: unser Bruchstück behandelt Personen-, Sachen- und Erbrecht. Zeit und Ort der Entstehung sind unbekannt. Die uns erhaltene Abschrift ist im zehnten Jahrhundert in Frankreich geschrieben und im Jahre 1549 von Du Tillet (Tilius) aus einer Handschrift des westgotischen Gesetzbuchs herausgegeben[3].

4. Ulpiani institutionum fragmenta: 5 Bruchstücke, deren Zusammenhang nicht bestimmt ist, aus Ulpians Institutionen (Precarium, Verträge, Interdikte behandelnd). Aufgefunden 1835 von Endlicher in einem Bucheinbande in Wien[4].

5. Die sententiarum libri quinque ad filium, vielfach, aber ohne Gewähr, sententiae receptae genannt, von Paulus, ein Handbuch des Privat- und Strafrechts und des Prozesses, welches wegen seiner Vollständigkeit bei verhältnismäßiger Kürze weite Verbreitung fand und von den Kaisern in den sogenannten Zitiergesetzen (§ 67) besonders hervorgehoben wurde. Ein Auszug davon ist in das westgotische Gesetzbuch aufgenommen (§ 74, 1) und daraus schon im J. 1525 von Bouchard herausgegeben[5].

6. Das fragmentum de iure fisci, zwei Blätter aus dem siebenten Jahrhunderte (?), zugleich mit Gajus in Verona entdeckt; es ist ein Aufsatz über Rechte und Vorrechte des Fiskus, wohl noch aus Severischer Zeit. Der Verfasser ist nicht festzustellen[6].

7. Der sogenannte Dositheus: einige Briefe des Kaisers Hadrian und ein Bruchstück über Freilassung. Diese Stücke finden sich in mehreren Handschriften verbunden mit einem anderen „de Hygini genealogia", das nach dem Eingange im J. 207 verfaßt ist. Die Stücke sind Übungsbeispiele zum Übersetzen aus dem Griechischen ins Lateinische und äußerst verdorben überliefert: daß sie gleichzeitig sind und zusammengehören, läßt sich füglich nicht bezweifeln. Wegen ihres Charakters und weil sie in Handschriften der ars grammatica des Magister Dositheus (4. Jahrh.) angehängt sind, hat man sie vielfach diesem zugeschrieben, was eine offenbare Unmöglichkeit ist. Immerhin wäre es denkbar, daß diese älteren Stücke zu dem Buche des sonst ganz unbekannten Dositheus gehören. — Das Stück über die Freilassungen ist sicher einem römischen Juristen entnommen; man hat auf sehr verschiedene Verfasser geraten: Paulus (was der Zeit wegen unwahrscheinlich ist), Gajus (was bei der Stellung dieses Juristen sich verbietet), Pomponius, Q. Cervidius Scaevola (Huschke). Es wird beim Raten bleiben müssen[7].

---

[1] Ausgabe von Krüger in der neuesten Auflage der Institutionen des Gajus.

[2] Ausgaben von Böcking 1831; von Mommsen, Abhandlungen der Leipziger Gesellschaft der Wissenschaften. Bd. 3.

[3] Die erste Ausgabe: Tituli ex corpore Ulpiani, ed. I. Tilius. 1549; die neuesten: Ulpiani fragmenta, ed. Böcking. 1855, mit einem apographum des cod. Vatic.; Ulpiani e libro regularum singulari excerpta, ed. Vahlen. 1856.

[4] Ausgaben von Böcking bei Ulpians reg.; Krüger, Kritische Versuche S. 140.

[5] Ausgabe: Pauli receptarum sententiarum libri V, ed. L. Arndts. 1833.

[6] Ausgaben von Göschen beim Gajus. Wiedergabe der Handschrift: Fragmentum de iure fisci, ed. Krüger. 1868.

[7] Ausgabe von Böcking 1832. Lachmann, Versuch über Dositheus. 1837 (Kl. Schriften II 196). Alle vorstehenden Schriften sind jetzt vereinigt in der Collectio libr. i. anteiust. vol. II.

8. Dazu kommen noch einige teils altbekannte, teils kürzlich aufgefundene kleine Bruchstücke: eine regula des Pomponius, eine Anzahl von (zum Teil aus den Pandekten bekannten) Responsen Papinians, eins aus dem ersten Buche am Schlusse der lex Visigothorum[1], vier aus dem fünften auf Pergamentblättern in Berlin, einige aus dem neunten auf Pergamentblättern in Paris (Vormundschaft, bonorum possessio, Freilassung), drei Fragmente mit der Subskription de iudiciis l. II (aus dem Ediktskommentare Ulpians?) auf Pergamentblättern in Berlin[2], ein von der formula Fabiana handelndes Fragment auf Pergament in Wien[3].

9. Die Exzerpte in den Sammelwerken des vierten und fünften Jahrhunderts, worüber § 68 das Nähere.

VI. Urkundenwesen.

§ 55. Die Schriftform. Die Rechtsgeschäfte wurden schon zur Zeit der Republik vielfach schriftlich abgeschlossen. Bei Testamenten ist die Schriftform mit sieben Siegeln und Zeugen fast ausschließlich im Gebrauche. Aber auch über die Manzipation wurden Urkunden aufgenommen; die Stipulation zählt schon Cicero zu den res quae ex scripto aguntur (top. 96; de part. or. 107, 130; ad Her. 2, 13). Wie weit auch andere Verträge, namentlich konsensuale, schriftlich aufgezeichnet wurden, läßt sich nicht bestimmen. Doch deuten viele Anzeichen auf eine allgemeine Sitte (Cicero, de or. 1, 174; Seneca, de benef. 3, 15); so bei Darlehen (Seneca, de benef. 7, 10. 3), Pfandbestellung (D. 22, 4. 4), p. de manumittendo (Seneca, Ep. 80, 5); bei Kauf, Miete und Gesellschaft lassen sich die eingehenden Bestimmungen und die häufige für Einzelnes oder das Ganze hinzutretende Stipulation (D. 17, 2, 71) nur schriftlich vorstellen. Das cavere der römischen Juristen bezieht sich doch auch auf schriftliche Geschäftsentwürfe (§ 30).

Die Form der Urkunde scheint während der klassischen Zeit im Bereiche des römischen Rechtes ⟨außer in Ägypten⟩ überall dieselbe gewesen zu sein: die Wachstafel[4]. Ihre Gestalt war durch einen Senatsschluß unter Nero genau geregelt (Paulus 5, 25. 6). Die Urkunde ist ein Diptychon oder Triptychon: zwei oder drei rechteckige Holztafeln werden an einer Langseite durch Bänder zusammengehalten; sie sind durch Zerspalten eines Klotzes entstanden, fugen also mit der Spaltfläche genau ineinander. So hat man ein kleines Buch. Beim Triptychon bleiben S. 1 und 6 als Deckel Holz. Dagegen S. 2—5 sind bis auf einen Rand ausgetieft (die 2. Tafel beiderseits, wie eine Schiefertafel) und mit schwarzem Wachse überzogen. In diese Fläche wird die Schrift geritzt, die nun heller erscheint. Die Urkunde wird auf S. 2 und 3 geschrieben, parallel mit der äußeren Langseite. Die beiden ersten Tafeln werden dann mit einem durch Löcher (je eins an den Langseiten) gezogenen Faden umwunden, und der Faden wird auf S. 4 in einer im Wachse angebrachten Rille von den Zeugen festgesiegelt: neben das Siegel schreibt jeder Zeuge parallel der Schmalseite seinen Namen (im Genetiv). Der freibleibende Teil von S. 4 und 5 wird zu einer Wiederholung der inneren Urkunde (sogenannte scriptura exterior) benutzt. Bei Diptychen wird auf dem Holze des Deckels gesiegelt und darauf die Zeugenschriften und die scriptura exterior mit Tinte gesetzt[5].

---

[1] Bei Krüger, Coll. II 148. 157.

[2] Die Berliner Blätter sind herausgegeben von Mommsen, Monatsberichte der Berliner Akad. 1879 S. 502 f.; Krüger, Zeitschr. f. RG. XIV 93; XV 83; die Pariser von Dareste, Nouvelle revue historique de droit. 1883. S. 361 f., von Krüger, Zeitschr. f. RG. XVIII III.

[3] Zuerst herausgegeben von Pfaff u. Hofmann 1888.

[4] Ein Erztäfelchen mit erhöhtem Rande, im Guadalquivir gefunden, enthält den Teil eines pactum fiduciae (CIL II 5042; Bruns, Fontes II p. 293). Es ist aber ein Formular, nicht ein wirklich errichtetes Rechtsgeschäft.

[5] So bei der neuentdeckten pompejanischen Fiduciaurkunde (Eck, Zeitschr. f. RG. XXII IV); s. bulletino dell' istituto di diritto Romano I p. 5. 205.

Die Zahl der Zeugen ist nach dem Inhalte des Rechtsgeschäftes[1] und nach der Form der Beurkundung verschieden. Alle Urkunden sind nicht als solche Verfügungen, sie sollen nur dem Beweise dienen; das geschieht in doppelter Weise (namentlich deutlich auf den pompejanischen Quittungstafeln). 1. Die Urkunde wird vom daraus Berechtigten (dem Destinatäre), der sie in Händen hat, geschrieben: er bezeugt selbst die Tatsache, deren Beweis ihm gesichert werden soll. Bei Quittungen z. B., daß der Gläubiger den Zahlungsempfang eingeräumt habe (dixit se accepisse). Hier beruht die Beweiskraft der Urkunde lediglich auf den Zeugen; sie werden in großer Zahl, meist 7, zugezogen (sogenannte schlichte Zeugenurkunde). 2. Die Urkunde wird von dem geschrieben, der einen Beweis gegen sich liefern will, und in der ersten Person abgefaßt (sogenanntes chirographum: Gaius 3, 134). Hier ist die Handschrift das Hauptbeweismittel; es werden nur wenige Zeugen beteiligt[2]. ⟨Der Aussteller scheint in der Regel das chirographum unterfiegelt zu haben[3].⟩

⟨In Ägypten, wo man von uraltersher als Schreibmaterial Papyrus zu benutzen pflegte, blieb es dabei auch in der Römerzeit. Auch bei den Papyrusurkunden begegnen wir den beiden obigen Formen: der Handschrift (χειρόγραφον) und dem referierenden Protokoll; letzteres wird von einem als Notar fungierenden Beamten errichtet und am Schluß von der erklärenden Partei selbst oder statt ihrer von besonderen Vertrauenspersonen (ὑπογραφεῖς) mit bestätigender Unterschrift versehen[4].⟩

§ 56. Überbleibsel. Es sind nicht wenige Urkunden uns erhalten, zum Teil auf dem ursprünglichen Material (Wachstafeln oder Papyrus), einzelne auf Steinen oder in Abschrift. Es sind Schenkungen, Testamente, Käufe, Vermietungen und Verdingungen, Gesellschaft, Darlehen, Quittung, Servituten- und Superfiziesbestellung und Vereinssatzungen (leges collegii)[5]. Hervorzuheben sind davon:

1. Die siebenbürgischen Wachstafeln[6]. In den alten, neueröffneten Goldbergwerken bei Vöröspatak (bei Zlatna im südwestlichen Siebenbürgen) sind von 1786 bis 1855 mehr als vierzig Wachstafeltriptychen aufgefunden, teils vollständig, teils beschädigt; fast alle werden in Pest im Museum aufbewahrt. Sie enthalten auf den inneren vier Seiten Urkunden (cautiones) über Rechtsgeschäfte der verschiedensten Art: Kauf, Dienstmiete, Darlehen, Gesellschaft. Alle zeigen römische Geschäftsformen, obwohl viele der vertragschließenden Personen Peregrinen (Breuken, Piruſten) sind. Alle stammen aus der Zeit von 131—167, wo der Markomannenkrieg beginnt. Die Schrift ist ein verschnörkeltes Kursiv und sehr schwer zu entziffern.

2. Die Pompejaner Quittungstafeln[7]. 6 Diptychen und 121 Triptychen von Wachstafeln sind 1875 in einer Kiste in einem Hause Pompejis gefunden, das wahrscheinlich dem L. Caecilius Secundus gehörte. Sie wurden mit äußerster Vorsicht nach Neapel geschafft. Es sind lauter Quittungen (apochae), die für den Caecilius Secundus, offenbar einen Bankier, ausgestellt worden sind, aus den Jahren 52—68, eine aus dem Jahre 15, zwei andere von 37 und 46. Sie beziehen sich teils auf Pachtgelder, die

---

[1] Bruns, Die sieben Zeugen des römischen Rechts. 1877. (Kleine Schriften. II 119. 131.) Dazu jetzt noch Erman, Ztschr. f. Rechtsgesch. XXXIII S. 172 ff.

[2] Brunner, Zur Rechtsgeschichte der röm. und german. Urkunde (1880). I 44 ff.

[3] Erman a. a. O. S. 177 ff.

[4] Die Einzelheiten der ägyptischen Urkundenform können an dieser Stelle nicht erörtert werden. Vgl. darüber Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht S. 51 ff., 177 ff. Grabenwitz, Einführung in die Papyruskunde 1900. Außerhalb Ägyptens treten die Papyrusurkunden sehr viel später auf; im 6. Jahrhundert sind sie gewöhnlich: Marini, i papiri diplomatici, 1805.

[5] Sie finden sich bei Bruns, Fontes I p. 260 sqq.

[6] Herausgegeben von Massmann, Libellus aurarius. 1841; CIL. III p. 921 (Mommsen und Zangemeister).

[7] Zuerst herausgegeben von de Petra, Le tavolette cerate di Pompei. Rom 1876; Mommsen, Hermes XII 88 (giornale degli scavi di Pompei 1879 p. 70); Zangemeister, CIL. IV suppl. pars prior 1898. Dazu Erman a. a. O.

Caecilius Secundus für die Gemeinde eingezogen und an sie abgeführt, teils auf Auktionen, die er für Private vorgenommen hatte.

3. ⟨Die Funde der letzten Jahrzehnte haben in Ägypten eine sehr große Zahl von Urkunden zu Tage gefördert, zum Teil aus vorrömischer, namentlich aber auch aus römischer Zeit, neben Rechtsgeschäften aller Art insbesondere auch Stücke von Prozeßakten. Diese Urkunden, deren Zahl sich durch neue Publikationen beständig vergrößert, werfen auf die Rechtszustände in den römischen Provinzen ein ganz neues Licht[1].⟩

Vierte Periode. Das absolute Kaisertum.

I. Verfassung.

§ 57. Wesen der neuen Verfassung. Die absolute Beamtenmonarchie ist schon unter dem Prinzipate langsam vorbereitet[2]. Es handelt sich im wesentlichen darum, den Senat aus seiner staatlichen Stellung zu verdrängen, damit dem Systeme der Ehrenämter ein Ende zu machen und die Scheidung von Militär- und Zivilverwaltung durchzuführen. Indes der Senat hatte unter den schnell wechselnden Kaisern in der zweiten Hälfte des dritten Jahrhunderts ⟨zeitweise⟩ an Ansehen und Einfluß wieder gewonnen. Durchgesetzt hat die Neuerung erst Diokletian[3]. Seine kunstreiche Verfassung ist von Konstantin ausgebaut und umgestaltet worden.

Der Grundgedanke der Neuordnung ist, das auseinanderstrebende Reich, das unter Valentinian und Gallien nahe am Zerfalle gewesen war, bei Trennung der ungleichartigen Gebiete unter der Samtherrschaft der einträchtigen Regenten desto fester durch den Verwaltungsorganismus zusammenzuschließen. Es wird daher in zwei große Verwaltungsbezirke (Orient und Occident) zerlegt. Sie werden von zwei Augusti beherrscht, denen zwei Caesares als Gehilfen und künftige Nachfolger beigegeben sind. Die Verwaltung (Krieg, auswärtige Politik, Finanzen) ist gesondert, die Gesetzgebung gemeinsam (§ 66). Alles beruht auf den Augusti, und diese müssen eines Sinnes sein. Bei dieser Verfassung ist es nicht geblieben: das Reich ist wiederholt unter einem Herrscher vereinigt gewesen. Seit Valentinian ist die Trennung dauernd geworden. Man hielt trotzdem an dem alten Gedanken fest, am Ende blieb nur die Fiktion übrig, daß die Reichsteilung nur zu Verwaltungszwecken bestehe. Begreiflich konnte man damit das Auseinandergehen des romanischen Abend- und des hellenistischen Morgenlandes nicht verhindern.

§ 58. Der Kaiser ist hiernach notwendigerweise alles in allem; denn auf den kaiserlichen Persönlichkeiten beruht die Reichseinheit. Er ist nicht mehr der erste Bürger (princeps), sondern dominus und deus, dem als solchem Kniebeugung und Gewandkuß (adoratio) zukommt; schon durch seine Tracht ist er von allen Sterblichen unterschieden: alles, was ihn angeht, vom Palaste bis zum Geldbeutel, wird als sacrum bezeichnet. Eine wirkliche Erbfolge ist auch jetzt nicht anerkannt: das Wahlrecht steht rechtlich und fiktiv (Nov. Maior. 1) immer noch dem römischen Senate zu; in Wirklichkeit ernennt in der Regel immer ein Augustus den andern, und zwar, so lange es anging, aus der Familie des

[1] Wichtigste Publikationen: Ägyptische Urkunden aus den Kgl. Museen zu Berlin. Griech. Urkunden, Berl. seit 1892. Corp. papyr. Raineri I. Wien 1895. The Oxyrhynchos Papyri. 2 Bde. Lond. 1898. 99. Fayûm towns and their papyri. Lond. 1900. Greek papyri in the British Museum. 2 Bde. Lond. 1893. 98. The Amherst papyri. 2 Bde. Lond. 1900. 1901. Vgl. die Referate von Mitteis, Hermes XXX S. 564 ff., XXXII S. 629, XXXIV S. 88. Unentbehrlich für die Orientierung ist der Index von Wilcken im Archiv f. Papyrusforschung I S. 4 ff., 548 ff.

[2] J. Burckhardt, Die Zeit Konstantins des Großen. 1853 (2. Aufl. 1880). Schiller, Geschichte der römischen Kaiserzeit. II (1887). Seeck, Untergang der antiken Welt (1895) S. 1 ff.

[3] Mommsen, Abriß des röm. Staatsrechts (1893) S. 347 ff.

Verstorbenen; bei völliger Vakanz usurpieren die beim Tode des Augustus gerade anwesenden Zivil- und Militärbeamten die Wahl für sich. Immer aber gilt der Kaiser als durch göttliches Recht zum Throne gelangt: „wenn er den Augustusnamen erhalten hat, muß man ihm als der gegenwärtigen, leibhaften Gottheit treue Ergebenheit erweisen und stets wahren Diensteifer widmen; denn er herrscht nach Gottes Ordnung" (Vegetius, de re mil. 2, 5). Daran hat also auch das Christentum nichts geändert. — Der Kaiser ist von seinem Rate (consistorium) umgeben („umstanden"), dem alten consilium, das jetzt aus den höchsten Staatsbeamten mit bestimmter Rangabstufung besteht. Das consistorium hat vor allem die Rechtsprechung des Kaisers (als Gerichtshof wird es wohl manchmal auditorium genannt); es hat die Vorberatung der Gesetze und Verwaltungssachen, die von Rechtssachen nicht gesondert werden; feierliche Gesandtschaften werden im consistorium empfangen und beschieden.

§ 59. Der Reichssenat und die hauptstädtische Verwaltung. Der Senat hat seine alte Stellung so gut wie ganz eingebüßt. Er ist im wesentlichen der Stadtrat von Rom geworden. Das tritt noch mehr hervor, als Konstantin in Byzanz Neurom gründet, das fast genau wie die urbs aeterna ausgestattet und eingerichtet ist, also auch einen Senat hat. Immerhin werden dem Senate noch Ehren erwiesen; seine Mitglieder sind mindestens clarissimi (Räte dritter Klasse), sie haben einen bevorzugten Gerichtsstand vor dem praefectus urbi, der Regierungsantritt des Kaisers, neue Gesetze werden dem Senate mitgeteilt, er wird zu kaiserlichen Gerichtssitzungen zugezogen. Dafür haben die Senatoren schwere Lasten für die Allgemeinheit zu tragen: als Prätoren müssen sie Spiele veranstalten, neben der gewöhnlichen eine außerordentliche Grundsteuer (follis, gleba) entrichten und als „freiwillige Gabe" das unablehnbare aurum oblaticium bei festlichen Gelegenheiten an den Kaiser zahlen. Der Senat besteht auch jetzt aus den Großgrundbesitzern (§ 23), aber zugleich aus den höchsten kaiserlichen Beamten. Die mehreren Tausend Mitglieder nehmen nicht alle an den Sitzungen teil (durften es wohl gar nicht), müssen aber die finanziellen Verpflichtungen erfüllen.

Die Senatsgeschäfte beziehen sich sonach wesentlich auf die Verwaltung der Hauptstädte; sie werden zum Teil von den altrepublikanischen Beamten geführt. Damit sind die beiden Städte von der Reichsverwaltung ausgenommen; sie haben ihren eigenen Beamtenorganismus. An der Spitze steht der praefectus urbi, der die Leitung des Senats, die Verwaltung und die Gerichtsbarkeit (in Rom bis zum 100. Meilensteine) in sich vereinigt. Unter ihm stehen die praefecti vigilum und annonae auf der einen, Prätoren (mit einer Gerichtsbarkeit in Vormundschafts- und Freilassungssachen) und Quästoren auf der anderen Seite. Tribunat und Ädilität sind höchstens noch Titel. Die consules ordinarii (nach denen das Jahr heißt) werden, einer aus jeder Reichshälfte, vom Kaiser ernannt und sind die vornehmsten Beamten. Die suffecti, Prätoren und Quästoren wählt der Senat.

§ 60. Die Untertanen. Das Bürgertum ist seit Caracalla allgemein (§ 34), und es sind — abgesehen von der unvollkommenen Freilassung — keine rechtlichen Unterschiede der Untertanen vorhanden. Wohl aber gibt es gesellschaftliche Abstufungen und Absonderungen: der ordo senatorius, der Soldaten- und Beamtenstand, der Dekurionat (die landstädtischen Senatoren), die collegiati (die zu einzelnen festgeschlossenen Körperschaften [navicularii, negotiatores, pistores] geeinigten Berufsgenossen), die possessores (die Kleingrundbesitzer). Das Strafrecht unterscheidet honestiores und humiliores und läßt erstere leichter bestrafen; einzelne Klassen haben bevorzugten Gerichtsstand und sonstige Privilegien. Die Stände sind insofern geschieden, als sie sich regelmäßig aus sich selbst ergänzen. Die Berufsarten, namentlich auch der einzelnen collegiati, werden erblich. Der Staat befördert diese Neigung, um so die den einzelnen Klassen auferlegten Pflichten, vorzüglich Abgaben und Fronleistungen, sicherzustellen. Der letzte Stand des Reiches sind die coloni: ehe- und vermögensfähige Bauern, die gegen jährlichen Grundzins (auch Hand- und Spannbienste) als Erbpächter auf den Höfen des Kaisers und der Großgrund-

herren sitzen. Sie gelten als Freie und sind deshalb heerpflichtig; aber sie sind an die Scholle gebunden, sie dürfen den Hof nicht verlassen, werden mit ihm veräußert, sollen aber auch nicht davon getrennt werden. Das Verhältnis wird durch Geburt, Vertrag, Freilassung und Verjährung begründet. Die Herkunft der Kolonen ist sehr zweifelhaft. Sicher ist, daß zahlreiche unterworfene Germanen als Kolonen angesiedelt waren, und es ist möglich, daß ihre Ansiedlung die Anfänge des Kolonates bildet. Aber sie mischten sich jedenfalls mit einheimischen Bauern: freigelassene Meier (vilici) und freie Zeitpächter (Columella 1, 7) können dem Zuge der Zeit gemäß allmählich in dies erbliche Hörigkeitsverhältnis gekommen sein[1].

§ 61. Die Ämterordnung lernen wir hauptsächlich aus der sogenannten notitia dignitatum[2] kennen. Sie beruht auf vier nicht neuen, aber hier zuerst durchgeführten und miteinander verknüpften Grundsätzen: 1. Vollständige Trennung der militärischen und zivilen Befugnisse; nicht einmal die militärischen und die Verwaltungsbezirke decken sich. Dagegen ist im Zivilamte Gerichtsbarkeit und Verwaltung ungeschieden. Doch tragen die bürgerlichen Beamten ⟨weil ihr Amt ebenfalls als eine Art militia gilt⟩ Soldatenmantel (paenula) und Schärpe (cingulum). 2. Durchgängige Besoldung, aber ohne Pensionsberechtigung. 3. Ernennung durch den Kaiser regelmäßig auf ein Jahr (per indictionem). Die Ernennung geschieht durch Erlaß an die Reichskanzlei; dort wird der Name in die „Matrikel" (laterculum) eingetragen und das Patent (codicilli dignitatis) kostenpflichtig ausgefertigt. 4. Genaue Abstufung der Ämter nach Titeln (illustres, spectabiles, clarissimi, perfectissimi, egregii, 5 Klassen von Räten), nach Gehalt und nach Unterordnung (sub dispositione): der Niedere steht unter Befehl und Zucht (Gerichtsgewalt) des unmittelbaren Vorgesetzten.

Die Zivilverwaltung ist Zentral- und allgemeine Staatsverwaltung. Bei ersterer ist keine ganz strenge Scheidung zwischen Hof- und Staatsdienst. Der Kaiser ist so sehr mit dem Reiche verselbigt, daß auch seine nächste persönliche Umgebung — der praepositus s. cubiculi (Oberstkämmerer) und der castrensis s. palatii (der Pagenmeister) als illustris und spectabilis — unter den Würdenträgern und Beamten steht. Die eigentlichen Staatsämter am Hofe (dignitates palatinae) sind: der magister officiorum, der Oberst-hofmarschall: Führer der Palasttruppen und Vorgesetzter der Hofdienerschaft, zugleich Leiter der großen Hofkanzlei, der Post und des Zeremonienwesens; er vereinigt also Hof- und

---

[1] Savigny, Verm. Schriften. II 1. Heisterbergk, Die Entstehung des Kolonats. 1876. Mommsen, Hermes XV 385; XIX 393; Esmein, Mélanges d'histoire du droit (1886) p. 306. Fustel de Coulanges, Recherches sur quelques probl. d'hist. (1885) S. 1 ff.; Segrè, Arch. giurid. XLII—XLVI; Weber, Röm. Agrargeschichte (1891) S. 243 ff. Schulten, Die römischen Grundherrschaften (1896) S. 93 ff.; Beaudouin, Les grands domaines dans l'empire Romain. 1899; Seeck, Art. colonatus in Pauly-Wissowas Realencyklopädie. ⟨Die neueren Inschriftenfunde, in erster Linie das 1879 entdeckte decretum Commodi de saltu Burunitano (Bruns, Fontes I p. 244), lassen keinen Zweifel darüber, daß die Wurzeln des erblichen Kolonats viel weiter zurückreichen als oben angenommen wird, jedenfalls bis in das zweite Jahrhundert der Kaiserzeit. Das erbliche Kolonenverhältnis scheint auf den kaiserlichen Patrimonialgütern in den Provinzen zuerst aufgekommen zu sein, vielleicht nach hellenistischen Mustern (Rostowzew, Beiträge z. alten Geschichte I S. 295 ff.; Paul M. Meyer, ebenda S. 424 ff.); seine Verallgemeinerung ist auf gleichartige Ursachen zurückzuführen, wie die Erblichmachung auch anderer Berufsstände in der nachdiokletianischen Zeit. Barbarenansiedlungen mögen zur Verbreitung des Instituts beigetragen haben; begründet haben sie es nicht.⟩

[2] Ein Verzeichnis der Ämter des diokletianisch-konstantinischen Reiches nebst den ihnen untergebenen Truppen und Bureaus (officia), mit Angabe und Abbildung der Amtszeichen. Das Werk ist unzweifelhaft aus dem amtlichen Staatshandbuche geflossen, das der primicerius notariorum hielt und in das er alle Veränderungen (Truppenverschiebungen, Ämterumgestaltungen) eintrug. Aus diesen fortwährenden Umformungen im einzelnen erklären sich die Ungleichmäßigkeiten des Buches. Verfaßt ist unsere Redaktion wahrscheinlich zwischen 409 und 413, bald nach Stilichos Sturze. Dafür spricht besonders, daß die Kommandos der Reiterei und des Fußvolkes getrennt sind, die Stilicho in sich vereinigte und die bald nachher wieder vereinigt wurden. — Ausgabe mit großem Kommentare von Böcking, 2 Bde. 1839—56; von Seeck 1876. Seeck, Quaestiones de notitia dignitatum. 1872.

Staatsstellung, die Würde ist offenbar durch willkürliche Zusammenlegung verschiedenartiger Befugnisse entstanden; der quaestor s. palatii, der Reichskanzler; er hat die Gesetze und die Bescheide des Kaisers zu entwerfen, darüber Vortrag zu halten und die Unterschrift des Kaisers zu erwirken; die Kräfte der Hofkanzlei stehen ihm dabei zur Verfügung; der comes largitionum und der comes rei privatae, die beiden Reichsfinanzminister. Die Hofkanzlei ist viergeteilt (scrinium memoriae, epistularum, libellorum, dispositionum); tribuni und notarii arbeiten darin; an ihrer Spitze der primicerius notariorum, spectabilis und Mitglied des Staatsrats: er führt die Matrikel der höheren Beamten (laterculum maius). — Zu den Hofbeamten zählen auch die sogenannten agentes in rebus: eine große Anzahl von Männern ohne bestimmtes Amt zur Verfügung des Kaisers. Er besetzte daraus erledigte Stellen und benutzte die einzelnen zu besonderen Aufträgen. Die schola steht unter dem magister officiorum.

§ 62. In der allgemeinen Staatsverwaltung tritt allbeherrschend auf der Gedanke der mechanischen Reichseinheit durch Zentralisierung der Verwaltung. Die Selbstverwaltung wird bis auf geringfügige Überbleibsel in den untersten Verwaltungskörpern, den Gemeinden, beseitigt. Die hergebrachten landsmannschaftlichen Provinzialverbände werden in kleine Verwaltungsbezirke zerschlagen, wie die französischen Provinzen in Departements; sie sind weniger widerstandsfähig und leichter zu übersehen. Die Provinzialverwaltung wird einer mehrfachen Aufsicht in aufsteigenden Instanzen, zuletzt der der unmittelbaren Vertrauensmänner des Kaisers unterworfen. So laufen alle Fäden beim Kaiser zusammen.

Der eigentliche Verwaltungsbezirk ist die Provinz. Der Leiter (consularis, rector oder corrector, praeses, die im Range verschieden sind) hat die gesamte Verwaltung, namentlich die Steuererhebung, vor allem aber die Gerichtsbarkeit. Er richtet in Zivil- und Straffällen in erster Instanz, sogar auf Todesstrafe kann er erkennen; nur geringfügige Sachen gehören vor das Stadtgericht: da ist der Präses dann Berufungsgericht (wie unsere Landgerichte). Das Gericht hat seinen festen Sitz in der Hauptstadt; Geschworene gibt es nicht mehr: in weniger erheblichen Fällen darf der Präses einen Unterrichter (iudex pedaneus) bestellen, von dessen Spruche an ihn selbst Berufung zulässig ist (C. I. 3, 3. 2). Unter den Rektoren stehen die Städte mit ihrer alten Verfassung: die curia wählt jetzt die duoviri (magistratus) auf Vorschlag des Vorgängers, der für sie haftet. Sie haben Gerichtsbarkeit in geringfügigen Sachen und Steuererhebung. Die Selbstverwaltung ist in fiskalischem Vorteile verwertet: die Kurialen haften für den aufzubringenden Steuerbetrag persönlich. Der alte curator reipublicae (§ 38) spielt nur eine untergeordnete Rolle mit unsicheren Befugnissen (C. Th. 8, 12. 8). Dagegen wird neu eingeführt der defensor civitatis. Er soll nach Valentinians I. Verordnung von 364 von allen Gemeindegliedern aus den vornehmen Leuten auf fünf Jahre gewählt werden und die „Niedrigen" gegen die „Mächtigen" schützen. Er erhielt aber auch die Befugnis, Beschwerden sofort zu erledigen, bei Vergehen einzugreifen, bei Steuerbeitreibung mitzuwirken; er wird so ein neuer Beamter neben den städtischen.

Mehrere Provinzen werden zu einer Diözese unter einem vicarius, mehrere Diözesen unter einem praefectus praetorio zusammengefaßt; allmählich (seit 365) stellen sich diese Präfekturbezirke auf vier (Oriens, Illyricum, Italiae, Galliae). Doch ist das Schema nie vollständig durchgeführt. Der Präfekt hat die oberste Verwaltung, das Recht, die Beamten vorzuschlagen und zu beaufsichtigen, also Disziplinargewalt; er ist gegenüber den Rektoren Berufungsgericht und darf sogar allgemeine Verordnungen mit bindender Kraft (formae generales) erlassen. Der Vikar steht ebenso in der Diözese an Stelle der Präfekten: er ist nicht Delegierter seines Präfekten, sondern hat selbständige Amtsgewalt neben ihm: daher konkurriert er mit ihm namentlich in der Gerichtsbarkeit: beide urteilen an Kaisers Statt (vice sacra): man soll sich an den nächsten wenden; im Zweifel geht der Präfekt vor. Die Entscheidung des Präfekten selbst ist inappellabel; vom Spruch des Vikars dagegen kann an den Kaiser (nicht an den Präfekten) appelliert werden.

II. Christentum und Kirche.

§ 63. Ein ganz neues Element in Reich und Recht ist das Christentum. Unter Konstantin wird es anerkannt, unter Gratian und Theodos I. in der römisch-katholischen Form zur Staatsreligion erhoben. Von da ab beginnt es sofort auf alle Staatseinrichtungen einen weitgreifenden Einfluß zu üben und den Staat zu einem christlichen umzugestalten. Zunächst wird der heidnische Kultus abgeschafft, die alten Tempel und die Kollegien aufgehoben und ihr Vermögen eingezogen. Dann folgen Maßregeln gegen Heiden, Juden, Ketzer und namentlich Apostaten: sie werden für ehrlos erklärt, es wird ihnen in verschiedener Form und verschiedenem Umfange die Rechts- und Handlungsfähigkeit entzogen, das Recht letztwillig zu verfügen, Erbschaften und Schenkungen zu erwerben, der Eintritt in die Ämter untersagt.

§ 64. Die Bischöfe[1]. Die Kirche ist seit Konstantin als selbständig in ihren inneren Angelegenheiten anerkannt. Ihre Vertreter sind die Bischöfe; sie werden von der Gemeinde gewählt, höchstens die in den Residenzen vom Kaiser ernannt. Sie haben in ihren Sprengeln eine monarchische Gewalt über Klerus und Laien in allen religiösen Dingen und nehmen eine unabhängige, tatsächlich der des Statthalters ebenbürtige politische Stellung ein. Ihre Machtmittel sind einmal die geistliche Zuchtgewalt: sie üben sie kraft göttlicher Vollmacht unter staatlicher Anerkennung über Geistliche und Laien, sogar Beamte, namentlich verhängen sie Ausschluß aus der kirchlichen Gemeinschaft. Ferner haben die Bischöfe dem Gebrauche der Christengemeinden entsprechend eine ausgedehnte schiedsrichterliche Tätigkeit entwickelt. Zeitweise wurde ihnen sogar, wohl nach Analogie der jüdischen Gemeindevorsteher, Zivilgerichtsbarkeit neben den ordentlichen Gerichten verliehen, dann aber wie jenen entzogen. Das bischöfliche Schiedsgericht blieb; sein Spruch soll aber von den Beamten vollstreckt werden (C. I. 1, 4. 8). Auch für die Strafrechtspflege war der bischöfliche Einfluß staatlich anerkannt; die Bischöfe haben das Recht der Fürbitte für den Angeklagten und überwachen die Gefängnisse; in beiden Beziehungen wird ihre Macht durch Justinian noch vermehrt. Endlich verwaltet der Bischof selbständig, ohne Kontrolle und Rechnungslegung, das Kirchengut: nur Veräußerungen sind erst erschwert, dann geradezu verboten. Die Einkünfte sind für ihn selbst, den Gottesdienst und die Gebäude, den Unterhalt der Geistlichen, die Armenpflege und Wohltätigkeit bestimmt. Aber erst allmählich wird es Grundsatz, daß für jeden dieser Zwecke ein Viertel verwendet werden müsse. Die Machtstellung des Bischofs ist also auch dadurch eine bedeutende.

§ 65. Einfluß des Christentums. Die Bischöfe hatten hiernach keine feste und anerkannte Stellung im Verwaltungsorganismus. Desto größer war ihr persönlicher Einfluß auf die Mehrzahl der Kaiser (wie der des Ambrosius auf Gratian). Sie haben ihn benutzt, um Vorrechte für die Rechtgläubigen und Verfolgung der Andersgläubigen zu erwirken, aber nicht um die kaiserliche Gesetzgebung mit christlichem Geiste zu durchdringen. Im Grunde sind es nur zwei Ideen des Christentums, die einen bedeutenden Einfluß erlangten, die Keuschheit und die Wohltätigkeit. Die naive Sinnlichkeit des Altertums war allmählich in eine bodenlose Liederlichkeit ohne Scham und Sitte umgeschlagen. Augustus hat zwar durch seine lex Papia entgegenzuwirken und die Ehe zu heben gesucht, aber in den Strafen der Ehe- und Kinderlosigkeit und den Belohnungen für die Verheirateten und mit Kindern Gesegneten auf eine rohe und beschränkte Weise. Die asketische Richtung des Christentums rief hier wesentliche Änderungen hervor. Zwar vermochten auch die christlichen Kaiser die Erlaubtheit des Konkubinats und die Freiheit der Ehescheidung nicht zu beseitigen, doch wurde sie beschränkt, und auch sonst die Ehe

[1] Löning, Geschichte des deutschen Kirchenrechts. 1878. Bd. I. Vgl. Matthiaß, Die Entwicklung des römischen Schiedsgerichts (1888) S. 130.

würdiger behandelt. Die Wohltätigkeit als Tugend war ein dem Heidentume fremder Begriff; weder Cicero (de officiis) noch Seneca (de beneficiis) sprechen davon; das Christentum rief sie aber in der mannigfachsten Weise hervor, und die Kaiser haben sie in ihrer Weise mit Gesetzen und Privilegien geschützt und gefördert. Dahin gehört die Sorge für die Findlinge — die Kinderaussetzung hatte erschreckend zugenommen, so daß christliche Schriftsteller sogar (wohl auch mit Rücksicht auf die Keuschheit) das Dreikindersystem empfahlen (Lactant. inst. 6, 20) — und für die Kriegsgefangenen — römische Untertanen wurden in Masse von den Barbaren weggeschleppt —: in beiden Richtungen steht die Gesetzgebung entschieden unter kirchlichem Einflusse. Sonst, und namentlich auf dem Gebiete des Privatrechts, ist von einer Einwirkung des Christentums im Sinne der Menschlichkeit nicht viel zu spüren. Die Sklaverei ist nicht aufgehoben: sie wurde von der Kirche als Rechtsinstitut anerkannt; man ist kaum über die Milderungen der Antonine hinausgegangen (etwa C. Th. 15, 8, 2 zu Gunsten prostituierter Sklavinnen). Nur die Freilassung wird als ein Werk der Barmherzigkeit bei den Laien gefördert und die manumissio in ecclesia als vollwirksam durchgesetzt. Ebensowenig werden die Härten des Strafrechts und die Bedrückungen des Volkes im allgemeinen gemildert. Man könnte hierher nur etwa rechnen die vereinzelt auftauchenden schwächlichen Versuche der Kaiser, durch Gesetze die Ausbeutung der Notlage der „miseri homines" zu verhindern, besonders den „elenden Schuldnern" zu helfen: die Ausdehnung des Selbsthilfeverbotes (durch Valentinian), das Verbot der lex commissoria durch Konstantin, die lex Anastasiana, die Einführung der Anfechtung wegen laesio enormis (durch Justinian?). Dazu gehört auch die querella non num. pecuniae, die schon unter Alexander auftritt.

III. Gesetzgebung.

§ 66. Daß die Gesetzgebung sich vollständig im Kaiser konzentriert, versteht sich von selbst. Der Kaiser ist der alleinige Gesetzgeber, und sein Wille ist unbedingt Gesetz. Die Gesetze werden daher nun einfach vom Kaiser erlassen, und zwar jetzt, wie früher vom Volke, mit dem kaiserlichen iubemus oder sancimus. Die Kaiser Theodos II. und Valentinian III. erklären zwar im Jahre 446, sie wollten kein Gesetz ohne Anhörung und Zustimmung des Senats und des Konsistoriums erlassen, und sogar Justinian hat dies noch wiederholt (C. I. 1, 14. 8); indessen ist daran kaum festgehalten worden. Die Formen der Gesetzgebung sind mannigfaltig. Eigentliche Gesetze sind die leges edictales oder generales: sie haben die Form von brieflichen Ansprachen und richten sich ad populum, ad senatum, namentlich aber an die Präfekten des Prätoriums. Daher knüpfen sie eher an die orationes in senatu habitae an (§ 39), die vollständig aufhören, als an die alten Edikte. Die Verkündung erfolgt durch Aushang oder durch Verlesen im Senate. Die Mandate verschwinden, wenn auch der liber mandatorum ein Abzeichen der Statthalter bleibt; erst Justinian hat sie erneuert. Die Bedeutung der Reskripte wächst mit der Zunahme des Reskriptverfahrens. Sie verschwimmen jetzt mit den Dekreten in eins: denn der Kaiser entscheidet auf Berufung durch Handschreiben. Die Gefahr einer unrichtigen Verallgemeinerung wird damit größer. Deshalb wird bestimmt, daß die Reskripte nur für den Einzelfall maßgebend sein sollen, wo sie sich nicht selbst in irgend einer Form allgemeinere Geltung beilegen (C. I. 1, 14. 3); dagegen sollen ihre Auslegungen des bestehenden Rechtes authentisch sein. Besondere Formen kaiserlicher Reskripte scheinen die adnotatio und die sanctio pragmatica, deren Wesen bis jetzt noch nicht sicher festgestellt ist.

Die Teilung des Reiches erscheint lediglich als Abgrenzung von Verwaltungsbezirken der Samtkaiser (§ 57). Daher hat sie auf die Gesetzgebung zunächst keinen erheblichen Einfluß. Die Gesetze jedes einzelnen Herrschers werden regelmäßig unter dem Namen aller Mitkaiser veröffentlicht[1], sie gelten deshalb als für das ganze Reich verkündigt und

[1] Mommsen, Hermes XVII 523 ff.

bindend. Das änderte sich, als tatsächlich die beiden Reichshälften mehr und mehr auseinandergingen (C. Th. 1, 1. 5). Die einseitig erlassenen Gesetze gelten nur dann in dem anderen Gebiete, wenn sie dort gleichfalls verkündigt worden sind. Die Sprache der Gesetze ist, wie die kaiserliche Kanzleisprache überhaupt, lateinisch. Erst seit dem Jahre 534 wird das Griechische überwiegend, das früher nur hier und da, besonders in Gesetzen für die östliche Reichshälfte, auftritt.

Der Geist der neuen Gesetzgebung[1] wird allmählich ein anderer. Unter Diokletian hält sich noch die knappe Form und die juristische Sauberkeit. Aber bald verschwinden die alte Schärfe des Gedankens, die legislative Umsicht und namentlich die feste Technik des Rechts. Die Gesetze werden meistens durch einen konkreten Fall veranlaßt, und man vermag dann nicht die allgemeine Bestimmung von dessen Gepräge loszureißen und selbständig zu bilden, ebensowenig neben dem bezweckten faktischen Erfolge auch die technische Form ins Auge zu fassen. Die Gesetze sind daher breit und schwülstig in den faktischen Elementen, ungenau, unklar und beschränkt in den juristischen Gedanken. Doch haben sie die Entwicklung des römischen Rechts zu seiner weiteren Universalisierung fortgeführt, wenn auch nicht in befriedigender, doch in erträglicher Weise. Die Macht der Verhältnisse trieb mit einer gewissen Notwendigkeit dazu; das Bedürfnis und die Aufgabe der Gesetzgebung wurde in der Regel wenn nicht erkannt, doch gefühlt; man hatte nur nicht mehr die Kraft, sie in entsprechender Weise zu erfüllen.

IV. Wissenschaft.

§ 67. Die erstorbene produktive Wissenschaft der großen Juristen wieder ins Leben zu rufen, war natürlich kein Kaiser imstande. Die Wissenschaft erlosch nicht wegen der Ungunst der Zeiten und nicht, weil ihre Aufgabe erschöpft gewesen wäre. Man hat mit Recht darauf hingewiesen, daß die geschichtliche Zwiespältigkeit des ius civile und honorarium und das kaiserliche Konstitutionenrecht den Versuch einer Zusammenbearbeitung geradezu forderten. Wie schwierig es war, das klassische Recht mit seinem Formularverfahren für den neuen Prozeß zu verwerten, zeigen Justinians Rechtsbücher. Dennoch ist auch hier nichts geschehen. Die Produktivkraft der Juristen ist eben zu Ende, nachdem sie schon in der Zeit der Severe stark abgenommen hatte. Sogar die Erteilung von Gutachten hört auf, und das ius respondendi verschwindet (Inst. 1, 2. 8). Die Epigonen zehren von den Schätzen der klassischen Jurisprudenz und suchen die Schriften durch Bearbeitungen und Erläuterungen zugänglich zu machen. Die Praxis behandelt die Werke der alten Juristen geradezu als ius: man beruft sich darauf wie auf geschriebenes Recht. Die alten Gesetze, Edikte, Senatsschlüsse brauchte man gar nicht mehr, in den Kommentaren stand ja alles bequemer, besser und deutlicher. Mit der Einstimmigkeit, die Hadrian verlangt hatte, nahm man es natürlich nicht genau, wer hätte sie auch genau untersuchen können? Schwierigkeiten und Streit waren doch genug da. Gesetzlich war der Zustand nicht; da die Kaiser ihn aber nicht ändern konnten, ordneten sie ihn wenigstens durch sogenannte Zitiergesetze[2]. Konstantin „schaffte" die kritischen notae des Ulpian und Paulus zu Papinian „ab" (aboleri praecipimus), so daß Papinians Meinung „galt" (C. Th. 9, 43. 1 pr.); er bestätigte die sententiae des Paulus: sie sollten unzweifelhaft gelten, wenn sie vor Gericht vorgelegt würden — in iudiciis prolatos valere (sententiarum libros) minime dubitatur —. Weiter griffen durch das große Gesetz vom Jahre 426 Theodos II. und Valentinian III. Es wurde nicht mehr Einstimmigkeit verlangt,

---

[1] Auf uns gekommen sind die Kaisergesetze dieser Zeit hauptsächlich durch die Sammelwerke des 5. und 6. Jahrhunderts. Alle außerdem erhaltenen s. bei Hänel, Corpus legum ab imperatoribus romanis ante Iustinianum latarum (1857) p. 182—282.

[2] Sie stehen im Cod. Theodos. 1, 4, 1—3. Puchta, Über das sogenannte Zitiergesetz v. J. 426 (Kleine civilist. Schriften S. 284); Sanio, Über die sogenannten Zitiergesetze von Konstantin und Valentinian (Rechtshistorische Abhandlungen und Studien [1845] I 1).

sondern schon der Majorität die Gesetzeskraft beigelegt, bei Stimmengleichheit sollte Papinian entscheiden. Zugleich wurde bestimmt, welche Schriftsteller angeführt werden durften, was vielfach zweifelhaft war. Fünf werden genannt: Gajus (dem hier nachträglich das ius respondendi beigelegt wird), Papinian, Ulpian, Paulus und Modestinus, der letzte, ein unbedeutender Schüler Ulpians, offenbar nur, weil er zu den letzten der großen Zeit gehörte. Alles, was sie geschrieben haben, darf angeführt werden, mit Ausnahme der tadelnden Noten von Ulpian und Paulus zu Papinian, außerdem aber auch die Schriften aller der Juristen, die von jenen Fünfen irgendwo zitiert worden sind, d. h. die das ius respondendi gehabt hatten, denn andere waren von der Aristokratie der Juristen nicht zitiert.

Das Gesetz war gut gemeint, aber unausführbar. Welcher Richter war reich genug, um sich alle jene Bücher anzuschaffen? und wer von den reichen hatte Fleiß und Geschick genug, um die Majoritätsbestimmung herauszulesen? In den großen Städten, in den Rechtsschulen, bei den höchsten Beamten mochte man die Bücher wohl finden, d. h. mehr oder weniger, aber der gewöhnliche Provinzialpräses, der Advokat, der niedere Richter begnügte sich jedenfalls mit sehr wenig Büchern: Gajus' Institutionen und Paulus' Sentenzen reichten in der Regel aus. In der Reihe von Gutachten eines Juristen des fünften Jahrhunderts, die zufällig auf uns gekommen ist und bei uns consultatio iuris consulti cuiusdam genannt wird, sind neben den Kaisergesetzen einfach immer nur Pauli sententiae zitiert (§ 68 III). In den römischen Gesetzbüchern der Goten und Burgunder sind auch nur diese sententiae und Gajus' Institutionen benutzt[1].

Die ganze Arbeit und Weisheit der großen Juristen würde allmählich vollständig verloren gegangen sein, wenn ihre Resultate der Praxis nicht näher gelegt und zum täglichen Gebrauche bequemer gemacht worden wären. Die Arbeit des Sammelns, Vergleichens, Abwägens und Entscheidens mußte ein für allemal von oben her, von Staats wegen, geschehen und danach eine gesetzliche Zusammenstellung der Praxis in die Hände gegeben werden. Das erkannte Justinian, führte es in seinen Pandekten aus und ist damit der Erhalter der römischen Jurisprudenz für die Nachwelt geworden.

---

[1] [Über die Auslegung des Zitiergesetzes herrscht viel Streit: Krüger, Rechtsquellen S. 263. Mir scheint die obige Erörterung keine rechte Erklärung zu geben. Ausgehen muß man von der Tatsache, daß die Zitate aus den Werken klassischer Juristen in den Gerichten der damaligen Zeit an die Stelle der responsa für den besonderen Fall treten. Darum sind es vor allem die Anwälte, um die es sich beim „Anführen von Stellen" handelt. Darauf deuten mit Bestimmtheit die Worte: lectionesque ex omni eius opere recitentur; denn das heißt „Stellen verlesen". Das bestätigt Konstantins Gesetz, das die „im Gerichte vorgebrachten Schriften" des Paulus „gelten" läßt. An sich liegt schon die Vermutung nahe, daß die Anwälte versuchen mochten, durch Zitatenkram den unkundigen Richter zu verwirren. Sie wird zur Gewißheit durch Ammian. 30, 4. 11 sq. Er führt — doch wohl unbefangen, nach eigener Erfahrung — eine Klasse von Anwälten vor, die immer nur den Trebatius und Cascellius im Munde führen und selbst zur Rechtfertigung des Muttermordes „Stellen" wissen (lectiones pollicentur). Valentinian regelt nun das Zitierwesen ähnlich wie Hadrian das Gutachtenwesen (§ 47). Die fünf Juristen, die in der Praxis offenbar schon die maßgebenden waren, sollen in erster Reihe benutzt werden, aber nicht ausschließlich: auch die von ihnen angeführten älteren, nicht bloß die Zitate, sondern ihre sämtlichen Schriften. Der Kaiser wußte ohne Zweifel, daß Ulpian und Paulus außer Gajus alle älteren Juristen zitieren ⟨auch solche, die, wie Pomponius, das ius respondendi nicht besessen hatten⟩; er wußte aber ebensogut, daß man die Schriften Scävolas und Sabins nicht mehr hatte: man berief sich eben nur auf Ulpians Anführungen. Zum Überflusse bezeugt es die interpretatio ausdrücklich: in suis corporibus non inveniuntur, sed in praefatorum opere tenentur inserti. Und so wird denn daran die wichtigste Bestimmung des ganzen Gesetzes geknüpft: si tamen eorum libri propter antiquitatis incertum codicum collatione firmentur: die Werke der älteren Juristen sollen selbst vorgelegt, also durch Beibringung von Handschriften (das sind codices) soll das Zitat sichergestellt werden, denn mittelbare Zitate sind unsicher. Damit ist formell den Anwälten freie Hand gegeben, materiell mit dem Zitatenwuste aufgeräumt. Denn die Bücher konnten sie nicht vorlegen. Darum hat der Kaiser im folgenden wieder nur die fünf Juristen vor Augen und läßt den Richter unter ihnen mechanisch eine Entscheidung treffen.]

V. Sammlungen des Rechts.

A. Vor Justinian.

§ 68. Das Bedürfnis, die Ergebnisse der Rechtsbildung übersichtlich zusammenzufassen, wurde schon lange vor Justinian dringend fühlbar und rief allerlei Vorläufer seiner Sammlungen hervor. Am dringendsten war es bei den kaiserlichen Verordnungen. Schon zur Zeit der großen Juristen finden sich daher Schriften, welche Kaisererlasse wiedergeben: so das Werk des Papirius Justus (unter Markus) de constitutionibus (der divi fratres und des M. Aurel) in 20 Büchern; es bringt nicht den Wortlaut selbst, sondern den Inhalt der Entscheidung. Das Bedürfnis nach Sammlungen wuchs noch mit der starken Vermehrung der kaiserlichen Erlasse seit Diokletian. Man fing nun an, den Text der Konstitutionen selbst zu veröffentlichen.

Dies geschah zuerst in zwei Privatsammlungen, dem nach ihren Verfassern benannten codex Gregorianus und Hermogenianus. Sie treten immer zusammen und in dieser Folge auf; jedenfalls ist die zweite Sammlung danach als Ergänzung der ersten anzusehen. Demgemäß zerfällt der cod. Gregor. in 14 Bücher und diese in Titel, der cod. Hermog. nur in Titel. Der erste enthält Erlasse von Hadrian (wie wir aus Justinians Kodex bestimmt entnehmen können) bis auf Diokletian. Wahrscheinlich ist er also unter diesem Kaiser, vielleicht auf seine Veranlassung, angelegt: denn der Verfasser hat sicher das kaiserliche Archiv benutzt. Der cod. Hermog. fällt wohl in seiner ursprünglichen Fassung in die Zeit zwischen 314/324; aber es sind Nachträge und Neuausgaben davon gemacht. Von beiden Sammlungen haben wir nur dürftige Bruchstücke in den späteren Werken, die sie benutzen[1].

Im Anschlusse an diese beiden Codices ließen Theodos II. und Valentinian III. 429 eine Sammlung der edicta und leges generales seit Konstantin anlegen. Die dazu eingesetzte Kommission wurde nicht fertig; es mußte 435 eine neue gebildet werden, und diese brachte das Werk in etwas über zwei Jahren zu stande. Es hat Gesetzeskraft seit 1. Januar 439 als codex Theodosianus, nachdem es 438 durch Vorlegung im römischen Senate verkündigt war. Das Gesetzbuch enthält über 3000 leges; es zerfällt in 16 Bücher, wie es scheint: nach dem Systeme der Digestenwerke (§ 53), diese in Titel, in denen die Erlasse nach der Zeitfolge stehen. Die sachliche Ordnung hat vielfach die Zerlegung größerer Kaisererlasse bedingt, wenn sie Verschiedenartiges enthielten; Verkürzungen und Umgestaltungen, zu denen die Verfasser ermächtigt waren, finden sich häufig. Das Werk ist fast vollständig auf uns gekommen[2]. Ursprünglich war auch eine Bearbeitung der Juristenschriften beabsichtigt; dieser Plan wurde aber anscheinend schon 435 aufgegeben (cod. Theod. 1, 1. 5 und 6). Die nach dem Kodex bis zum Untergange des abendländischen Reiches in beiden Reichen erlassenen Gesetze (novellae leges), die nach Verabredung stets in beiden publiziert werden sollten, sind im abendländischen Reiche gleichfalls zu einer Sammlung vereinigt worden und dadurch teils direkt, teils im Auszuge im westgotischen

---

[1] Neueste Ausgaben: Codicis Gregor. et cod. Hermog. fragmenta, ed. G. Hänel. 1837. In der coll. libr. iur. anteiust. III p. 224 sqq. von P. Krüger.

[2] Teils durch einen Auszug im westgot. Gesetzbuche, teils direkt durch verschiedene Reste von Handschriften, die zum Teil schon im 16., zum Teil erst im vorigen Jahrhunderte aufgefunden sind. Die erste vollständige Ausgabe ist: Codex Theodosianus, ed. G. Hänel. 1842. [Die ersten 5 Bücher herausgegeben in Form eines Apographum der Turiner Handschrift von P. Krüger: Codicis Theodosiani fragmenta Taurinensia. 1880. 4°.] Eine neue Ausgabe ist von Th. Mommsen zu erwarten. Von den älteren ist die von Jak. Gothofredus in 6 Foliobänden wegen ihres großartigen Kommentars noch jetzt unentbehrlich. Sie ist erst nach Gothofreds Tode von Marville 1665 herausgegeben, in 2. Aufl. von Ritter 1736—45. Dazu gehört: Haenel, XVIII constitutiones, quas I. Sirmondus a. 1631 divulgavit. 1844. Es sind das 18 fast nur kirchliche Gesetze von 318—425, die im cod. Theod. teils nur exzerpiert, teils gar nicht aufgenommen, in fränkischen Handschriften aber erhalten sind, von Gothofred jedoch wegen ihres Inhaltes für unecht gehalten waren.

Gesetzbuche auf uns gekommen[1]. Man nennt sie bei uns die posttheodosischen Novellen. Es sind über 100, sie betreffen meistens Verwaltungs-, Straf- und Kirchenrecht.

Neben diesen Sammlungen der Kaisergesetze finden sich im vierten oder fünften Jahrhunderte auch zwei Versuche, das ältere Recht aus den Schriften der Juristen mit dem Konstitutionenrechte zu verbinden. Man unterschied beides als ius und leges.

I. Die sogenannten fragmenta Vaticana. In der Vatikanischen Bibliothek sind im Jahre 1821 in einer größeren Handschrift dreiunddreißig reskribierte Blätter gefunden worden, die zu einer ziemlich umfangreichen Sammlung von ius und leges gehört haben müssen. Bei Anfertigung der neuen Handschrift sind die Blätter zerschnitten: daher fehlt den Zeilen bald der Anfang, bald der Schluß. Sie enthalten sieben Titel über Kauf, Nießbrauch, dos, Vormundschaft, Schenkung und Prokuratoren. Das ius besteht nur in Exzerpten aus Papinians, Ulpians und Paulus' Schriften, Gajus fehlt. Die leges sind fast nur Reskripte bis zum Jahre 318, offenbar aus dem cod. Gregor. und Hermog. entnommen, außerdem nur drei unverkürzte weitschweifige Gesetze von Konstantin und eines von Valentinian I. vom Jahre 372. Über den Ursprung der Sammlung, namentlich ob sie Privatarbeit oder amtlich war, wissen wir gar nichts. Angefertigt ist sie wahrscheinlich im Occidente, entweder in den ersten oder den letzten Jahrzehnten des vierten Jahrhunderts, je nachdem die erwähnten vier Gesetze ursprünglicher Bestandteil oder späterer Zusatz sind[2].

II. Die lex Dei, quam Deus praecepit ad Moysen, gewöhnlich collatio legum Romanarum et Mosaicarum. Es ist das eine Zusammenstellung des römischen und jüdischen Rechtes in 16 Titeln, überwiegend Strafrecht, nur tit. X. de deposito, tit. XVI. de legitima successione. Das mosaische Recht geht voran, dann folgen Stellen aus den Werken von Gajus, Papinian, Paulus, Ulpian und Modestin, Konstitutionen der Kaiser, darunter eine von Valentinian, Theodos und Arkadius von 390 (5,2 = C. Th. 9, 76). Offenbar ist eine Vergleichung beabsichtigt; der Verfasser will die Übereinstimmung des heidnischen Rechtes mit dem mosaischen dartun (vgl. Tertull. apol. 45). Daher muß das Buch aus christlicher Zeit stammen. Wahrscheinlich ist es aber erst nach 426 entstanden, denn es berücksichtigt nur die Zitierjuristen[3], und vor 438, denn es berücksichtigt nicht den Theodosischen Kodex. Daß [5,3] Theodos II. als lebend erscheine, ist nicht zutreffend. Als Verfasser hat man ⟨ohne Grund⟩ den Kirchenvater Rufinus (Huschke) oder den h. Ambrosius (Rudorff) vermutet und hat daran weitere Vermutungen über den praktischen Zweck geknüpft[4].

In diesen Zusammenhang gehören endlich noch zwei Werke, die sich gleichfalls als Kompilationen aus älteren Schriften darstellen:

III. Die sogenannte consultatio veteris cuiusdam iuris consulti de pactis: es sind gutachtliche Antworten auf eine Reihe von Fragen aus dem Vertragsrechte. Ob die Antworten von demselben Juristen oder von mehreren herrühren, ist zweifelhaft. Die Frager sind jedenfalls Anwälte, und der Gutachter gibt ihnen in zum Teile bedenklicher Weise Ratschläge in ihrem Sinne. Überall werden die Belegstellen (lectiones: § 67) beigefügt: sie sind Paulus' Sentenzen und den drei Codices entnommen. Die Ab-

---

[1] Neueste Ausgabe: Novellae constitutiones imperatorum Theodosii II etc., ed. Hänel. 1848.

[2] Erste Ausgabe: vom Entdecker Kardinal Angelo Mai: iuris civilis anteiustinianei reliquiae ineditae. 1823. Neueste in der coll. libr. iur. III p. 1 sq. von Th. Mommsen. 1890. Dazu das Apographum: Codicis Vaticani exemplum, ed. Mommsen. 1860. 4°.

[3] ⟨Mit Recht wird hiergegen von Huschke und Mommsen bemerkt, daß das Zitiergesetz mit dem Hinweis auf die fünf Zitierjuristen höchst wahrscheinlich nur eine bereits bestehende Praxis sanktioniert habe; die Sammlung ist aber jedenfalls nicht früher als 394 entstanden, vgl. Mommsen, l. c. p. 127.⟩

[4] Es gibt 3 Handschriften aus dem 8.—11. Jahrhunderte. Erste Ausgabe: Pithou, Fragm. quaedam Papiniani al. cum Moysis legibus collata. 1573. Neueste: Lex Dei, ed. F. Blume, 1833; in der coll. libr. iur. III p. 107 sq. von Th. Mommsen. 1890. — Rudorff, Ursprung und Bestimmung der lex Dei. 1869 (Abhandlungen der Berliner Akademie).

fassungszeit ist ungewiß. Doch scheint die Schrift am besten in die zweite Hälfte des fünften Jahrhunderts zu setzen. Sie ist vielleicht in Frankreich entstanden, wo sie zuerst erwähnt wird[1].

IV. Das sogenannte syrisch-römische Rechtsbuch, eine unvollständige, unsystematische, wissenschaftlich wertlose Darstellung des römischen Rechtes, hauptsächlich Erb- und Ehe-recht, Strafrecht und Prozeß, mit mancherlei fremdartigen, wohl dem Vulgarrechte[2] entnommenen Zusätzen, namentlich in Bezug auf Intestaterbfolge. Die Aussprüche der klassischen Juristen liegen zu Grunde, sind aber durch starke, teilweise mißverständliche Überarbeitung fast unkenntlich gemacht. Das Buch ist ursprünglich griechisch geschrieben, dann ins Syrische übersetzt. Diese Übersetzung ist dann armenisch und arabisch bearbeitet; wir besitzen den syrischen, armenischen und arabischen Text. Das Werk ist höchst wahrscheinlich ums Jahr 476 (unter Basiliskos) in der Osthälfte des Reiches verfaßt, sicherlich nicht von einem Juristen, eher von einem Geistlichen zum Gebrauche in den geistlichen Gerichten. Die Kompilation ist im praktischen Gebrauche nicht von der Justinianischen Gesetzgebung verdrängt worden, sondern hat bis ins 17. Jahrhundert in großem Ansehen gestanden[3].

B. Justinian.

§ 69. Das abendländische Kaiserreich war untergegangen, Italien von den Ostgoten erobert, ein neues Reich durch Theoderich gegründet, da bestieg in Konstantinopel im Jahre 527 ein Mann den Thron, der, weder an Geist noch Charakter groß, doch durch geschickte Benutzung der Verhältnisse und Personen noch einmal eine Art Restauration des altrömischen Reiches und seines Glanzes durch Verbindung von Italien, Asien und Afrika mit Griechenland herzustellen vermochte und für das römische Recht in kurzer Zeit die Arbeit ausführte, die notwendig war, um es zu einer Art geschichtlichen Abschlusses zu bringen und so seinen Übergang auf die Nachwelt zu ermöglichen. Dies ist Justinian, der im Jahre 482 in Tauresium, einer kleinen Stadt des heutigen Serbiens, geboren ist[4]. Sein Onkel Justinus, der sich vom gemeinen Soldaten allmählich zum Kaiser emporgeschwungen hatte, ließ ihn studieren und in den Staatsdienst eintreten, nahm ihn 527 zum Mitkaiser an, starb aber bald darauf und hinterließ ihm den Thron, den er bis zu seinem Tode 565 behielt. Justinians Persönlichkeit ist bei

---

[1] Aus einer jetzt verlorenen Handschrift herausgegeben von Cujaz 1577; von Puggé 1838.

[2] ⟨Daß dies Vulgarrecht auf griechische, nur sehr vereinzelt auf orientalische Rechtsanschauungen zurückgeht, ist Bruns gegenüber überzeugend nachgewiesen worden durch Mitteis, Reichsrecht u. Volksrecht, besonders S. 313 f., 537 f.⟩

[3] Zuerst vollständig mit großem Kommentare herausgegeben: Syrisch-römisches Rechtsbuch aus dem 5. Jahrhundert von Bruns und Sachau. 1880; vgl. Hube, Zeitschrift für Rechtsgeschichte, XVI 17 ff.

[4] Ludewig, Vita Iustiniani 1731. I. Bryce, The life of I. by Theophilus (English historical review. 1887. N. 8 p. 657 ss.). In dieser musterhaften Untersuchung ist ausgeführt: Zuerst Alemanni hat in Vorrede und Anmerkungen zu seiner Ausgabe der historia arcana des Prokop (1623) auf eine Lebensbeschreibung Justinians von seinem Lehrer, dem Abte Theophilus, hingewiesen und einzelne Angaben daraus gemacht. Andere, bis in die Neuzeit, haben ihm diese nachgeschrieben. Die Schrift ist nie veröffentlicht und nirgends eine Handschrift aufzufinden. Bryce hat aber in der Bibliothek Barberini einen kurzen lateinischen Aufsatz mit erläuternden Anmerkungen entdeckt, den sein Verfasser als Auszug aus dem Leben Justinians von seinem Lehrer Bogumil bezeichnet. Bogumil ist Theophilus. Dieser Aufsatz rührt her von J. Th. Marnavich, Bischof von Bosnien (1579/1639), einem unkritischen, erfindungsreichen Slawisten, der mit Alemanni Beziehungen hatte. Unzweifelhaft machte Alemanni seine Angaben lediglich nach diesem Schriftstücke. Es ist von geringer Bedeutung, ob Marnavich seine Erzählung aus der Tradition nahm oder es wirklich ein Leben Justinians von diesem Bogumil gab: denn unglaubwürdig wäre dies auch. Den Slawen war Justinianus ein sagenhafter Held ihres Stammes geworden, weil er da geboren wurde, wo sie später saßen, ähnlich wie Theoderich den Deutschen. So fallen alle Nachrichten zusammen, die sich allein auf Theophilos stützen: Justinians slawische Abkunft (die Slawen waren damals noch nicht so weit südlich vorgedrungen: Rösler, Sitzungsberichte der Wiener Akademie. 1873. I 115 ff.), der Name Upravda (den Marnavich slawisch deutet), die Namen der Eltern und Verwandten, der Heldenkampf mit Reccared, der Aufenthalt am Hofe Theoderichs u. s. w. ⟨Diehl, Justinien. 1901.⟩

seiner politischen Tätigkeit weder imponierend noch anziehend. Er war feig, treulos, hinterlistig, grausam, habsüchtig, eitel, frömmelnd, nie setzte er seine Person ein, weder bei inneren Aufständen noch bei äußeren Kriegen; seine Erfolge verdankte er lediglich seinen Feldherren Belisar und Narses, gegen die er dann doch wieder argwöhnisch und undankbar war. Größere persönliche Bedeutung wird man ihm bei seiner gesetzgeberischen Tätigkeit zusprechen können, da er dazu durch Studium und Staatsdienst vorbereitet war und offenbar seine Hauptpläne schon von daher mit auf den Thron brachte. Das Hauptverdienst in der weiteren Durchführung hat zwar auch hier wohl sein Justizminister Tribonianus, ein Pamphylier, der ein bedeutendes Talent gewesen sein muß und dabei von seinen Zeitgenossen als ein menschenfreundlicher, freidenkender, liebenswürdiger und witziger Mann geschildert wird, freilich zugleich auch als habsüchtig und gewissenlos[1].

Die Bedeutung der legislativen Tätigkeit beider besteht nun keineswegs bloß in der Bewerkstelligung der großen Sammlungen, sondern ebensosehr auch in den mehr als 500 neuen Gesetzen, wodurch die lange vernachlässigte römische Rechtsentwicklung jetzt in kurzer Zeit in einer Menge der wichtigsten Punkte erst zu dem nötigen oder wenigstens möglichen Abschlusse gebracht wurde. Zwar hätte eigentlich noch viel mehr geschehen sollen, und auch alle jene Gesetze leiden an den oben besprochenen Mängeln der späteren Kaisergesetzgebung, unklarer Erkenntnis der Aufgabe und mangelhafter Lösung, namentlich in technischer Beziehung, allein im ganzen und wesentlichen haben sie doch meistens die rechte Richtung und übertreffen jedenfalls weit die ganze voraufgehende Gesetzgebung seit Konstantin.

§ 70. Der Verlauf der Justinianischen Gesetzgebung ist im einzelnen folgender:

1. Der alte Kodex. Die eigenen Erfahrungen, die Justinian im Staatsdienste über den trostlosen Zustand der Rechtsquellen gemacht hatte, hatten offenbar den Plan in ihm erweckt, als Kaiser durchgreifende Reformen darin vorzunehmen. Schon wenige Monate nach Justins Tode fing er damit an. Das erste war eine neue Sammlung der Konstitutionen, unter Vereinigung der drei bisherigen Codices zu einem, so daß ihre Geltung aufhören sollte, Beseitigung des Veralteten, Hinzunahme der neuen Gesetze, besserer Anordnung des Ganzen; Wiederholungen sollten vermieden, Widersprüche beseitigt, nach Klarheit und Kürze gestrebt werden. Am 15. Februar 528 wurde eine Kommission von 7 Beamten, 2 Advokaten und 1 Professor eingesetzt; den Vorsitz führte der Exquästor Johannes; Tribonian gehörte der Kommission an: er hatte eine hervorragende Stellung (magisteria dignitas) unter den agentes in rebus (? § 61). In einem Jahre war das Werk fertig und wurde am 7. April 529 publiziert mit Gesetzeskraft vom 16. (c. Summam reip.). Durch die Revision vom Jahre 534 ist es wieder aufgehoben und daher auch nicht auf uns gekommen. Nur die beiden Gesetze, wodurch es anbefohlen und publiziert wurde, sind auch dem neuen Kodex vorne vorgesetzt.

2. Die fünfzig Dezisionen. Die zweite Aufgabe, die Sammlung und Sichtung des ius, war ungleich schwieriger. Justinian sah ein, daß zur Beseitigung der Streitfragen unter den alten Juristen das Abzählungsprinzip des Zitiergesetzes nicht ausreichte, sondern selbständige Entscheidungen nötig waren, und daß auch eine Menge von Resten abgestorbener Institutionen vollständig beseitigt werden mußte, ehe man das ius mit Erfolg bearbeiten konnte; so z. B. die Unterschiede von res mancipi und nec

---

[1] [Über Justinians Charakter und Regierung s. Ranke, Weltgeschichte IV 2: er findet seine Bedeutung darin, daß er dem Kaisertume die alte Stellung unter den Völkern wieder begründete durch seine Eroberungen, seine Bauten und seine Gesetzgebung. Die Quellen der Geschichte des Kaisers sind vor allem die Schriften des Geheimschreibers Prokop. Dessen historia arcana, die auch den Hofklatsch aufzeichnet, hält Ranke für unecht (S. 300 ff.). Ganz anders urteilt über die Schrift Mommsen, Ostgotische Studien II (Neues Archiv für ältere deutsche Geschichtskunde XIV 519), und damit auch über Justinian und seine Regierung.] S. die Literatur der Frage bei Krumbacher, Byzant. Lit.Gesch. in J. v. Müllers Handbuch IX 1 S. 235 fg.

mancipi, quiritarischem und bonitarischem Eigentum, Legaten und Fideikommissen u. a. Er erledigte dieses zunächst durch eine Anzahl einzelner Gesetze. Wir kennen aus dem Jahre 529 gegen achtzig, vom Jahre 530 gegen einhundertunddreißig, vom Jahre 531 gegen einhundert. Man scheint davon fünfzig Entscheidungen alter Kontroversen in einer besonderen Sammlung vereinigt und an die Rechtsschulen geschickt zu haben; denn eine amtliche Sammlung des liber quinquaginta constitutionum wird noch in Justinians Zeit angeführt[1] (Inst. 1, 5. 3).

3. Die Pandekten. Nachdem das Werk so vorbereitet war, erließ Justinian am 15. Dezember 530 eine Instruktion (c. Deo auctore) an Tribonian, der inzwischen zum quaestor palatii erhoben war, worin er ihn beauftragte, eine Kommission zusammenzusetzen und mit dieser aus den Schriften der alten Juristen, aber nur der mit ius respondendi, alles noch praktisch Brauchbare wörtlich zu exzerpieren, alles Veraltete und Überflüssige auszuscheiden, alle Widersprüche zu beseitigen und danach auch so viel als nötig am Texte zu ändern; die gesamten Exzerpte sollten dann nach ihrem Inhalte in der Ordnung des prätorischen Ediktes in fünfzig Büchern mit Titeln zusammengestellt werden und so unter dem Namen πανδέκται oder digesta als codex iuris (enucleati) neben dem codex legum stehen und mit diesem zusammen ein vollständiges Gesetzbuch in zwei Teilen bilden. Tribonian förderte das Werk so, daß es bereits in drei Jahren fertig war; am 16. Dezember 533 wurde es durch Übersendung an den Senat verkündigt (c. Omnem), am 30. Dezember trat es in Kraft.

Über die Art der Ausführung läßt sich aus den Verordnungen und dem Werke selbst folgendes entnehmen: die Kommission bestand aus 4 Professoren (Theophilus, Dorotheus, Anatolius, Kratinus), 11 Advokaten und einem Beamten. Man bezeichnet sie nach ihrer Tätigkeit als die Kompilatoren. Nach Justinians Angabe haben sie 2000 Bücher mit drei Millionen Zeilen (versus) auf 150 000 Reihen zusammengezogen, also etwa auf ein Zwanzigstel. Von den benutzten Schriftstellern und ihren Werken wurde ein Verzeichnis (sogenannter index Florentinus) angefertigt und den Pandekten vorgesetzt; es stimmt mit dem aus den Digesten gewonnenen Tatbestande nicht ganz überein. Benutzt sind im ganzen die Werke von 39 Schriftstellern. Darunter sind drei (Q. Mucius, Alfenus, Alius Gallus) noch aus republikanischer Zeit; sie haben also, der Vorschrift zuwider, ⟨wie übrigens auch Pomponius⟩ kein ius respondendi; die Benutzung der ursprünglichen Werke, nicht von Auszügen, ist recht zweifelhaft; vierunddreißig sind aus der großen Zeit, zwei Nachzügler aus dem vierten Jahrhunderte.

Für die Exzerpierung schied man die gesamten Bücher nach dem Inhalte und der bisherigen Studienordnung in drei Klassen, Zivilrecht, prätorisches Recht, Responsen und ähnliche praktische Schriften, wozu dann noch ein weniger umfassender Rest von Werken gemischten und unbestimmten Charakters kam. Entsprechend wurde dann auch die Kommission in drei oder vier Abteilungen geteilt, jede exzerpierte zunächst eine Klasse für sich, worauf dann in Generalsitzungen die vier Exzerptmassen in Übereinstimmung und Ordnung gebracht wurden. Die Wahl der Exzerpte aus den einzelnen Schriften war sehr ungleich. Im zivilen und prätorischen Rechte bilden die beiden Werke von Ulpian ad Sabinum und ad edictum die Grundlage, bei den Responsen die von Papinian. Man nennt die Massen danach bei uns Sabinus-, Edikts-, Papinians- und Postpapinians- oder Appendixmasse (S. E. P. pP.)[2]. Die Exzerpte aus den beiden Werken von Ulpian bilden aber bei weitem das meiste, fast ein Drittel des Ganzen.

---

[1] ⟨S. di Marzo, Le L decisiones di Giustiniano. 1899, 1900.⟩

[2] Bluhme, Die Ordnung der Fragmente in den Pandektentiteln. 1820 (Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. IV 256). ⟨Die Hypothese Bluhmes wird neuerdings energisch bestritten in dem nachgelassenen Werk Franz Hofmanns, Die Kompilation der Digesten Justinians, 1900; vgl. auch Ehrenzweig, Grünhuts Ztschr. XXVIII S. 313 f. Hofmann hält es insbesondere für unmöglich, daß bei Beobachtung des von B. vermuteten Verfahrens die Digesten in so kurzer Zeit hätten vollendet werden können, bezweifelt die Glaubwürdigkeit der eigenen Angaben Justinians über die Art der Abfassung und ist seinerseits der Meinung, bei Zusammenstellung der Digesten seien nur wenige Originalwerke, insbesondere Ulpians, ernstlich benutzt und exzerpiert, zur Ergänzung des

Die Ordnung des Stoffes ist im ganzen die des prätorischen Edikts, jedoch mit manchen Abweichungen, und in den letzten vier Büchern ist ein Zusatz von Strafrecht und Staatsrecht, d. h. Appellation an den Kaiser, Fiskal-, Militär-, Munizipal- und Steuerrecht gemacht. Die Bücher sind in Titel mit Überschriften (rubricae) geteilt (nur in Buch 30—32 de legatis ist umgekehrt ein Titel in drei Bücher aufgelöst). In den Titeln sind die einzelnen Exzerpte in der Regel nicht weiter systematisch geordnet, sondern einfach nach den vier durch die Exzerpierung entstandenen Massen hintereinandergestellt, meistens die Masse voran, die gerade das meiste enthielt, natürlich mit mancherlei einzelnen Abweichungen. Bei mehreren Exzerpten über denselben Gegenstand legte man eines zu Grunde und schaltete aus den anderen nur einzelne Sätze oder selbst nur Worte ein. Bei jedem, auch dem kleinsten, Exzerpte wurde nach der Bestimmung Justinians der Name des Verfassers mit Titel und Buchzahl seiner Schrift darüber gesetzt (sogen. inscriptio).

Die Bruchstücke der Juristen sind grundsätzlich im Wortlaute wiedergegeben, aber die Kompilatoren haben von ihrer Befugnis, Änderungen vorzunehmen, einen ziemlich weitgehenden Gebrauch gemacht (sogenannte interpolationes, emblemata Triboniani, Tribonianismen). Häufig haben sie nur der Kürze halber mehrere Sätze in eins gezogen, längere Ausführungen weggeschnitten, namentlich Berichte über Streitfragen unter den älteren Juristen, und in Verbindung damit sind öfters zweifelnd ausgesprochene Meinungen bestimmt hingestellt: denn es kam überall nur auf die letzte praktische Entscheidung an. Veraltete Rechtsinstitute, namentlich solche, die Justinian selbst aufgehoben hat, sind natürlich systematisch beseitigt: mancipatio (traditio), fiducia (pignus), in iure cessio (cessio), sponsor und fidepromissor (fideiussor), dotis dictio, cognitor (procurator), cretio, actio auctoritatis. Für die Feststellung des Ursprünglichen ist von großer Wichtigkeit die inscriptio der Stelle, weil sich aus ihr ergibt, in welchem Zusammenhange der Jurist die Frage behandelte. Aber auch Zusätze sind gemacht. Zum Teile sind das nur Verdeutlichungen im Sinne der Kompilatoren (id est); in anderen Fällen sind es weise Einschränkungen zu allgemein klingender Sätze (D. 1, 5. 24), vor allem soll dadurch die Erwägung der Besonderheiten des Falles oder die Rücksicht auf den Sinn der Parteisatzungen angeregt werden (si modo). Endlich sind aber damit auch wirkliche Rechtsänderungen zum Ausdrucke gebracht. Die Kompilatoren haben sich nicht gescheut, längere Sätze und sogar ganze Bruchstücke zu erfinden, bei denen höchstens einzelne Worte und Wendungen des Juristen benutzt wurden: so zur Einleitung neuer Abschnitte, zur Überleitung (D. 8, 2. 9), aber auch um eigene Gedanken zur Geltung zu bringen (D. 19, 2. 25 pr. [Gaius 3, 140. 143]; 24, 2. 6; 22, 3. 25; 4, 2. 14, 9), wie das Neurecht (D. 12, 4. 5). Man erkennt die Zusätze am Stile (Gräzismen: D. 39, 5. 22), an gewissen spätlateinischen, bei Justinian beliebten Wörtern und Wendungen (coadunare, iuramentum), vor allem aber daran, daß sie den Zusammenhang unterbrechen (D. 19, 2. 30: idem iuris esse rell.) und den erkennbaren Gedankengang des Juristen stören und verwirren. Einzelne Schriftsteller sind mehr interpoliert als andere; so Ulpian, weil er die Grundlage des ganzen Werkes bildete; so Scävola, weil seine responsa directa aspera simplicia den Kompilatoren bedenklich erschienen[1].

Der Wert der Kompilation muß, wenn man einen billigen Maßstab nach den damaligen Verhältnissen anlegt, ziemlich hoch gestellt werden. Die Aufgabe war außerordentlich schwierig, äußerlich wegen der Masse und Unbequemlichkeit der Bücher, innerlich

---

Stoffs aber seien ältere, gleichartige Sammlungen herangezogen worden. Diesen Ansichten kann nicht beigetreten werden. Vgl. di Marzo, Sulla compilazione dei digesti di Giust. (circolo giurid. XXXII) 1901; Mommsen, Ztschr. f. Rechtsgesch. XXXV S. 1 ff.; P. Krüger, ebendaselbst S. 12 ff.)

[1] Die Forschung nach Interpolationen war wegen starker Übertreibungen (namentlich A. Faber, Rationalia ad Pandectas u. a.) zum Schaden der Rechtsgeschichte zurückgedrängt. Neuerdings ist sie mit sicherer Methode und schönem Erfolge wieder aufgenommen worden: Grabenwitz, Interpolationen in den Pandekten. 1887. Eisele, Zeitschrift f. RG. XX, XXIII, XXIV, XXVI, XXXI. (Überaus wichtiges Hilfsmittel bei dieser Forschung ist die philologische Untersuchung der Sprache der einzelnen Juristenschriften, vgl. insbesondere Kalb, Das Juristenlatein 1888; Roms Juristen 1890.)

wegen der vielen und großen Veränderungen, die im ganzen Rechte eingetreten waren. Die erste Schwierigkeit haben die Kompilatoren gut überwunden, namentlich bei der kurzen Zeit, die sie brauchten; Lücken, Wiederholungen und Widersprüche sind verhältnismäßig wenige vorhanden. Weniger gewachsen waren sie der zweiten Schwierigkeit, die Interpolationen sind oft recht oberflächlich und ungeschickt. Das tritt besonders bei der Beseitigung der alten Rechtsinstitute hervor; die Kompilatoren ändern mechanisch die Worte und lassen die Rechtsfolgen stehen, die zu den neueingesetzten Instituten nicht passen, so bei Manzipation und Tradition; die erste setzt keinen Besitzübergang voraus (D. 23, 5. 16?). Doch war allerdings eine vollständige Lösung dieser Aufgabe kaum ohne eigentliche neue Kodifikation des Rechts möglich.

Über die gesetzliche Kraft der Sammlung bestimmte Justinian, daß alles Aufgenommene vollständig gelten solle, wie wenn es sein eigenes Gesetz wäre, alles nicht Aufgenommene dagegen gar nicht mehr. Daraus ergibt sich die Notwendigkeit der sogenannten duplex interpretatio der Digesten: die Stellen sind erst auszulegen im Sinne ihrer Verfasser; dabei ist der gesamte Gedankengang entscheidend; dann aber im Sinne Justinians; und da kommt es wesentlich auf die praktische Spitze an. In törichter, aber nicht beispielloser, legislativer Verblendung verband der Kaiser damit das Verbot, die alten Bücher mit seinen Pandekten noch zu vergleichen oder gar neue darüber zu schreiben. Das letztere wurde schon bei seinen Lebzeiten und von den Verfassern der Pandekten selbst übertreten, das erstere scheint man gründlicher befolgt und einfach durch Vertilgung der alten Bücher gesichert zu haben. Wenigstens läßt sich der absolute Mangel alles und jedes Überrestes kaum anders erklären.

4. Die Institutionen. Das neue Gesetzbuch des codex iuris und legum machte eine neue Ordnung des ganzen Rechtsstudiums nötig. Justinian hat darüber ein eigenes Gesetz erlassen. Dabei stellte sich heraus, daß für die Einleitung in das Studium ein anderes Buch als die alten Institutionen von Gajus, Ulpian u. s. w. notwendig sei. Die Abfassung der Wissenschaft zu überlassen, entsprach dem Geiste der Zeit nicht. Es mußte ein gesetzliches Institutionenkompendium angefertigt werden. Tribonian bekam den Auftrag dazu schon während der Abfassung der Pandekten, und es war schon früher als diese fertig, schon am 21. November 533 wurde es verkündigt (c. Imperatoriam). Zwei Professoren von Konstantinopel und Beryt, Theophilus und Dorotheus, hatten es verfaßt, Tribonian hatte nur die Oberleitung. Sie teilten sich anscheinend so, daß der eine Buch 1 und 2 und 4, 18 (de publicis iudiciis) bearbeitete, der andere Buch 3 und 4; wer dies, wer jenes, ist streitig[1]. Im ganzen haben sie sich die Sache leicht gemacht. Sie legten den Gajus wörtlich zu Grunde (daher fehlen Pfand- und Dotalrecht); sie ließen das Veraltete und die historischen Ausführungen weg oder machten kurze Einleitungen daraus, schalteten dagegen, damit es nicht gar zu kurz würde, Exzerpte aus anderen Schriften ein und fügten auf Justinians besonderen Befehl Zusätze über das neuere Konstitutionenrecht hinzu[2]. Das Ganze wurde in vier Bücher und diese in 98 Titel geteilt, in diesen aber nicht, wie in den Pandekten, die ursprüngliche Quelle genannt, sondern alles zu einem einfachen Texte verbunden, wobei Justinian selber als redend fingiert wird. Das Werk bekam volle Gesetzeskraft mit den Pandekten gleichzeitig.

5. Der neue Kodex. Die Abfassung der Pandekten machte eine Revision des Kodex nötig. Die vielen durch die Pandekten veranlaßten Gesetze mußten ihm einverleibt, die alten in Inhalt und Ordnung den Pandekten angepaßt werden. Schon im Januar 534 bekam Tribonian den Auftrag, eine „repetita praelectio" des Kodex zum Zwecke dieser Veränderungen zu veranstalten. Er nahm den Dorotheus und drei Advokaten zu Hilfe, und schon am 11. November wurde der Kodex in der neuen Gestalt publiziert (c. Cordi). Er enthält über 4600 Konstitutionen, doch sind darunter 80 doppelt und

[1] Grupe, De Iustiniani institutionum compositione. 1884 (er weist den von Huschke zuerst ausgesprochenen Gedanken als richtig nach). Ferrini, Archivio giuridico XXXVII 373.

[2] ⟨Eine gründliche Untersuchung über die bei Abfassung der Institutionen benutzten Quellen bietet, in Neubearbeitung eines früheren Versuchs, Ferrini, Bullett. dell' Istit. di dir. Rom. XIII, p. 101 sq.⟩

500 sind durch Zerlegung von 200 größeren entstanden. Die größere Hälfte, über 2600, ist aus der Zeit vor Konstantin, also aus der Reskriptszeit. Die älteste ist von Hadrian, aber nur eine, die übrigen verteilen sich sehr ungleich; von den beiden Severen und Caracalla sind 880, Gordian 272, Diokletian 1222, von allen übrigen bis Konstantin nur 280; aus der späteren Zeit sind von Konstantin 208, den beiden Theodosen 567, Justinian 408. Die älteren bis Konstantin sind weniger verändert, als die Juristenschriften in den Digesten, obwohl es auch hier an Interpolationen keineswegs fehlt; die späteren sind meistens sehr abgekürzt, in mehrere zerlegt, oft im Wortlaute ganz umgestaltet; nur Justinians Gesetze sind meistens in ihrer ganzen Breite aufgenommen. Die ganze Masse ist in zwölf Bücher geteilt und diese in sehr viele kleine Titel mit Überschriften. In den Titeln stehen die einzelnen Konstitutionen rein der Zeit nach, immer mit den alten In- und Subskriptionen. Die Ordnung ist im wesentlichen wie in den Pandekten, jedoch mit Abweichungen. Außerdem ist im ersten Buche das Kirchenrecht vorangestellt, in den beiden letzten das kaiserliche Finanz- und Verwaltungsrecht angefügt. Über 150 Konstitutionen sind griechisch, die früheste von Septimius Severus. Diese sind später in Italien in den Handschriften sämtlich weggelassen, daher meistens ganz verloren und erst seit dem 16. Jahrhunderte aus den Basiliken und anderen griechischen Quellen zum Teil wieder eingesetzt — „restituiert". Man nennt sie danach bei uns leges restitutae [1].

6. Die Novellen. Zwei so rührige Gesetzgeber, wie Justinian und Tribonian, blieben natürlich auch nach Vollendung der Sammlungen nicht untätig, namentlich da alle schwierigen und zweifelhaften Rechtsfragen, die in der Praxis auftauchten, an den Kaiser zur Entscheidung berichtet werden mußten. Schon am 1. Januar 535 erschien die erste novella constitutio, *νεαρὰ διάταξις*, ein wichtiges Gesetz über Testamente, das, worin die Ausschließung der Falcidia erlaubt wurde. Ihr folgten in demselben Jahre noch gegen 30 andere, und so in den nächsten zehn Jahren bis zu Tribonians Tode (545) noch über 100, in den dann folgenden zwanzig Jahren bis zu Justinians Tode (565) kaum noch 20. Wieviel im ganzen, wissen wir nicht, wir kennen 175. Ihre Gestalt ist die, daß eine praefatio über den Anlaß des Gesetzes vorangeht, dann die Bestimmungen in Kapiteln folgen und ein epilogus schließt. Ihr Umfang ist sehr verschieden, manche haben nur ein kurzes Kapitel, andere 40 bis 50. Sie beziehen sich meistenteils auf Staatsverwaltung und Kirchenwesen, manche enthalten aber auch tiefeingreifende privatrechtliche Bestimmungen, namentlich über Familien- und Erbrecht. Ihre Sprache ist meistens die griechische, nur 15 sind lateinisch (sie waren für die Westprovinzen bestimmt), drei in beiden Sprachen.

Gesammelt sind sie von Justinian selber nicht mehr. Auf uns gekommen sind drei Privatsammlungen:

a. die epitome Iuliani, ein lateinischer Auszug aus 124 Novellen (zwei doppelt), von einem Professor in Konstantinopel; die jüngste Novelle ist von 555, also wahrscheinlich der Auszug 556 gemacht;

b. das authenticum oder der liber authenticorum (sogenannte Vulgata), eine Sammlung von 134 Novellen, die lateinischen im Urtexte, die griechischen in lateinischer Übersetzung. [Vielleicht ist diese Sammlung die im Jahre 556 in Italien amtlich gemachte Übersetzung der bis dahin erschienenen Novellen Justinians zur Einführung im wiedereroberten Lande [2].]

c. die Sammlung der 168 Novellen, die aber mehrere doppelt, mehrere von Justinians Nachfolgern und nur 153 wirklich Justinianische enthält, die griechischen im Urtexte, die lateinischen im griechischen Auszuge. Sie ist unter Justinians Nachfolgern angelegt, im byzantinischen Reiche allgemein benutzt, im fünfzehnten Jahrhunderte

---

[1] K. Witte, Die leges restitutae des Justinianischen Kodex. 1830.

[2] So Zachariä, Sitzungsberichte der Berliner Akademie. 1882. XLV. Dagegen Krüger, Gesch. der Quellen, S. 357 Anm. 29 wegen der Schlechtigkeit der Übersetzung und der (wahrscheinlichen) Fehler der Vorlage.

nach Italien gebracht und im Jahre 1531 in Deutschland von Haloander zuerst herausgegeben worden.

d. Dazu kommen noch mehrere vereinzelt aufgefundene Novellen, namentlich die sogenannten dreizehn edicta Iustiniani.

§ 71. Studienordnung. Der Rechtsunterricht hat sich seit der Mitte des dritten Jahrhunderts immer mehr zu einer staatlichen Einrichtung gestaltet. Es gibt Rechtsschulen mit öffentlich angestellten und besoldeten Lehrern in Beryt, Rom und spätestens seit 425 in Konstantinopel. Daneben bestanden staatliche Akademien in Athen, Alexandrien und Cäsarea: sie hat Justinian aufgehoben. Die Lehrer an diesen Hochschulen scheinen nicht ohne wissenschaftliche Bedeutung gewesen zu sein, namentlich die von Beryt: ihre Jünger, die Kompilatoren, rühmen sie als „Helden und Lehrer des Erdkreises". Vielleicht sind auf diese Kreise die Bruchstücke griechischer Kommentare zu klassischen Schriften zurückzuführen, die man neuestens entdeckt hat[1]. Der Lehrkursus an allen diesen Anstalten war wohl gleichmäßig geordnet. Er war vierjährig. Im ersten Jahre führten die Studenten den (nicht recht zu erklärenden) Spitznamen dupondii; sie lasen die Institutionen des Gajus (in zwei Büchern?) und 4 libri singulares, d. h. sie hörten erläuternde Vorträge darüber. Im zweiten Jahre hießen sie edictales und lasen die „prima pars legum" und einzelne Titel der 2. und 3., das ist doch wohl einen Edikts-kommentar. Im dritten Jahre werden sie Papinianistae, lesen die übrigen Bücher der 2. und 3. pars und zugleich (die ersten) acht Bücher von Papinians Responsen. Das vierte Jahr der Lytae (Gefreiten) ist zum Privatstudium in Paulus' Werken bestimmt.

Justinians Gesetzgebung machte eine neue Studienordnung erforderlich. Mit Rücksicht auf die Lehre hat er seine Digesten in sieben Teile zerlegt: πρῶτα (1—5), de iudiciis (6—11), de rebus (12—19) — so genannt von den Überschriften 5, 1 und 12, 1 —, umbilicus (20—26), p. V. (de testamentis, 27—37), p. VI. (38—44), p. VII. (45—50). Der Kursus dauert jetzt fünf Jahre. Die Füchse heißen Iustiniani novi und hören über Institutionen und πρῶτα; die edictales des zweiten Jahres und die Papinianistae des dritten abwechselnd Teil 2 oder 3, im zweiten Jahre außerdem die libri singulares: 23. 26. 28. 30, im dritten Buch 20—22 (den sogenannten Antipapian, τὰ ἀντὶ τοῦ Παπιανοῦ βιβλία). Im vierten Jahre sind sie Lytae und lesen für sich die übrigen Bücher der 4. und 5. pars; als Prolytae des fünften Jahres den Kodex. Teil 6 und 7 sollen fürs Studium im Leben aufgehoben werden.

Fünfte Periode. Das byzantinische Kaisertum.

§ 72. Mit Justinian ist die eigentliche römische Rechtsgeschichte zu Ende. Das römische Recht hat in seinen Gesetzen und Gesetzbüchern eine Art Abschluß gefunden und die Form erhalten, in der es auf die Nachwelt übergegangen ist. Das byzantinische Reich dauerte zwar noch beinahe neunhundert Jahre fort, allein es ist kein römisches Reich mehr, sondern ein griechisches, wenn auch einzelne Teile von Italien und namentlich die Stadt Rom noch längere Zeit damit verbunden blieben. Das Recht wurde zwar noch weiter gebildet, aber nicht mehr in der römischen universalen Richtung, vielmehr schrumpft das universale römische Recht jetzt allmählich wieder zu einem nationalen zu-

[1] Sie sind von Bernardakis auf dem Sinai entdeckt und zuerst auf Grund mangelhafter Abschrift herausgegeben von Dareste, Nouvelle revue historique de droit. 1880. p. 645 s. (Lenel, Zeitschrift f. RG. XV 283); dann von Zachariä, Monatsberichte der Berliner Akademie. 1881. S. 620 ff.; endlich von Krüger, Zeitschrift f. RG., XVII L. und in der coll. lib. iur. III.

sammen, und zwar einem von so kläglicher Nationalität, wie die byzantinisch-griechische war[1]. Die spätere Gesetzgebung[2] hat daher für das römische Recht als Weltrecht keine Bedeutung mehr, das ganze Interesse der byzantinischen Rechtsgeschichte knüpft sich für das römische Recht nur noch an die weiteren Schicksale der Justinianischen Gesetzbücher.

Das Wichtigste dabei sind die wissenschaftlichen Arbeiten des sechsten Jahrhunderts. Jedes neue Gesetzbuch reizt zu wissenschaftlichen Arbeiten darüber. So den obersten Schaum abzuschöpfen, ist nicht mühevoll und doch lohnend. Hier kam dazu, daß schon die Übertragung ins Griechische ein Verdienst war und ein Bedürfnis für den Unterricht und die Praxis. Wir sehen daher, daß schon von den vier Professoren, die bei der Abfassung der Gesetzbücher mitgewirkt hatten, wenigstens drei sofort griechische Arbeiten darüber schrieben. Theophilus schrieb einen index der ersten drei Teile der Digesten, d. h. eine freie Übertragung des Textes; von ihm rührt ferner nach der handschriftlichen Überlieferung her die sogenannte Paraphrase der Institutionen, d. h. eine genaue dem Texte folgende Umschreibung mit Beispielen und historischen Erklärungen, die aber trotz des reichen Materials, das zu Gebote stand, eine Menge grober Irrtümer enthalten, so daß man auch gegen die nicht nachzuprüfenden Angaben mißtrauisch werden muß[3]. Dorotheus schrieb eine Übersetzung der Pandekten (*ἰνδίξ*), die sich der wörtlichen Wiedergabe (*κατὰ πόδα*) sehr annähert, mit Anmerkungen (*παραγραφαί*). Anatolius verfaßte einen kurzen Auszug (*σύντομος κῶδιξ*) aus dem Kodex genau nach den einzelnen Stellen[4]. Neben und nach ihnen schrieben auch andere Professoren von Konstantinopel und Beryt Übersetzungen, Umschreibungen, Auszüge, Übersichten, auch wohl Anmerkungen und Erklärungen und selbst Monographien. Die wichtigsten Werke darunter sind: von Stephanos, der noch zu Justinians Zeit Professor in Konstantinopel war, eine weitläufige kompilatorische Paraphrase der Pandekten mit Anmerkungen (*πλάτος τῶν δηγέστων*): in diesen wird öfters auf vorjustinianisches Recht Bezug genommen, sogar Prozeßformeln werden angeführt (a. prohibitoria); ein Auszug oder eine abgekürzte Übersetzung der Pandekten mit Anmerkungen von einem Unbekannten, dem sogenannten Anonymus (um 570), den man mit Julian, dem Novellenherausgeber, fälschlich verselbigt hat[5]; von Thaleläus, an den die c. Omnem mit gerichtet ist, eine wörtliche Übersetzung des Kodex (ursprünglich vielleicht des alten) mit Anmerkungen, die vielfach auf älteres Recht Bezug nehmen. Auf uns gekommen ist von allen diesen Werken, außer Theophilus, keines vollständig, sondern nur Exzerpte daraus in den späteren Schriften, namentlich den Basiliken und ihren Scholien. Für die Kritik des Textes der Pandekten und des Kodex sind sie äußerst wichtig, für die Interpretation weniger. Ihre Wissenschaft ist sehr äußerlich. Auch bei den Verfassern der Pandekten und des Kodex sucht man (außer bei Thaleläus) nach Andeutungen über die Motive der Aufnahme oder Interpolation der einzelnen Stellen oder über die damalige Praxis vergebens, ebenso ist von Benutzung der älteren Bücher keine Spur; man scheint Justinians Verbot nur gar zu gern befolgt zu haben.

---

[1] Über die äußere Geschichte des byzantinischen Rechts s.: Zachariae, Historia iuris graeco-romani. 1839. Mortreuil, Histoire du droit byzantin. 3 voll. 1843; über die innere: Zachariä, Geschichte des griechisch-römischen Privatrechts. 3 Hefte. 1856—64; 3. Aufl. unter dem Titel: Geschichte des griechisch-römischen Rechts. 1892.

[2] Gesammelt in: Zachariae, Novellae constitutiones imperatorum post Iustinianum. 1857 (dritter Band des Ius graeco-romanum).

[3] Die ältere Ausgabe: Theophili antecessoris paraphrasis Graeca institutionum, ed. O. Reitz. 2 voll. 1754, ist ohne genügende handschriftliche Grundlage gemacht (C. Ferrini, Rendiconti dell' Istituto Lombardo II vol. XVI 1). Neue Ausgabe von Ferrini: Institutionum graeca paraphrasis Theophilo antecessori vulgo tributa. 2 Bde. 1884. 1897. Ferrini will die Paraphrase dem Theophilus absprechen. Indes wird er schon in Scholien aus dem Ende des 6. Jahrh. als Verfasser genannt (Ferrini, Scolii inediti allo Pseudo-Teofilo. 1886. 2, 18 § 1. p. 45). Über die von Theophilus benutzten Quellen s. Ferrini, Byzant. Ztschr. VI, S. 547 f.

[4] Es ist indes bestritten, daß er mit dem Kompilator identisch ist: von Zachariä, Zeitschr. f. RG. XXI 1. 70 (gegen Ferrini).

[5] Zachariae, Mémoires de l'académie de St. Petersbourg. XXXII 169 f. 1885

Die ganze Tätigkeit hörte auch bald wieder auf. Vom siebenten bis neunten Jahrhundert wissen wir fast gar nichts mehr. Die ἐκλογὴ τῶν νόμων von Leo Isaurus (740) wurde als Gesetz verkündigt, hat aber durch ihre willkürlichen Neuerungen und doch wohl auch wegen der Stellung der Ikonoklasten kein Ansehen erlangen können[1]. Erst am Ende des neunten Jahrhunderts wurde durch den Kaiser Basilius Macedo (867—886) und seinen Sohn Leo Philosophus (886—911) eine neue Tätigkeit angeregt. Justinians Gesetzbücher konnten selbst in ihren griechischen Bearbeitungen nicht mehr von der Praxis bewältigt werden. Basilius unternahm daher die Vereinigung zu einem Ganzen unter Weglassung des Veralteten und Abkürzung des noch Geltenden. Erst Leo vollendete das Werk und veröffentlichte es unter dem Namen τὰ βασιλικὰ (νόμιμα). Es ist fast nur aus den griechischen Werken der Justinianischen Juristen zusammengesetzt, bei den Pandekten legte man die Bearbeitung des Anonymus und Anatolius zu Grunde, beim Kodex die von Thaleläus. Das Ganze wurde in sechzig Bücher mit Titeln geteilt, in jedem Titel stehen die aufgenommenen Stellen der Gesetzbücher und Novellen in der alten Reihenfolge hintereinander, aber ohne In- und Subskriptionen und einfach als δίγεστα und θέματα mit Zahlen bezeichnet. Das System ist im ganzen das des Kodex, aber mit Abänderungen. Eine Art gesetzlicher Institutionen dazu ist das πρόχειρον von Basilius[2], revidiert von Leo unter dem Titel ἐπαναγωγὴ τοῦ νόμου[3]. Die Basiliken behielten ihre gesetzliche Geltung eigentlich bis zum Untergange des Reiches 1453. Indessen verlor man bei den kläglichen Zuständen, die durch das lateinische Kaisertum (1204—1261) herbeigeführt wurden, die Fähigkeit, die Basiliken zu durchdringen und zu benutzen. Sie wurden durch Auszüge aus dem Leben verdrängt, so sehr, daß auch nicht eine einzige vollständige Handschrift im fünfzehnten Jahrhundert in das westliche Europa gelangt ist oder neuerdings in Griechenland oder der Türkei wieder hat aufgefunden werden können. Sie wurden im westlichen Europa überhaupt erst im sechzehnten Jahrhunderte bekannt, wo namentlich Cujaz die ersten Bruchstücke herausgab. Seitdem ist zwar vieles Weitere aufgefunden, teils direkt, teils wenigstens in späteren Auszügen und anderen Schriften, allein vollständig haben wir das Werk auch jetzt noch nicht[4].

Das neue Gesetzbuch rief auch wieder eine neue wissenschaftliche Tätigkeit hervor. Schon Leos Sohn, Konstantinus Porphyrogennetus, ließ einen amtlichen Kommentar zu den Basiliken aus den Schriften der Justinianischen Juristen zusammenstellen, der in den Handschriften unter Bezeichnung der Verfasser auf den Rand geschrieben wurde. Dies sind die sogenannten παραγραφαὶ τῶν παλαιῶν, die für uns als Ergänzung des Basilikentextes von großem Werte sind. Geringen Wert haben die νέαι παραγραφαί, d. h. die Anmerkungen, die von den späteren Juristen allmählich hinzugefügt und im zwölften Jahrhunderte zu einer Art glossa ordinaria verarbeitet wurden. Wir nennen alle diese Anmerkungen „Scholien"; eigentlich nannte man σχόλιον nur die kurzen Worterklärungen und Zitate[5].

Die selbständigen Schriften aus der Zeit bis zum dreizehnten Jahrhunderte sind fast nur Auszüge (ἐπιτομαί, ἐκλογαί) oder Übersichten (συνόψεις) oder kurze Handbücher (πρόχειρον)

---

[1] Ausgabe in: Zachariae, Collectio librorum iuris graeco-romani. 1852. Ferner von A. G. Monferratus 1889.

[2] Ausgabe: Zachariae, Ὁ πρόχειρος νόμος. 1837.

[3] Ausgabe in; Zachariae, Collectio librorum iuris graeco-romani. 1852.

[4] Die erste vollständigere Ausgabe war von Fabrot, 7 voll. fol. 1647. Die neueste sehr vervollständigte ist: Basilicorum libri LX, ed. E. Heimbach. VI voll. 4. 1833—70. Die Prolegomena im 6. Bande enthalten eine genaue Ausführung über Entstehung und Zusammensetzung der Basiliken. Wichtige Nachträge zu Buch 15—19 liefert: Supplementum editionis Basil. Heimbachianae, ed. Zachariae. 1846. ⟨Weitere Nachträge bes. zu Buch 19. 35. 44. 53. 58 sind in dem 1897 erschienenen 7. Bd. der Heimbachschen Ausgabe, edd. Ferrini et Mercati, enthalten und zu Buch 58—60 aus einem neuentdeckten Palimpsest der Vatikanischen Bibliothek noch zu erwarten, vgl. Ferrini, Byzant. Ztschr. XI, S. 105 f.⟩

[5] Näheres über diese Scholien s. in Heimbachs Basiliken VI 191—215.

in verschiedenen Formen[1], eines auch in Versen von Psellus für den Kaiser Michael Dukas 1072[2].

Den Schluß macht der sogenannte ἑξάβιβλος, d. h. ein πρόχειρον νόμων in sechs Büchern, von Konstantinus Harmenopulos, einem Richter in Thessalonich, vom Jahre 1345[3], ein kläglicher Auszug aus den Auszügen der Auszüge, der aber in der türkischen Zeit der einzige Überrest des großen römischen Rechts blieb und im Königreiche Griechenland im Jahre 1835 eigentliche Gesetzeskraft erhalten hat[4].

Sechste Periode. Das römische Recht im Mittelalter[5].

I. Das römische Recht bei den Germanen.

§ 73. Dem senilen Marasmus, in den das römische Recht im Oriente versank, steht die eigentümliche Erscheinung gegenüber, daß es im Abendlande verjüngt wieder auflebte. Als das römische Reich durch die germanischen Völker umgestürzt wurde, hätte damit leicht auch das römische Recht verdrängt werden können. In der Tat ward in England und Deutschland mit der römischen Bevölkerung und Kultur auch das römische Recht weggefegt. In Italien, Frankreich und Spanien dagegen konnte begreiflich nicht die gesamte romanisierte Bevölkerung vernichtet oder vertrieben, ja nur unterdrückt werden. Die Eroberer begnügten sich mit der Oberherrschaft und der Abtretung eines Teiles von Grund und Boden, ließen aber übrigens, namentlich in den Städten, die römische Bevölkerung in ihren alten Zuständen und mit ihrem alten Rechte fortbestehen[6]. Der Gedanke der Personalität des Rechtes ist dabei ohne alle Bedeutung gewesen. Denn der Grundsatz, daß jeder nach seinem angeborenen Rechte leben und beurteilt werden müsse, hat sich erst im fränkischen Reiche und zunächst nur für die darin vereinigten germanischen Stämme herausgebildet. Den Römern gegenüber ist bei keinem der erobernden Stämme auch nur die Frage aufgeworfen, ob sie zur germanischen Rechtsgemeinschaft zugelassen werden sollten. Das römische Recht wird nicht geduldet, wie das jüdische, sondern anerkannt. Es blieb für die Römer unter sich gültig, wie man auch das Recht unterworfener germanischer Stämme unberührt ließ; aber man wandte germanisches Recht an, wo Römer und Germanen stritten. Das römische Recht hielt sich nur, wo die Römer dicht zusammensaßen, auch dort entfernte es sich unter dem Einflusse des Vulgarrechts (§ 34) vom ursprünglichen und erfuhr Wandlungen durch germanische Einwirkung. Umgekehrt beeinflußte auch das römische Recht das germanische, so daß sich allmählich eine Mischung vollzog.

In dem Augenblicke, wo die germanischen Stämme sich endgültig auf römischem Boden ansiedeln oder in dauernde enge Beziehung zu den Römern treten, empfinden sie

---

[1] Die wichtigsten finden sich in: Βασιλικῶν ecloga s. synopsis ex ed. Leunclavii. 1575. Leunclavii ius graeco-romanum. 1593. (ed. II. 1596.) Ius graeco-romanum, ed. Zachariae. VII voll. 1856–84. Ein Repertorium aus dem 12. Jahrhunderte ist der sogenannte Tipucitus (τί ποῦ κεῖται) in Heimbachs Bas. II 742.

[2] Mich. Pselli synopsis legum, ed. Teucher. 1789.

[3] Const. Harmenopuli manuale legum, ed. Heimbach. 1851.

[4] Geib, Darstellung des Rechtszustandes in Griechenland. 1835.

[5] Das Hauptwerk über diese ganze Periode und die Grundlage für alle späteren Untersuchungen ist: Savigny, Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter. 7 Bde. 2. Aufl. 1834–51. Conrat (Cohn), Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts im früheren Mittelalter. 1. Bd. 1891.

[6] Die Fortdauer des römischen Rechts in den germanischen Reichen ist zuerst von Savigny (Anm. 5) im ersten und zweiten Bande seiner Geschichte nachgewiesen. Eine vollständigere Darstellung der Rechtszustände in diesen Staaten gibt: Bethmann-Hollweg, Der Zivilprozeß des gem. Rechts in geschichtl. Entwicklung. Bd. 4 (1868). Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte I 254 ff. A. v. Halban, Das röm. Recht in den germanischen Volksstaaten. 2 Bde. 1899. 1901.

das Bedürfnis, das eigene Recht aufzuzeichnen: Westgoten, Burgunder, Langobarden, Sal- und ribuarische Franken. Im inneren Deutschland wird das Recht nicht aufgeschrieben, weil der Gegensatz fehlt. Zugleich aber wird den unterworfenen Römern durch eine Aufzeichnung des römischen Rechtes geholfen: denn die Römer wissen die Fülle ihres Rechtsstoffes nicht mehr zu bewältigen. Die leges Romanae haben also dieselbe praktische Bedeutung wie die codices und das Zitiergesetz.

§ 74. Leges Romanae. Im einzelnen gestaltete sich die Fortdauer des römischen Rechts bei den einzelnen Völkern verschieden:

1. Im Westgotenreiche lebten Goten und Römer bis zur Mitte des siebenten Jahrhunderts nach gesondertem Rechte. Aber erst 100 Jahre nach der Gründung, und nachdem wahrscheinlich von Eurich (466) das gotische Recht unter starkem römischem Einflusse aufgezeichnet war, gab Alarich II. (506) seinen römischen Untertanen ein eigenes Gesetzbuch, lex Romana Visigothorum, das sogenannte breviarium Alaricianum[1]. Vielleicht bestimmten äußere Verhältnisse, der drohende Krieg mit den katholischen Franken, den arianischen König zu diesem Entgegenkommen. Die Verfasser waren zweifellos Römer. Sie haben das damals geltende römische Recht, ius und leges, kompiliert, indem sie die hauptsächlich für beide benutzten Werke in Auszügen nebeneinanderstellten. Das ius sind die zu zwei Büchern verkürzten Institutionen des Gajus (§ 54, 1), die sententiae (receptae) von Paulus, diese wörtlich, aber mit großen Auslassungen, und eine Stelle von Papinian. Als leges ist der codex Theodosianus mit den Novellen aufgenommen, aber auf ein Sechstel reduziert, dazu 22 Stellen aus dem Gregorianus und zwei aus dem Hermogenianus. Dem Ganzen, mit Ausnahme des Gajus, wurde eine amtliche, wissenschaftlich wertlose „interpretatio" beigefügt, die zum großen Teile älteren römischen Schulschriften entnommen ist[2]. Das Werk ist allerdings eine dürftige und rohe Zusammenstellung, allein es entsprach den damaligen Bedürfnissen und Kräften, gewann daher weite Verbreitung und hat nicht wenig zur Erhaltung des römischen Rechts im Mittelalter beigetragen. Im spanischen Westgotenreiche selbst wurde es zwar im siebenten Jahrhundert durch die neue lex Visigothorum, die das römische und gotische Recht vereinigte, aufgehoben; in Südfrankreich blieb es aber unter der fränkischen Herrschaft, wurde auch im Norden verbreitet und ist erst im zwölften Jahrhunderte durch die Justinianischen Gesetzbücher verdrängt. Von Frankreich kam es auch nach Deutschland und selbst nach England und ist bis zum elften Jahrhunderte fast bei allen Benutzungen des römischen Rechts, die sich in Frankreich, Deutschland und England in Gesetzen, Sammlungen und Schriften finden, die allgemeine Quelle. Im zwölften Jahrhunderte kam es zwar in Vergessenheit und wurde erst im sechzehnten wieder aufgefunden, indessen gibt es noch eine Menge von Handschriften (über siebzig), teils vollständige, sogar noch mit Zusätzen aus den echten römischen Quellen vermehrte, teils mehr oder weniger abgekürzte[3]. Eine eigentümliche freie Bearbeitung und Vermischung mit germanischem Rechte entstand wahrscheinlich um die Mitte des achten Jahrhunderts in Graubünden (Churrätien), welches früher völlig romanisiert war, aber später viele germanische — namentlich alemannische — Einwanderer erhalten hatte. Man nennt diese die lex Romana Curiensis oder auch Utinensis, weil die erste Handschrift davon in Udine gefunden ist[4].

---

[1] Ein offizieller Titel findet sich in den Handschriften nicht. Breviarium bedeutet Auszug und wird in den Handschriften sowohl für das Gesetz selber als für die Auszüge gebraucht. Modern ist die Bezeichnung lex Romana Visigothorum.

[2] Fitting, Zeitschrift für Rechtsgeschichte XI 222 ff.

[3] Herausgegeben ist es vollständig nur zweimal: von Sichardt, C. Theod. l. XVI, quibus sunt adiectae nov. Theod. etc. 1528; und neuerdings mit Benutzung aller Handschriften und reichen Prolegomena von Hänel, Lex Romana Visigothorum. 1849. ⟨Leg. Rom. Wisig. fragm. edid. reg. hist. acad. Hisp. 1896 (auf Grund eines neuentdeckten sehr alten Palimpsests).⟩

[4] Ausgabe von Zeumer in den Monum. Germ. LL V; vgl. auch Zeumer, Zeitschr. f. RG., germ. Abt. XXII 1.

2. Bei den Burgundern hat König Gundobald (474—516) zwei Gesetzbücher erlassen, die in der nächsten Beziehung zueinander stehen. Einmal die sogenannte lex Gundobada, wahrscheinlich um 495, eine Sammlung von Verordnungen des Königs selbst und seiner Vorfahren, für die Burgunder, aber auch für die Rechtshändel zwischen Burgundern und Römern bestimmt. Die Geltung des römischen Rechtes für die Römer wird dadurch nicht berührt; eine Gesetzsammlung für sie wird gleichzeitig versprochen. Das ist die sogenannte lex Romana Burgundionum, eine Anweisung an den Richter in 47 Titeln über Straf-, Privat- und Prozeßrecht. Die Titel gehen der Gundobada parallel und zeigen den gleichen Mangel an Ordnung: sie wollen die Fragen nach römischem Rechte behandeln, die dort für die Burgunder entschieden sind. Ihre Quellen sind die drei codices, Pauli sententiae, eine Schrift des Gajus, doch wohl die Institutionen, und Interpretationen der Schulen: wo sie versagen, fehlt die Entscheidung. Hiernach ist kein Zweifel, daß König Gundobald auch dies Gesetz erlassen hat, wahrscheinlich vor dem Breviare: denn es sind Stellen des Paulus benutzt, die sich dort nicht finden. Die lex soll nur eine Erleichterung für den Richter sein; das übrige römische Recht gilt natürlich weiter. Nach der fränkischen Eroberung benutzte man zur Ergänzung das Breviar, und damit wird die lex in den Handschriften oft verbunden. Daraus ist schon im neunten Jahrhunderte der sonderbare Irrtum entstanden, als ob sie nur die Fortsetzung der kurzen Stelle aus Papinians Responsen wäre, die den Schluß des Breviars bildet. Man nannte sie später Papian, als Abkürzung von Papinian, ein Name, der sich trotz seiner Sinnlosigkeit bis in die Gegenwart erhalten hat[1].

3. Im fränkischen Reiche im nördlichen Frankreich wurde zwar kein eigenes Gesetzbuch für die Römer erlassen, indessen blieb das römische Recht für die römische Bevölkerung auch hier in Geltung. Es trug dazu namentlich das westgotische Breviar bei, das vom sechsten bis zehnten Jahrhunderte die allgemeine Quelle war. Doch erlangte das Werk hier nie eine eigentlich gesetzliche Geltung, auch scheint die römische Bevölkerung hier geringer als im Süden geblieben zu sein. Darauf beruht es, daß die germanischen Gewohnheitsrechte hier das Übergewicht bekamen und man den Norden und Süden später unterschied als pays du droit coutumier und du droit écrit.

4. In Italien konnte natürlich die kurze Herrschaft Odovakars (476—493) das römische Recht nicht verdrängen. Allein auch Theoderich dachte bei der Gründung seines ostgotischen Reiches (493) nicht daran. Er wollte — abweichend von den anderen germanischen Fürsten — vor allem die Einheit des römischen Reiches aufrechterhalten. Darum tritt er als Reichsverweser für den Westen auf: sein Hof ist vollständig wie der römische eingerichtet, und die Zivilverwaltung wird durchgängig von Römern geleitet. Dagegen wird das Heer ausschließlich aus den Goten gebildet und lediglich von Goten befehligt. Theoderich selbst, der als römischer magister militum Italien eroberte, hat anscheinend die Heermeisterwürde auch später für sich behalten. Die Goten sind angesiedelte Soldaten, im römischen Sinne Peregrinen. Darum leben sie unter sich nach ihrem eigenen Rechte, sowie die Römer nach ihrem. Zivilstreitigkeiten zwischen Römern und Goten werden vom Militärgerichte, also vom gotischen comes, unter Zuziehung eines römischen Assessors entschieden; dabei wird wohl auch römisches Recht zur Anwendung gekommen sein[2]. Aus diesem staatsrechtlichen Zustande erklärt sich das edictum Theoderici. Es ist keine lex; denn der König nahm formell das Gesetzgebungsrecht nicht in Anspruch. Wahrscheinlich ist es erlassen zwischen 511 und 515[3]. Es behandelt in 155 Kapiteln privat- und strafrechtliche Punkte ohne ersichtliche Ordnung auf Grund des römischen Rechts (der drei codices, des Paulus, der interpretatio); es finden sich aber auch neue Sätze. Es ist

---

[1] Die neueste Ausgabe mit kritischer Einleitung ist von Salis in den Monum. Germ. hist. Leg. sect. I tom. 2 (1892).

[2] Mommsen, Ostgotische Studien. I. II. (Neues Archiv der Gesellschaft für ältere deutsche Geschichtskunde XIV.)

[3] Gaudenzi, Gli editti di Teoderico. 1884; Zeitschr. f. RG. XX, germ. Abt. III. (Zweifelnd Arth. B. Schmidt, ebendas. XXIX 245 ff.)

eine Eröffnung an beide Völker und betrifft die Abstellung von Übelständen, die bei beiden sich fanden: es gilt unzweifelhaft für beide[1].

5. Im schärfsten Gegensatze hierzu stehen die Langobarden. Das kleine Volk, voll „Kampflust und Wagemuts" (Tacit. Germ. 40), hat zäh und treu wie kaum ein anderer Stamm sein Recht bewahrt. Als die Langobarden (568) sich zu Herren von Oberitalien machten, haben sie die römischen Verwaltungseinrichtungen vollständig beseitigt und die Römer als unterjochtes Volk behandelt. Staatsrechtlich und in den Beziehungen zu den Langobarden kommt deshalb auch für die Römer germanisches Recht zur Anwendung. Im Verkehre der Römer unter sich und vielleicht im Familien- und Erbrechte wird das römische Recht weitergegolten haben. Bis zur Mitte des siebenten Jahrhunderts (edictum Rotharis) ist das langobardische Recht von römischem Einflusse ganz frei. Erst mit der Ausdehnung und Befestigung des Reiches wird eine Einwirkung, namentlich im Urkundenwesen, bemerkbar. Als es Karl dem Großen im Bunde mit dem Papste gelungen war, die Langobarden zu unterwerfen, galt auch für die Römer der fränkische Grundsatz der Personalität des Rechtes.

6. Ecclesia vivit lege Romana, d. h. die Kirche als Anstalt wird nach römischem Rechte beurteilt (nicht der einzelne Geistliche). Dieser Satz gilt schon in den ältesten Volksrechten der Germanen (l. Rib. 58, 1) und scheint nie angefochten worden zu sein. Der Grund ist, daß die katholische Kirche eine aus dem römischen Reiche übernommene und aufrechterhaltene Einrichtung ist. Daher findet sich das römische Recht in den kirchenrechtlichen Schriften, Entscheidungen, Bestimmungen und Sammlungen aller Zeiten stets als unzweifelhaft geltend vorausgesetzt. Die Hauptquelle wurde anfangs auch hier das Breviarium, doch werden seit dem neunten Jahrhunderte auch Justinians Institutionen, Kodex und Novellen, diese in Julians Epitome, benutzt, erst im elften Jahrhundert auch die Pandekten. Das Nähere darüber gehört in die Geschichte des Kirchenrechts.

II. Die Wissenschaft.

§ 75. Das frühere Mittelalter. In Italien war Justinians Gesetzbuch nach der Eroberung des ostgotischen Reiches eingeführt. Es wurde hier sofort Gegenstand einer Art wissenschaftlicher Behandlung. Die sogenannte Turiner Institutionenglosse, d. h. kurze auf den Rand einer Institutionenhandschrift geschriebene Erläuterungen, fällt wohl noch unter Justinian[2]. Sie zeigt Berührung mit der griechischen Wissenschaft, vielleicht wegen Gleichheit der Quellen. Sie ist später durch Zutaten vermehrt. Weiter bekunden die Beschäftigung mit den Rechtsbüchern die summa Perusina (ein Kodexauszug) aus dem siebenten Jahrhundert und Pistojeser Scholien zum verkürzten Kodex[3]. Die Rechtsbücher werden in juristischen und anderen Schriften vielfach benutzt, vorwiegend freilich Kodex, Novellen und Institutionen, während die Pandekten zurücktreten, wenn auch nicht vollständig verschwinden. In Frankreich blieb eine Überlieferung des vorjustinianischen Rechtes, die sich an das Breviar anschloß, in fränkischer und kapetingischer Zeit bestehen; Abschriften der collatio und der Regeln Ulpians sind noch im neunten bis elften Jahrhunderte gemacht worden. Aber das römische Recht ist während dieser ganzen Zeit (bis zum Jahre 1100) in Italien und Frankreich auch schriftstellerisch behandelt worden. Nur über drei Fragen kann man streiten und streitet man lebhaft[4]: wie ausgedehnt und gründlich der

---

[1] Vgl. L. Hartmann, Gesch. Italiens im Mittelalter I 117 f.

[2] Herausgegeben von Savigny, Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter II 429; unter Ausscheidung der jüngeren Zutaten von Krüger, Zeitschr. für RG. VII 44. Fitting, Über die sogenannte Turiner Institutionenglosse. 1870.

[3] Heimbach, Anecdota II (1840). Chiappelli, La glossa Pistoiese. 1885. Fitting und Chiappelli, Zeitschr. f. RG., XXI III.

[4] Fitting, Die Anfänge der Rechtsschule von Bologna. 1888 (da auch alle weitere Literatur); andererseits M. Conrat, Die epitome exactis regibus. 1884 (Einleitung). Vgl. Landsberg,

Rechtsunterricht war, wie hoch die wissenschaftlichen Arbeiten zu schätzen sind, ob und wieweit sie nach Methode und Inhalt den Glossatoren als Vorbild und Grundlage gedient haben.

Der Rechtsunterricht bildete im studium grammaticum lediglich ein Anhängsel der Rhetorik, die ihrerseits zum trivium, also zu der niedrigsten Stufe der Schule gehörte. Daher mußte sich der Unterricht, ganz abgesehen von der Unkunde der Lehrer, in den engsten Grenzen halten. So wurde das römische Recht in vielen Städten Italiens mit dürftigem Erfolge gelehrt. Daneben bestanden oder entstanden eigene höhere Rechtsschulen. Ob die alte Schule in Rom sich durch das Mittelalter bis in Gregors VII. Zeit erhalten hat (so will man nach einer Äußerung Odofreds annehmen) und ob sie, wenn sie bestand, eine größere Bedeutung hatte, bleibt ungewiß. Dagegen ist eine Schule in Ravenna für das elfte Jahrhundert sicher bezeugt; ihre Lehrer, die zugleich auch Richter und Sachwalter waren, sind jedenfalls nicht ohne Einfluß gewesen. Rückwärts läßt sich die Schule nicht über den Beginn des elften Jahrhunderts verfolgen, wenn auch in der ehemaligen Hauptstadt sich von jeher ein studium grammaticum befunden haben mag. In Frankreich wurde anscheinend schon im elften Jahrhundert in Orleans römisches Recht gelehrt. Der große Ruf, den nach gleichzeitigen Äußerungen diese Schulen haben, beweist bei der mittelalterlichen Schreibweise für ihre wirkliche wissenschaftliche Bedeutung wenig oder nichts. Wir kennen keinen der Lehrer bei Namen; Schüler haben sie also schwerlich gezogen.

Neben diesen Schulen läuft eine ebenso namenlose Schriftstellerei her: sie steht offensichtlich mit dem Rechtsunterrichte in Beziehung; doch lassen sich die einzelnen Bücher nicht auf bestimmte Lehranstalten zurückführen. Durch Entdeckung von Handschriften wächst die Zahl dieser Bücher fortwährend; nicht von allen ist der vorglossatorische Ursprung außer Zweifel. Den Charakter der Literatur haben die neuaufgefundenen Schriften nicht verändert. Es sind 1. Glossen zu Kodex, Institutionen und Breviar, aber auch zu neueren Lehrbüchern (zum Brachylogus, zu den exceptiones Petri); 2. Glossare, alphabetisch geordnete Worterklärungen; vielleicht enthalten sie noch einen Kern aus dem sinkenden Altertume; sie wurden emsig vermehrt und verschlechtert. So vor allem die epitome exactis regibus, die in ihrer jetzigen Gestalt aus dem zwölften Jahrhunderte stammt, der aber ein viel älteres alphabetisches Werk zu Grunde liegt[1]. 3. Selbständige Lehrbücher; sie sind in der Weise des Mittelalters eins aus dem anderen abgeschrieben und unter Hinzunahme anderer Hilfsmittel erweitert und vervollständigt; ⟨keines von ihnen reicht in frühere Zeit als ehestens den Ausgang des elften Jahrhunderts zurück.⟩ Das sogenannte Tübinger Rechtsbuch wurde die Grundlage der exceptiones legum Romanorum des Petrus[2] unter Heranziehung des kürzlich entdeckten[3] sogenannten Ashburnhamer Rechtsbuches. Diese Werke sind in Italien, Frankreich und Spanien benutzt worden. Aus Frankreich (Orleans) stammt wahrscheinlich der sogenannte Brachylogus, den man jetzt in die Wende des zwölften Jahrhunderts zu setzen pflegt: ein viel benutzter, geschickt geschriebener Überblick der Institutionen, der von glossatorischem Einflusse ganz unberührt ist[4].

Die Bestimmung aller dieser Bücher ist die, als Lehrmittel zu dienen; sie zeigen alle Schattierungen vom glatten Lehrbuche bis zur Eselsbrücke. Von den einen wird der literarische Wert der Schriften hoch angeschlagen und geradezu als Rückschritt bezeichnet, daß die Glossatoren nichts Ähnliches hervorgebracht haben; andere möchten sie lieber mit unseren heutigen „Kommentaren" und „Repetitorien" auf dieselbe Stufe

---

Zeitschr. f. RG. XXII 413 ff., auch Halban, Das römische Recht in den germanischen Volksstaaten II 83 ff.

[1] Conrat, Die epitome regis exactibus. 1884.

[2] Savigny, Gesch. d. röm. Rechts im Mittelalter II. Vgl. Stintzing, Populäre Liter. S. 78 ff.

[3] Von Conrat, Das Ashburnhamer Rechtsbuch, o. J. (als Manuskript gedruckt).

[4] Ausgabe von Böcking 1829 (ohne die Scholien); vgl. Fitting, Über die Heimat u. das Alter des sogenannten Brachylogus. 1880.

stellen. Jedenfalls haben sie nichts vorwärts und aufwärts Strebendes. Sie arbeiten mit überlieferten Wahrheiten, abgeschliffenen Begriffsbestimmungen und eingerosteten Irrtümern.

Von dieser Literatur ist der wissenschaftliche Betrieb des langobardischen Rechtes abzusondern. Schon im zehnten Jahrhunderte besteht eine Rechtsschule zu Pavia[1]; wir hören, daß der Pavese Lanfrank in seiner Jugend dort glänzte und mit Bonafilius und dessen Schüler Wilhelmus wissenschaftliche Kämpfe bestand. Eine ganze Reihe von Namen schließt sich an. Es erwuchs eine reiche Literatur[2] des langobardischen Rechtes: es sind teils erläuternde (wohl aus Vorträgen herrührende) Glossen, teils systematische Bearbeitungen der Edikte der langobardischen und der Kapitularien der fränkischen Könige. Das römische Recht wird überall stark benutzt und schon früh als lex generalis omnium bezeichnet.

§ 76. Bologna und die Glossatoren. Am Ende des elften Jahrhunderts entwickelte sich aus dem studium artium, das seit lange in Bologna bestand, ein studium generale: die verschiedenen am Orte wirkenden Lehrer der Wissenschaften und „Künste" und ihre Schüler (scholares) werden zu einer Körperschaft einheitlich zusammengefaßt und diese mit Vorrechten ausgestattet[3]. Den Mittelpunkt der neuen Universität bildet die Lehre des römischen Rechtes. Das römische Recht wurde schon früher in Bologna gelehrt: es wird um 1070 ein doctor Pepo urkundlich genannt. Aber die spätere literarische Sage knüpft den Aufschwung der Rechtswissenschaft an die Auffindung der Justinianischen Rechtsbücher und ihre Einführung in die Lehre und Praxis an den Namen des Irnerius an. Und sie war dabei von einem ganz richtigen Gefühle geleitet. Wir wissen vom Leben des Irnerius so gut wie nichts[4]. Er war zweifellos aus Bologna gebürtig und dort Bürger; er wird in Urkunden bis 1125 als iudex genannt, muß aber noch länger gelebt haben. Im Jahre 1115 steht er schon in höherem Alter; möglich also, daß seine Lehrtätigkeit bis ins elfte Jahrhundert zurückgeht. Er gilt als der Gründer der Schule der Glossatoren. In der Tat stellt sich mehr und mehr heraus, daß Irnerius bereits eine umfassende literarische Tätigkeit entwickelte, daß er vor allem zahlreiche Glossen schrieb. Es ist nicht unwahrscheinlich[5], daß die Lehrer von Bologna, auf der Grenze des langobardischen und romanischen Gebietes, von der lombardischen Schule angeregt wurden[6], und daß daher namentlich die Vorliebe für die Glossen stammt, von der die Bologneser den Namen haben[7]. Ob die sogenannten quattuor doctores (Martinus, Bulgarus, Hugo de Porta Ravennate, Jacobus de Boragine) die unmittelbaren Schüler des Irnerius sind, wie die Überlieferung es darstellt, kann zweifelhaft sein.

Jedenfalls beginnt von der Mitte des zwölften Jahrhunderts an eine nicht mehr unterbrochene Reihe von Rechtslehrern, die sich über ganz Italien verteilen, eine Menge Rechtsschulen gründen und die Grundlage der modernen Wissenschaft des römischen Rechts bilden, die sich von da über ganz Europa verbreitet hat. Ausgezeichnet sind sie durch

---

[1] Merkel, Geschichte des longobardischen Rechtes. 1850.
[2] Boretius, Mon. Germ. hist. Leg. IV p. XCIII sqq.
[3] Kaufmann, Die Geschichte der deutschen Universitäten. I (1888) 98 ff.
[4] (Nach Fitting (Summa Codicis des Irnerius 1894; Questiones de iuris subtilitatibus des Irnerius 1894) wäre Irnerius etwa um die Mitte des elften Jahrhunderts geboren, hätte seine juristische Schulung an der Rechtsschule in Rom empfangen, dort auch um 1082 die Questiones verfaßt und wäre dann nach Bologna übergesiedelt, wo er eine umfassende Tätigkeit als Lehrer und Schriftsteller entfaltete. Auch wenn man es für ungewiß hält, ob die Questiones dem Irnerius angehören (s. aber Fitting, ZRG. XXX S. 1 ff.), bleibt doch als sicheres Ergebnis jedenfalls: 1. daß Irnerius weder ausschließlich noch auch nur vorwiegend „Glossator" gewesen ist (Summa Codicis!), 2. daß schon geraume Zeit vor dem Ende des elften Jahrhunderts eine so bedeutende Schrift wie die Questiones entstanden ist.)
[5] Pescatore, Die Glossen des Irnerius. 1888.
[6] Ficker, Forschungen zur Reichs- und Rechtsgeschichte Italiens. III 138 ff.
[7] Die Geschichte der Glossatorenzeit bei Savigny Bd. 3—5.

ihre frische und naive praktische Auffassung des römischen Rechts. Historische und philologische Anschauungen und Kenntnisse fehlen ihnen vollständig, aber mit gesundem und praktischem Takte erfassen sie die römischen Aussprüche, vergleichen, kombinieren sie, lösen die Widersprüche, abstrahieren allgemeinere Sätze und Begriffe daraus und vollziehen so die erste Rezeption des römischen Rechts in das moderne Bewußtsein in einer Weise, daß ihre Arbeiten noch jetzt von Wert sind.

Das Bedeutsame dieser neuen Richtung für ihre Zeit und gegenüber dem bisherigen Schulbetriebe der Rechtskunde liegt in zweierlei. Einmal haben die Glossatoren, nach der Überlieferung gerade schon Irnerius, die Pandekten in den Mittelpunkt ihrer Lehre und ihrer schriftstellerischen Tätigkeit gestellt. Die Wissenschaft mußte sich vertiefen, da man der schwierigen Aufgabe Herr zu werden suchte, dieses bedeutendste juristische Werk des Altertums zu verstehen und zu lehren. Die Methode aber, womit die Glossatoren diese gewaltige Arbeit unternahmen, war die der neu aufblühenden Scholastik[1]. Das Corpus iuris war für die scholastische Art wie geschaffen: ein in sich geschlossenes System, an dessen Wahrheit als einer ratio scripta geglaubt wird wie an die Bibel und den Aristoteles. Es gilt, dieses Werk dialektisch zu zergliedern, zu erklären und zu ergründen, das als Wahrheit Geglaubte zu freier Erkenntnis zu erheben. Die Glossatoren sind Pandektenscholastiker (doch noch frei von der haarspaltenden Distinktionensucht der späteren Scholastik): darum haben sie Epoche gemacht, wenn sie auch von ihren Vorgängern manches genommen haben mögen.

Als der Abschluß der Glossatorenschule gilt Accursius (1182—1260) in Bologna. Dieser setzte aus der gesamten bisherigen Literatur einen vollständigen Kommentar zu allen vier Justinianischen Rechtsbüchern zusammen, der unter dem Titel glossa ordinaria von da an allgemeine Verbreitung fand und einen solchen Einfluß in der Praxis erlangte, daß alle Stellen, auf die er sich nicht erstreckt, nicht zur Anwendung gebracht wurden. Diese Stellen sind teils solche, welche die Glossatoren nicht kannten, teils solche, welche sie für unbrauchbar hielten, so vor allem die Vorschriften über den Spielvertrag. Der nicht glossierte Text war demnach nicht in usu. Daraus entwickelt sich (seit Stryk) das Sprichwort mit dem Charakter des Rechtssatzes: das Unglossierte soll nicht angewendet werden (quod non agnoscit glossa, non agnoscit curia)[2]. In den Pandekten sind es nur wenige Stellen, die in den damaligen Handschriften fehlten, im Kodex aber alle leges restitutae (§ 70, 5) und von den Novellen 71[3].

§ 77. Der Zustand der Handschriften des Justinianischen Rechts, die den Glossatoren zu Gebote standen und auf denen im wesentlichen auch noch unsere heutige Kenntnis beruht, war ein sehr mangelhafter. Von einer Vereinigung der vier Teile zu einem Ganzen, dem sogenannten Corpus iuris[4], war noch keine Rede, sondern die einzelnen Teile waren getrennt überliefert. Von den Institutionen hatte man keine einzige alte Handschrift aus der Justinianischen Zeit, sondern nur verschiedene Abschriften aus der Zwischenzeit. Keine reichte aber über das neunte Jahrhundert zurück[5]. Von den Pandekten gab es in Pisa eine vollständige Handschrift aus der byzantinischen Zeit, spätestens dem siebenten Jahrhunderte; wie sie dahin gekommen, ist ungewiß. Seit 1406 ist sie in Florenz und wird darum die Florentina genannt[6]. Die erste Abschrift ist sorgfältig durchgebessert, vielleicht nach einer andern Handschrift. Indessen leiten die

---

[1] Landsberg, Die Glosse des Accursius. 1883; Kaufmann a. a. O. I 1—97.
[2] Landsberg, Über den Ursprung der Regel: q. n. a. gl., n. a. c. 1880.
[3] Biener, Geschichte der Novellen Justinians S. 271 IV.
[4] Die Bezeichnung findet sich schon im zwölften Jahrhundert, aber erst durch die Ausgabe von D. Gothofred (1583) ist sie allgemein üblich geworden.
[5] S. darüber: Schrader, Prodromus corporis iur. civ. 1823 p. 35—78; Krüger, Iustin. instit. praef. 1867.
[6] (Das italienische Ministerium bereitet zur Zeit eine photographische Reproduktion dieser Handschrift vor, deren erste Lieferung soeben erschienen ist.)

Glossatoren ihren Text nicht aus dieser ab, sondern setzen ihn als littera vulgata in einen Gegensatz zu der littera Pisana. Woher ihr Text stammt, ist zweifelhaft. Daß sie noch eine andere alte Handschrift gehabt haben, sagen sie nicht, und es ist auch nicht wahrscheinlich. Man kann nur annehmen, daß ihrem Texte eine andere Handschrift zu Grunde liegt, die aus der Pisaner abgeschrieben, aber allerdings nach einer andern alten korrigiert war. Aus diesen beiden Elementen sind alle späteren Handschriften hervorgegangen; ihre weiteren Verschiedenheiten beruhen daher nur auf Korruptionen oder Konjekturen. Auffindung und Abschreibung der Urhandschriften muß im elften Jahrhunderte vor sich gegangen sein (von da an beginnt die Benutzung der Pandekten in den Juristenschriften) und mit allerlei Zufälligkeiten. Wir haben darüber nur unklare und widersprechende Nachrichten. Sicher beruht aber auf dem allmählichen Bekanntwerden die sinnlose Einteilung der Pandekten in drei Teile, die sich in allen Vulgathandschriften findet und selbst in den Ausgaben bis ins siebzehnte Jahrhundert beibehalten ist, mit der Benennung Digestum vetus, infortiatum und novum. Der mittlere Teil — 24, 3—38, 17 — ging anfangs nur bis zu den Worten „tres partes“ in 35, 2, 82, wurde aber später verstärkt und bekam dann den barbarischen Namen infortiatum cum tribus partibus[1]. Vom Kodex hatte man wieder keine alte byzantinische Handschrift, sondern nur verschiedene Abschriften aus der Zwischenzeit, in denen die Inskriptionen und Subskriptionen verkürzt und nachlässig behandelt sind, und in denen die griechischen Konstitutionen fehlen, später meistens auch die drei letzten Bücher; sie sind auch später, als man sie wieder abzuschreiben anfing, nicht wieder mit dem Kodex vereinigt. Eine alte byzantinische Handschrift des Kodex ist erst in neuerer Zeit, im Jahre 1817, in einem codex rescriptus in Verona, und auch nur zu einem Teile, gefunden[2]. Bei den Novellen[3] kannte schon Irnerius den Julian[4] und das Authentikum[5], die Sammlung der 168 war dagegen auch den späteren Glossatoren noch nicht bekannt[6].

Die Feststellung des Textes kann hiernach nur auf dem Wege der wissenschaftlichen Kritik vorgenommen werden, wie dies bei allen andern Schriftwerken aus dem Altertume geschieht. Doch ist die handschriftliche Überlieferung der Pandekten eine vergleichsweise sehr gute, und die Kritik wird durch die Hilfsmittel unterstützt, welche die vor- und nachjustinianische Zeit liefert: die erhaltenen Originalschriften der Juristen und vor allem die wörtliche Übersetzung der Basiliken und ihre Scholien. In den älteren Ausgaben war der handschriftliche Apparat unvollständig und die Benutzung der Byzantiner kaum begonnen[7]. Allen Ansprüchen der Kritik genügt erst die Gesamtausgabe des Corpus iuris von Th. Mommsen, P. Krüger, R. Schöll und Kroll[8].

§ 78. Die weitere Geschichte des römischen Rechts, namentlich seine Rezeption in Deutschland und die Entwicklung der modernen Wissenschaft des römischen Rechts,

---

[1] Näheres über die Beschaffenheit der Florentina und der Vulgathandschriften s. in Mommsens Vorrede zu seiner Ausgabe der Digesta Iustiniani Augusti. 1868. p. 54—73.

[2] Krüger, Kritik des Justinianischen Kodex. 1867. Codicis Iustiniani fragmenta Veronensia, ed. P. Krüger. 1874 (reskribiert im 8. oder 9. Jahrhundert).

[3] Biener, Geschichte der Novellen Justinians. 1824.

[4] Haubold, Literaturgesch. des Novellen-Auszuges von Julian, Ztschr. f. gesch. Rechtswiss. IV 133; Hänel, Nachtrag dazu. VIII 357. Ausgabe von Hänel 1873.

[5] Eine besondere Ausgabe des Authentikums mit genauen Angaben über die Handschriften ist: Authenticum. Novellarum Iustiniani versio vulgata, ed. G. E. Heimbach. 2 voll. 1846—51. Neue Ausgabe von Schöll und Kroll in der untenerwähnten Novellenausgabe.

[6] Es gibt nur zwei vollständige Handschriften davon, in Florenz und Venedig. Die erstere ist zuerst von Haloander 1531 herausgegeben, die andere von Scrimger 1558, beide aber nur nach Abschriften.

[7] Eine Beschreibung der gesamten früheren Behandlung des Corpus iuris und ein Verzeichnis aller Ausgaben gibt Spangenberg, Einleitung in das römisch-Justinianische Rechtsbuch. 1817. Eine kurze Übersicht über Handschriften und Ausgaben s. Böcking, Pandekten. Bd. I Anhang V.

[8] Iustiniani institutiones, rec. P. Krüger. 1867. Digesta Iustiniani Augusti rec., adsumpto in operis societatem P. Krügero, Th. Mommsen. 2 voll. 1868—70.

wird unten bei der Geschichte des deutschen Rechts und der Darstellung des Systems gegeben werden.

Codex Iustinianus, rec. P. Krüger. 1877. Diese Ausgaben geben einen vollständigen kritischen Apparat. Daneben ist eine kleinere Gesamtausgabe nur mit den notwendigsten kritischen Angaben in zwei Bänden erschienen unter dem Titel: Corpus iuris civilis, editio stereotypa. Bd. I 1872 (8. A. 1899), Bd. II 1877 (7. A. 1900); und im Anschlusse hieran (nicht an die große Ausgabe): Bd. III, Novellae rec. R. Schöll, abs. G. Kroll 1895, auf Grund neuer Vergleichung des Marcianus, Laurentianus und Ambrosianus. Nach selbständigem Plane: Novellae, ed. Zachariä de Lingenthal. 2 voll. 1881.

2.

Quellen und Geschichte des deutschen Rechts[1]

von

Heinrich Brunner (Berlin).

---

[1] Folgende Darstellung ist eine verkürzte Wiedergabe meiner 1901 bei Duncker & Humblot erschienenen Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte, die aus einer Umarbeitung meiner „Quellen und Geschichte des deutschen Rechtes“ in Franz von Holtzendorffs Encyklopädie der Rechtswissenschaft hervorgegangen sind. Als während des Drucks der Grundzüge der Plan gefaßt wurde, die Encyklopädie in neuer Gestalt erscheinen zu lassen, konnte ich mich nicht entschließen, die Grundzüge durch eine abermalige Umarbeitung auf den früheren Umfang und die frühere Form zurückzuführen, sondern ich beschränkte mich darauf, den Verlegern der Encyklopädie eine Kürzung der Grundzüge als Beitrag in Aussicht zu stellen, da deren unveränderte Aufnahme den Rahmen der Encyklopädie gesprengt hätte. Der Kürzung sind insbesondere die Anmerkungen und die Literaturnachweise zum Opfer gefallen. Doch enthält der vorliegende Abdruck des etwas gekürzten Textes auch einige Änderungen, die ich glaube als Verbesserungen ansehen zu dürfen. Der Verfasser.

Vorbemerkung.

Das römische Recht nennen wir nach einer Stadt, die sich im Laufe der Jahrhunderte zum Universalstaate des Altertums aufgeschwungen hat. Dem deutschen Rechte gab ein ganzes Volk den Namen, das einer straffen Zusammenfassung stets entbehrte, auch in der Zeit, als es im Rahmen des heiligen römischen Reiches deutscher Nation seine staatsrechtliche Einheit gefunden hatte. Damit ist von vornherein ein tiefgreifender Gegensatz in der Geschichte beider Rechte angedeutet. In Deutschland gebrach es an den Voraussetzungen der einheitlichen und künstlerisch abgeschlossenen Ausbildung des römischen Rechts. Der deutschen Rechtsentwicklung fehlte ein Kristallisationspunkt, wie ihn das römische Recht in der urbs gefunden. Von oben her war sie fast vollständig sich selbst überlassen. Nie hat ein deutscher Herrscher auf die Rechtserzeugung einen so nachhaltigen Einfluß genommen, wie ihn der Papst als das Haupt einer festgegliederten Hierarchie durch seine Dekretalen auf die Gestaltung des kanonischen Rechts ausübte. Umsonst suchen wir in der Geschichte des deutschen Rechts nach einer Periode, da die Justizpflege in den Händen eines absoluten Königtums und eines von ihm abhängigen Juristenstandes zentralisiert wurde, wie dies in England unter den normannischen Königen der Fall war. Bis zur Gründung des neuen Deutschen Reiches fehlte die Fähigkeit oder die Möglichkeit, im Wege der Gesetzgebung ein einheitliches Recht zu schaffen, wie es Frankreich seit Ludwig XIV. durch königliche Ordonnanzen, dann unter Napoleon I. durch dessen Kodifikationen erhalten hatte. Mit dem hervorgehobenen Mangel kräftiger Organe einer einheitlichen Rechtsbildung hängt es zusammen, daß es dem deutschen Rechte nicht beschieden war, seine Entwicklung selbständig zu vollenden. Zu einer Zeit, als es seine Jugendperiode noch nicht überschritten hatte, seit der Mitte des fünfzehnten Jahrhunderts, wurde in Deutschland fremdes Recht rezipiert, nämlich römisches Recht, kanonisches Recht und langobardisches Lehnrecht. Diese bedeutungsvolle Tatsache rechtfertigt es, die Geschichte des deutschen Rechts in zwei Hauptperioden zu teilen: die Periode der nationalen Rechtsbildung und die Periode der Vorherrschaft des fremden Rechtes. Innerhalb des älteren Zeitraums unterscheiden wir wieder die germanische Rechtsbildung bis zum Abschluß der Völkerwanderung, die Rechtsbildung in der fränkischen Monarchie und die des Deutschen Reiches bis zum Ausgang des Mittelalters. Eine dritte Hauptperiode wird der Rechtshistoriker der Zukunft mit den Kodifikationen der deutschen Reichsgesetzgebung zu beginnen haben, die der Herrschaft des fremden Rechtes in Deutschland ein Ende machten.

Die Geschichte des Rechts zerfällt nach dem Gegenstande ihrer Betrachtung in die allgemeine und in die besondere Rechtsgeschichte, je nachdem sie die Entwicklung des Rechts in seiner Totalität oder die Entwicklung der einzelnen Rechtsinstitute verfolgt. Man pflegt dafür sonst von äußerer und von innerer Rechtsgeschichte zu sprechen, Ausdrücke, die wenig passen, weil das Ganze eines Organismus nicht mit seiner Außenseite zusammenfällt und ebensowenig die einzelnen Glieder seine innere Seite bilden.

Auch in der Geschichte des Rechts waltet das Gesetz der allmählichen Differenzierung. Einrichtungen, die sich in jüngeren Perioden mit scharf ausgeprägten Gegensätzen als verschiedenartige Rechtsinstitute gegenüberstehen, sind in den Anfängen der Entwicklung gegen-

satzlos in einem Rechtsinstitute vereinigt, welches sich erst im Laufe der Zeit mit Rücksicht auf die verschiedenen Funktionen, die es übernimmt, in mehrere zerspaltet. Im Hinblick auf dieses Gesetz der Differenzierung der Rechtsinstitute erscheint es für die geschichtliche Behandlung des Rechts als geboten, den Stoff zunächst nach Perioden und erst innerhalb derselben, soweit es angeht, nach dem Systeme der Rechtsinstitute zu gliedern.

Um die allgemeine Rechtsgeschichte der einzelnen Perioden darzustellen, sollen einige einleitende Worte den territorialen und historisch-politischen Rahmen der ihr zufallenden Rechtsentwicklung feststellen, sollen sodann die wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Grundlagen des Staats- und Rechtslebens skizziert und schließlich die Rechtsquellen behandelt werden. Sodann werden von den Zweigen der besonderen Rechtsgeschichte die des öffentlichen Rechtes, nämlich Verfassungs- und Verwaltungsrecht, Strafrecht und Rechtsgang, erörtert. Die Geschichte des Privatrechts wird für die drei Zeitabschnitte vor der Rezeption der fremden Rechte ohne Periodisierung im Zusammenhange dargestellt werden.

Die Geschichte des deutschen Rechtes wurde zur selbständigen wissenschaftlichen Disziplin erhoben durch Karl Friedrich Eichhorns Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte, 4 Bde., 5. Auflage 1843—1844, die bis jetzt in Anbetracht der geistigen Durchdringung des gesamten Stoffes das Hauptwerk geblieben ist, obwohl die ersten Bände veraltet sind. Von jüngeren Lehrbüchern sind hervorzuheben: Zöpfl, Deutsche Rechtsgeschichte, 4. Auflage 1871, 72. F. Walter, Deutsche Rechtsgeschichte 2. Auflage 1857. v. Schulte, Lehrbuch der deutschen Reichs- und Rechtsgeschichte, 6. Auflage 1892. Heinrich Siegel, Deutsche Rechtsgeschichte, ein Lehrbuch, 3. Auflage 1895. Richard Schröder, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte (stoffreich und inhaltvoll), 3. Auflage 1898.

Unentbehrliches Hilfsbuch sind dem Rechtshistoriker Jakob Grimms Deutsche Rechtsaltertümer, jetzt in vierter, aus Grimms handschriftlichen Nachträgen ergänzter Auflage, besorgt durch Andreas Heusler und Rudolf Hübner, 1899. Eine vortreffliche Darstellung der Denkmäler und der Altertümer des germanischen Rechts bietet Karl von Amira, Grundriß des germanischen Rechts 1897, Sonderabdruck aus der 2. Auflage von Pauls Grundriß der germanischen Philologie.

Erster Teil.

Die Rechtsentwicklung bis zur Aufnahme der fremden Rechte.

Erster Abschnitt.

Allgemeine Rechtsgeschichte und Geschichte des öffentlichen Rechts.

A. Die germanische Zeit.

§ 1. Das deutsche Volk. Das Volk der Germanen taucht nicht als ein großer nationaler Staatsverband aus seiner vorgeschichtlichen Vergangenheit auf, sondern es ist in eine erhebliche Anzahl kleinerer Völkerschaften gespalten, deren jede ein selbständiges politisches Dasein führt. Nach den Ergebnissen der Sprachforschung zerfallen die Germanen in die Westgermanen oder Deutschen und in die Ostgermanen, die aus der gotisch-vandalischen Völkergruppe und aus den skandinavischen Stämmen gebildet werden. Trotz der politischen Zersplitterung besteht ein Bewußtsein der Zusammengehörigkeit. Es äußert sich in einer von den römischen Schriftstellern überlieferten Sage über die Abstammung der Westgermanen, welche zugleich deren natürliche Gliederung in größere, durch nächste

Verwandtschaft verbundene Völkerschaftsgruppen zum Ausdrucke bringt. Ununterbrochene harte Kämpfe, verursacht durch die Erwerbung und Behauptung der in Europa besiedelten Gebiete, erziehen in den Germanen ein wehrhaftes Geschlecht, das sich seine Religion, sein Recht und seine Verfassung in wesentlich kriegerischem Geiste gestaltet. Durch das Vordringen gegen Gallier und Römer treten sie als ein eigenartiges Volkstum in das Gesichtsfeld der antiken Geschichtschreibung ein. Wechselvolle Kämpfe mit den Römern setzen zwar ihrer Ausbreitung gegen Westen und Süden eine vorläufige Grenze, doch bleibt der Kern des Volkes auf die Dauer unberührt von der Machtsphäre und von der nivellierenden Kultur des römischen Weltreichs.

Seit dem dritten Jahrhundert drängten geschichtliche Ereignisse die vielgespaltene Nation zur Bildung größerer Verbände. Verwandte und benachbarte Völkerschaften schlossen Bündnisse und traten nach außen hin unter gemeinsamem Namen auf. Im Laufe der Zeit erwuchs aus dem Bund ein staatsrechtlicher Verband und haben sich die Stämme aus natürlichen Gliederungen des Volkes zu politischen Einheiten umgestaltet. Salische und ribuarische Franken, Alamannen, Thüringer, Sachsen, Friesen und Bayern sind diejenigen dieser Stämme, die in Deutschland seßhaft blieben, während Ostgoten, Westgoten, Vandalen, Burgunder, Angelsachsen, Langobarden und andere aus den heimischen Sitzen auswanderten, um auf dem Boden des von ihnen zertrümmerten weströmischen Reiches neue Heimwesen und Staaten zu gründen.

§ 2. Das Wirtschaftsleben. Die Germanen trieben die Jagd, standen aber nicht mehr auf der Kulturstufe des Jägervolks. Den Mittelpunkt ihres Wirtschaftslebens bildete die Viehzucht. Das Vieh war Geld. In Viehhäuptern zahlte man die Bußen. Viehstand, nicht Landbesitz, war die Grundlage des Reichtums. Trotzdem begegnen uns die Germanen in historischer Zeit nicht mehr als nomadisierende Hirtenstämme. Sie haben Wohnsitze und pflegen den Ackerbau, aber freilich nicht intensiv, sondern nur oberflächlich, vermutlich nach der von den Nationalökonomen sogenannten Methode der wilden Feldgraswirtschaft.

Zur Zeit Cäsars bestand an Grund und Boden weder Privateigentum noch Sondernutzung. Das Land wurde alljährlich den Geschlechtsverbänden des Gaus zu gemeinschaftlicher Nutzung zugewiesen. In der Zeit des Tacitus befanden sich wenigstens Haus- und Hofstätte im Sondereigen des einzelnen. Am Ackerlande bestand sogenannte Feldgemeinschaft mit wechselnder Hufenordnung. Als Eigentümer galt die Gesamtheit der Dorfgenossen, während dem einzelnen sein Anteil an der Feldmark durch periodisch wiederkehrende Verlosung zur Sondernutzung zugewiesen wurde. Da keiner ein Interesse hatte, mehr zu erhalten, als er bebauen konnte, mochten die Anteile der einzelnen mit Rücksicht auf die Arbeitskräfte, über die sie verfügten, sich verschieden gestalten. Weder Sondereigen noch Sondernutzung gab es an der gemeinen Mark, Almende, deren Hauptbestandteil Wald und Weideland bildeten. Hier übten die Markgenossen nach Bedarf die Jagd-, Weide-, Holzungs- und Rodungsrechte aus. Wo die Ansiedlung gegen die herrschende Regel nicht in Dorfschaften, sondern in Einzelhöfen erfolgt war, bestand ein Sondereigentum von vornherein nicht nur an der Hofstätte, sondern auch am Ackerland. Die Rechte des Genossen an Grund und Boden, das Recht an der Hofstätte, am Ackerland und an der Almende faßt der Ausdruck Hufe als wirtschaftliche Einheit zusammen. Nach der Völkerwanderung tritt uns allenthalben ein Sondereigentum am Ackerlande entgegen, das sich in der Weise ausgebildet haben mochte, daß im Gefolge längerer Sondernutzung die wechselnde Hufenordnung eine feste wurde, dem einzelnen seine Quote dauernd verblieb und aus seinem Nutzungsrechte ein Eigentum erwuchs.

§ 3. Das Ständewesen. Die Bevölkerung gliedert sich in Freie, Liten und Knechte. Der Stand der Freien zerfällt in zwei Klassen, die Gemeinfreien, die den Kern des Volkes bilden, und die Adligen, Mitglieder der tatsächlich herrschenden Geschlechter, die höheres Ansehen genossen und dem Volke die Könige, die Fürsten und die Priester zu liefern pflegten. Doch läßt sich das Merkmal des Standes, der Genuß erblicher Vor-

rechte für die nobiles der taciteischen Zeit nicht nachweisen. Rechtlos war der Knecht, er galt als Sache gleich dem Vieh. Es gab angesiedelte Knechte, die nach Art von Kolonen lebten, und solche, die als Haus- und Hofgesinde dienten. Eine Mittelstufe zwischen den Knechten und den Freien nahmen die Liten, Leten, Laten, Aldien oder Barschalke ein, ein Stand von Halbfreien, der freiwilliger Unterwerfung unter den Sieger seine Entstehung verdankt, während Kriegsgefangenschaft und gewaltsame Unterjochung den Ursprung der Knechtschaft erklären. Der Lite ist rechtsfähig, darbt aber der Freizügigkeit und ist kraft Geburt seinem Herrn zu Diensten verpflichtet. In den Stand der Halbfreien rückte der Knecht durch die Freilassung auf. Doch gab es privilegierte Formen der Freilassung, welche die volle Freiheit begründeten. Zum deutlichsten Ausdruck gelangten die Standesunterschiede, seitdem eine rechtliche Fixierung der betreffenden Ansätze stattgefunden, im Wergelde, der Summe, die zur Sühne des Totschlags an die Verwandten der Erschlagenen bezahlt wurde. Dem Knechte fehlte es, der Lite hatte nur das halbe Wergeld des Freien. Das volle entspricht in späterer Zeit dem Werte des normalen Besitztums, der Hufe.

§ 4. **Die Sippe.** Innerhalb des Gemeinwesens hatte der Verband der Sippe öffentlich-rechtliche Aufgaben, die bei entwickelteren Kulturverhältnissen der Staatsgewalt obliegen.

Das Wort Sippe (got. sibja) hat eine zweifache Bedeutung. In der einen bezeichnet es die Blutsfreunde, die „Magen", die Magschaft des einzelnen. Innerhalb der Magschaft stehen sich die Gruppe der Vatermagen und die der Muttermagen gegenüber, nach manchen Rechten die „Vierenbeele" und die „Achtenbeele", als die durch die vier Großeltern, bezw. die acht Urgroßeltern vermittelten Verwandtschaftsgruppen der Ausgangsperson. Die Verwandten des Mannsstammes werden als Schwert- oder Speermagen, die weiblichen Verwandten und die Männer von der Weiberseite her als Spindel- oder Kunkelmagen zusammengefaßt.

In anderer Bedeutung verwendet man das Wort Sippe für den Geschlechtsverband und nur in diesem Sinne erscheint die Sippe als eine öffentlich-rechtliche Genossenschaft. Ihre Verfassung war eine agnatische und eine genossenschaftliche. Auf vaterrechtlicher, nicht wie manche glauben auf mutterrechtlicher Grundlage aufgebaut, umfaßte sie die von einem gemeinschaftlichen Stammvater in männlicher Linie abstammenden Personen. Die Verfassung des Sippeverbands beruhte auf der Gleichberechtigung der Sippegenossen; fremd blieb ihm eine patriarchalische Spitze. In der Urzeit war er ein agrarischer und ein militärischer Verband (fara). Er war der älteste Friedensverband, schloß jede Fehde unter den Genossen aus und gewährleistete ihnen Rache und Schutz. Wurde ein Mitglied der Sippe erschlagen, so waren die Sippegenossen verpflichtet, zur Blutrache zu schreiten oder den Anspruch auf sein Wergeld oder Manngeld (leudi, wer) zu erheben, das nach bestimmtem Verhältnis unter ihnen verteilt wurde. Nachmals fällt ein Teil, gewöhnlich zwei Drittel, bei den Salfranken die Hälfte, als sogen. Erbsühne an die nächsten Erben des Erschlagenen, während der Rest als Magsühne, Maggeld den „gemeinen Magen" gebührt, von denen die näheren mehr erhalten, als die entfernteren. Der Rache des beleidigten Geschlechtes war gleich dem Missetäter dessen Sippe ausgesetzt, die ihn zu schützen und für die Zahlung des von ihm verwirkten Wergeldes wenigstens teilweise aufzukommen hatte.

Schon frühzeitig ist die Teilnahme an Fehde und Wergeld gleich den später zu nennenden Funktionen des Geschlechtsverbandes über den Kreis der agnatischen Sippegenossen ausgedehnt worden, zunächst auf die Muttersippe, dann auf die Blutsverwandtschaft überhaupt, wobei aber die ursprüngliche Bedeutung des agnatischen Verbandes oft noch insofern nachwirkte, als in manchen Rechten die Muttermagen oder die Spindelmagen nur subsidiär oder zu geringeren Anteilen am Wergeld beteiligt wurden oder gewisse Bestandteile des Wergeldes den Schwertmagen vorbehalten blieben oder einem von diesen die Leitung der Fehde gebührte.

Auch im Rechtsgang trat die Sippe dem Genossen helfend zur Seite. Der Eid war

ursprünglich Geschlechtseid. Er wurde mit Sippegenossen geschworen, die ihrerseits zur Eidhilfe verpflichtet waren.

In erhöhtem Maße äußerte sich die Schutzpflicht der Sippe in bezug auf Unmündige und Weiber, denen die Schutzgewalt des Vaters bezw. des Ehemanns fehlte. Sie befanden sich unter der Gesamtvormundschaft der Sippe. Diese bestellte aus ihrer Mitte einen Vertreter, um unter ihrer Aufsicht und Verantwortlichkeit die Geschäfte der Vormundschaft zu verwalten, die sie in ihrer Gesamtheit nicht erledigen konnte oder wollte. Wenn ein Genosse verarmte, war die Sippe verpflichtet, ihn zu unterstützen, wenn er starb, für eine dem Herkommen entsprechende Bestattung zu sorgen.

So groß die Bedeutung der Sippe war, so bildete sie doch keinen Staat im Staate. Ihre Unterordnung unter die Staatsgewalt äußerte sich u. a. darin, daß die Friedlosigkeit, die das Gemeinwesen verhängte, das Band der Sippe entzweischnitt, indem sie die Gemeinsamkeit des Geächteten mit seiner Sippe auflöste, eine Tatsache, die an sich die Auffassung widerlegt, daß das germanische Gemeinwesen sich nicht über die Stufe des sog. Geschlechterstaats hinausgehoben habe.

Wie es einerseits zulässig war, sich durch Entsippung, d. h. durch freiwilligen Austritt aus der Sippe, den Sippepflichten zu entziehen, so war es andererseits der Sippe gestattet, einen Genossen, für den sie nicht einstehen wollte, auszuschließen, indem sie sich öffentlich von ihm lossagte.

§ 5. Recht und Rechtsbildung. Das Recht (reht, lag, êwa, ê, wizzod) wird verstanden als die Ordnung des allgemeinen Friedens; es ist ungeschriebenes und weitaus überwiegend Gewohnheitsrecht. Eng mit Religion und Sitte verwachsen, wird es durch unmittelbare Anwendung der Rechtssätze im Rechtsleben entwickelt und fortgebildet. Der freie Mann kennt es infolge seiner pflichtmäßigen Teilnahme an der öffentlichen Rechtsprechung. Die naivsinnliche Auffassung, die selbst in der Sprache des Rechts zum Ausdruck kam, der Reichtum an Formen und Symbolen, in die sich der Rechtsgedanke kleidete, trugen dazu bei, das Recht im Bewußtsein des Volkes lebendig zu erhalten. Uralt ist ferner die Sitte, den Rechtssatz in Sprichwörter oder in Reime zu fassen. Als Träger des Rechtes erscheinen nur die freien Volksgenossen. Rechtlos ist der Unfreie, rechtlos der Fremde. Trotz gemeinsamer Grundlage ist das Recht bei den verschiedenen Völkergruppen ein verschiedenes. Seit sich die Stammesbildung im rechtlichen Sinne vollzogen hat, erscheint jeder Stamm im Besitze eines besonderen Stammesrechts. Die Kenntnis des Rechts schöpfen wir für diese Periode aus den Mitteilungen römischer Schriftsteller, namentlich aus der in den ersten Jahren der Regierung Trajans abgefaßten Germania des Tacitus, und aus einer Vergleichung der Quellen der Folgezeit, die zum Teil altes Gewohnheitsrecht enthalten, das noch in die Zeiten der Völkerwanderung hinaufreicht. Einzelne wichtige Ergebnisse liefert die vergleichende Sprachforschung, indem sie den Wortvorrat untersucht, der den germanischen Sprachen und Mundarten mit den übrigen arischen Sprachen von alters her gemeinsam ist. Manche Lücken unserer Quellen vermag die vergleichende Rechtsgeschichte auszufüllen, indem sie die Nachrichten über die ältesten Rechtszustände bei anderen, insbesondere bei arischen Völkern, kritisch verwertet.

§ 6. Die Verfassung. Der altgermanische Staat erscheint als Kriegs- und Rechtsgenossenschaft der freien Volksgenossen und beruht insofern auf demokratischer Grundlage, wenn man dabei von der Tatsache absieht, daß ein Teil der Bevölkerung in Knechtschaft lebend des Rechtes darbte und die Waffenfähigkeit die Voraussetzung der vollen Rechtsfähigkeit bildete.

Die römischen Schriftsteller unterscheiden bei den Germanen civitas und pagus, Völkerschaft und Gau, Bezeichnungen, die sie ursprünglich für die keltischen Verfassungsverhältnisse zur technischen Anwendung gebracht und dann auf die Germanen übertragen haben. Die civitas ist eine einzelne politisch selbständige und abgeschlossene Volksgemeinde. Eine Unterabteilung ist der Gau, ein landschaftlicher Verband, der vermutlich aus der Niederlassung einer Tausendschaft hervorgegangen war. Die Gauleute sind in eine Anzahl kleinerer persönlicher Verbände, Hundertschaften, gegliedert, die den Zwecken des

Heer- und Gerichtswesens dienen. Die Hundertschaft bildet im Heere einen Heerverband. Im Frieden wird sie zum Gerichtsdienst aufgeboten und ist als Gerichtsgemeinde das hauptsächliche Organ der Rechtspflege. Ein landschaftlicher Bezirk war die Hundertschaft in der Zeit vor der Völkerwanderung noch nicht. Erst nachmals hat sie sich bei einzelnen Stämmen zu einem solchen umgestaltet.

Der politische Schwerpunkt der Völkerschaft beruht in der Landesgemeinde, concilium civitatis. Sie tritt zu bestimmten Zeiten, gewöhnlich bei Neu- oder Vollmond, zusammen. Die Volksgenossen erscheinen bewaffnet. Die Landesgemeinde ist Heerversammlung und dient zur Heerschau. Sie entscheidet über Krieg und Frieden und andere wichtige Angelegenheiten der Völkerschaft. In der Landesgemeinde werden die Jünglinge wehrhaft gemacht und Freigelassene als vollberechtigte Volksgenossen aufgenommen. Die Landesgemeinde ist Wahlversammlung; sie vollzieht die Wahl und Anerkennung des Königs, kürt die Gaufürsten und den Herzog. Sie waltet als Gerichtsversammlung und richtet namentlich über politisch-militärische Verbrechen, Landesverrat, Übergang zum Feinde und Feigheit. Aus der Bedeutung der Landesgemeinde erklärt sich das verhältnismäßig lose Gefüge der germanischen Verfassung und die Leichtigkeit, mit der aus der Vereinigung mehrerer Völkerschaften neue Gesamtstaaten hervorgehen. Länger dauernde Bündnisse machten eine gemeinsame Heeresversammlung zur Notwendigkeit und damit war das verfassungsmäßige Organ des zum Staate erwachsenden Bundes im Keime gegeben.

Die Führung der civitas stand allenthalben bei einem oder bei mehreren herrschenden Geschlechtern. Die Schriftsteller des Altertums unterscheiden die germanischen Herrscher als reges, Könige, und als principes, Fürsten. Das Merkmal des rex ist ihnen die ungeteilte Herrschaft über die gesamte civitas. Von principes sprechen sie, wo die Völkerschaft unter einer Vielheit von Klein- oder Gaukönigen steht. Wenn auch der Umfang der königlichen und der fürstlichen Gewalt ein verschiedener ist, so stellt sich doch ihr Inhalt als ein im wesentlichen gleichartiger dar. Mitunter wechseln innerhalb derselben Völkerschaft Königtum und Prinzipatsverfassung miteinander ab. Die Fürsten walten als Richter im Gau, führen im Kriege die Heeresabteilung des Gaues und bilden in ihrer Gesamtheit einen Völkerschaftsrat, welchem die Erledigung laufender, die Vorbereitung wichtigerer, der Landesgemeinde zufallender Sachen obliegt. Da die Staaten mit Prinzipatsverfassung eine ständige oberste Spitze entbehrten, mußte hier für den Kriegsfall zur Führung des Heeres ein Herzog gekoren werden und führte das Bedürfnis nach sakraler Vertretung der ganzen civitas zur Ausbildung eines besonderen Landespriestertums. Dagegen ist der König als solcher Heerführer und Oberpriester der Völkerschaft und hat die Stellung des vorsitzenden Richters in der Landesgemeinde. Unter ihm stehen als Unterkönige die Vorsteher der einzelnen Gaue, mit denen er öffentliche Angelegenheiten berät, ehe sie an die Landesgemeinde gelangen. Der König wird aus dem königlichen Geschlechte gewählt, indem die Wahl den Mangel einer festen Erbfolgeordnung ersetzt. Aber auch bei der Wahl der Fürsten hält sich die Landesgemeinde an die herkömmlich herrschenden Geschlechter, wenn sie taugliche Männer besitzen. Zunächst hauptsächlich bei den östlichen Stämmen vertreten, dringt in Laufe der Zeit das Königtum mehr und mehr auch bei den westlichen Völkerschaften vor. Als sich die Bildung der deutschen Stämme vollzogen hatte, trat, hier früher dort später, ein Stammeskönigtum an die Spitze der einzelnen Stämme. Nur die Sachsen haben an der Prinzipatsverfassung festgehalten.

Die von den ostgermanischen Stämmen im südlichen Europa gegründeten Staaten stellten sich nicht in unmittelbaren Gegensatz gegen die römische Staatsordnung, sondern sie fügten sich formell, soweit es ihr Interesse gestattete, in deren Rahmen ein. Die Könige ließen sich von Rom oder Byzanz aus magistratische Titel und Würden verleihen. In der engsten Verbindung mit Ostrom verblieb das ostgotische Regiment, welches Italien nach wie vor als einen Bestandteil des römischen Reiches betrachtete und den römischen Verwaltungsorganismus fortbestehen ließ, indem es den Römern den Zivildienst, den Goten den Heerdienst vorbehielt. Eine Vorstufe ähnlicher staatsrechtlicher Abhängigkeit haben auch die Reichsgründungen der Westgoten, Burgunder und Vandalen durchgemacht;

doch wußten sie sich zur gelegenen Zeit davon zu befreien. Die inneren Einrichtungen dieser Reiche knüpften in vielen Punkten an die vorgefundenen römischen Institutionen an, welche freilich, namentlich bei den Westgoten und Burgundern, eine wesentliche Umbildung erfuhren, indem hier u. a. die römische Trennung der Zivil- und Militärverwaltung in der Hauptsache beseitigt wurde. Die römische Bevölkerung behielt Freiheit, Recht und Habe, und nur eine Landteilung wurde vorgenommen, die sich dem römischen Einquartierungssystem (hospitalitas) anschloß. Der einzelne römische possessor mußte einen Teil seines Besitztums dem Germanen, dem es durch das Los zugewiesen worden war, abtreten, allerdings nicht zur vorübergehenden Einquartierung, sondern zum Zweck dauernder Niederlassung. Da diese Art der Ansiedlung die neuen Ankömmlinge räumlich unter die römischen Provinzialen verteilte, hat sie die rasche Verschmelzung der beiden Nationalitäten wesentlich befördert.

§ 7. Heerwesen und Rechtspflege. Die Bedürfnisse des Gemeinwesens wurden durch die persönlichen Leistungen der Volksgenossen gedeckt. Allgemein waren Heer-, Gerichts- und Polizeipflicht. Jeder freie Mann leistete unentgeltlichen Kriegsdienst. Das Heer war das Volk in Waffen. Wie die Religion der Germanen kriegerischen Zuschnittt hatte, stand hinwiederum das Kriegswesen unter religiösen Vorstellungen. Der Kriegsdienst war nationaler Götterdienst. Der Kriegsgott zog mit dem Heere. Götterbilder dienten als Heerzeichen. Vor Krieg und Schlacht wurde der Wille der Götter erkundet, der Feind durch Speerwurf den Göttern geweiht. Ruhmvoller Tod im Kampfe galt für das höchste Ziel männlichen Strebens. Das Heer gliederte sich in Tausendschaften und in Hundertschaften. Die kriegerische Hauptkraft der Germanen beruhte auf dem Fußvolk, das in keilförmiger Schlachtordnung anzugreifen pflegte. Doch waren einzelne Völkerschaften durch vorzügliche Reiterei berühmt. Auch bestand eine auserlesene Sondertruppe, die sich aus Reitern und leichtbewaffneten Fußsoldaten zusammensetzte.

Ein durch den Drang nach kriegerischer Tätigkeit hervorgerufenes und vorzugsweise für das Kriegswesen berechnetes Dienst- und Treuverhältnis war die Gefolgschaft. Freie, wehrhafte Männer begaben sich als Gefolgsleute in den Dienst der Könige, der Fürsten oder auch anderer, durch Ansehen und Reichtum hervorragender Persönlichkeiten. Sie schwuren dem Gefolgsherrn Treue, empfingen von ihm Schutz, Unterhalt und Ausrüstung und bildeten seine Umgebung im Frieden wie im Kriege. Hauptsächlich die adelige Jugend suchte den Gefolgsdienst als die hohe Schule kriegerischen Heldentums. Nach dem Vorbilde der unter dem Familienvater vereinigten Hausgenossenschaft entwickelte sich in der Gefolgschaft ein Herrschaftsverhältnis, das bestimmt war, in seiner Fortbildung die Grundlagen der germanischen Verfassung zu verändern. Doch darf ihre Bedeutung für den altdeutschen Staat nicht überschätzt werden. Da die Gefolgsleute im Hause des Gefolgsherrn lebten, so kann ihre Zahl nur verhältnismäßig gering gewesen sein, eine Tatsache, die an sich die früher vielverbreitete Ansicht ausschließt, daß die großen Wanderungen der Germanen im wesentlichen auf Züge abenteuernder Gefolgschaften zurückzuführen seien.

Die Rechtsprechung geschah in öffentlicher Gerichtsversammlung, Ding, Warf, ahd. madal, mahal (mallus). Jeder Freie war verpflichtet zu erscheinen und an der Rechtspflege teilzunehmen. Die Eröffnung erfolgte durch feierliche Hegung, die in sakralen Förmlichkeiten bestand und in der Verkündigung des heiligen Dingfriedens gipfelte. Ging das Ding zu Ende, so wurde es durch rechtsförmliche Enthegung geschlossen. Das Urteil wurde nicht vom Richter, der nur „Frager des Rechtes“ war, sondern von der versammelten Dinggemeinde gefällt auf einen Urteilsvorschlag hin, den ursprünglich der Richter jedem der anwesenden Dinggenossen abzuverlangen befugt war. Nachmals fiel der Urteilsvorschlag bei den Oberdeutschen und Friesen einem ständigen Rechtsprecher (êsago, êsega), bei den Franken einem durch den Richter ernannten Ausschuß der Gerichtsgemeinde, den sogenannten Rachimburgen, anheim. Hatte der Vorschlag die Zustimmung, das Vollwort der Gerichtsgemeinde gefunden, das in der Form des Waffenschlags (nord. vápnatak) gegeben wurde, so erging ein dem Urteil entsprechendes Rechtsgebot des Richters.

Im Dienste der Rechtspflege war jedermann verpflichtet, an der Ergreifung handhafter Missetäter und an der Vollstreckung der Acht oder Friedlosigkeit teilzunehmen.

§ 8. Die Missetat und ihre Folgen. Das germanische Strafrecht fußt auf dem Gedanken, daß, wer den Frieden bricht, sich selbst aus dem Frieden setzt. Der Friedensbruch ist entweder ein solcher, daß er den Täter nur der Feindschaft des Verletzten und seiner Sippe preisgibt oder daß er ihn zum Feinde der Gesamtheit macht. In jenem Falle war es Sache des Verletzten, bezw. seiner Sippe, sich Genugtuung zu verschaffen. Der Missetäter wurde von der Gesamtheit vor der Sippe, gegen die er den Frieden verwirkt, nicht geschützt, sondern er war von Rechts wegen der Fehde und Rache des Gegners ausgesetzt, wenn dieser es nicht vorzog, Wergeld oder Buße zu fordern. Das Recht der Fehde und Rache, der auch die Blutsfreunde des Missetäters preisgegeben waren, bestand in Fällen, wo es sich um Blut und Ehre handelte. Die in erlaubter Rache vollzogene Tötung mußte öffentlich verkündigt oder allgemein als solche ersichtlich gemacht werden, widrigenfalls sie als eine unrechtmäßige Tötung behandelt wurde. In leichteren Fällen war das Recht der Rache versagt und nur ein gerichtlicher Anspruch auf Sühne begründet. Das Wergeld sühnte namentlich den Totschlag; sonst waren die meisten bekannten Rechtsverletzungen in Bußzahlen abgeschätzt, die entweder durch Teilung des Wergeldes entstanden oder auf eine bestimmte, nach den verschiedenen Rechten verschiedene Grundzahl zurückführen. Wenn Buße oder Wergeld gerichtlich eingeklagt wurden, hatte der Schuldige einen gewissen, bei den einzelnen Stämmen verschiedenartig abgestuften Betrag, das Friedensgeld, fredus, an die öffentliche Gewalt zu entrichten als Preis für deren Eingreifen zur Wiederherstellung des Friedens. Schwere Missetaten machten friedlos. Der Friedlose ist nicht nur aus der Friedens- und Rechtsgemeinschaft ausgeschlossen, sondern kann und soll als Feind des Volkes von jedermann bußlos getötet werden. Die Verfolgung des Friedlosen ist öffentliche Pflicht der Volksgenossen; er gilt für wolfsfrei, wargus, „gerit caput lupinum“. Er hört von Rechts wegen auf, Geschlechtsgenosse, Ehemann, Vater zu sein. Weder die Sippe, noch seine nächsten Angehörigen dürfen ihn schützen oder beherbergen. Sein Vermögen verfällt der Wüstung oder Fronung. Sein Haus wird durch Bruch oder Brand zerstört, das Werk seiner Hände vernichtet. Seine Habe wird gefront, d. h. eingezogen von der öffentlichen Gewalt, der sie verfällt, soweit nicht der Verletzte daraus befriedigt wird. Die Friedlosigkeit erscheint nachmals in einer strengeren und milderen Form. Jene, die ältere und ursprüngliche, galt für unsühnbar; diese gab dem Friedlosen den Rechtsanspruch, sich durch eine fixierte Geldzahlung in den Frieden einzukaufen. Bei schändlichen und sündhaften Taten, die das Volk und seine Götter direkt verletzten, wurde die Friedlosigkeit in der Weise vollstreckt, daß man den Friedlosen den Göttern opferte. Der Opfertod stellt sich in dieser Anwendung als eine dem juristischen Rahmen der Friedlosigkeit eingefügte Todesstrafe dar, deren sakraler Charakter sich darin äußerte, daß nicht eine beliebige, sondern eine genau bestimmte Art der Tötung stattfand, die mit Rücksicht auf die religiösen Anschauungen des Volkes bei den verschiedenen todeswürdigen Verbrechen eine verschiedene war.

Vorwiegend hielt sich das Strafrecht an den äußeren Erfolg der Tat. Der allgemeine abstrakte Begriff des Versuchs war dem altdeutschen Rechte fremd. Der Versuch war straflos, soweit nicht einzelne durch einen bestimmten äußerlichen Tatbestand gekennzeichnete Versuchshandlungen als selbständige Übeltaten minderer Strafbarkeit, also formell als vollendete Verbrechen, behandelt wurden. Hinwiederum war bei Beschädigungen, die ein generell qualifizierter Tatbestand für die Regel als ungewollt erscheinen ließ, bei sogenannten Ungefährwerken, Fehde und Friedensgeld von vornherein ausgeschlossen. Das Willensmoment kam also, wenn Tat und Wille sich nicht deckten, nicht für den Einzelfall, sondern für einen allgemeinen Typus von Tatbeständen zur Geltung, welchen das Volksrecht entweder trotz mangelnder Beschädigung das Vorhandensein oder trotz eingetretener Beschädigung das Nichtvorhandensein rechtswidrigen Willens unterstellte. Abgesehen hiervon wurden die Strafen in mitunter peinlicher Weise nach dem Erfolge der Handlung bemessen. Die Äußerlichkeiten der Tat entschieden über die Natur des Verbrechens. So

kennzeichnete sich der Totschlag als Mord, wenn der Täter die Spuren des Verbrechens zu verbergen suchte. Andererseits war die typische Beschaffenheit des bösen Willens maßgebend für den Begriff der Meinwerke, Meintaten, niederträchtiger Verbrechen, die aus ehrloser Gesinnung hervorzugehen pflegen.

§ 9. **Der Rechtsgang.** Weiten Spielraum hatte neben der gerichtlichen Geltendmachung des Rechtes die Befugnis der Selbsthilfe, die sich als Fehde zum Zweck der Rache oder als Pfandnahme äußerte.

Die Rechtsverfolgung vor Gericht, wie sie uns aus den Quellen der folgenden Periode als Verfahren nach altem Volksrecht entgegentritt, zeichnete sich durch einen einfachen, aber strengen Formalismus aus. Das Verfahren war öffentlich und mündlich und ruhte vollständig auf dem Verhandlungsprinzipe. Es bezweckte, soweit es sich um sühnbare Rechtsverletzungen handelte, an Stelle des Streites einen Sühnevertrag der Parteien zu setzen. Eng begrenzt war die Autorität des Gerichts; sie wurde zum Teil ersetzt durch den rechtlichen Zwang des Formenwesens. Ohne Mitwirkung des Gerichts lud der Kläger in förmlicher Weise seinen Gegner zum Rechtsstreite. Vor Gericht standen die Parteien bei ihren Prozeßreden in unmittelbarem Verkehr. Durch einen Vertreter zu prozessieren, war der selbstmündigen Partei nicht gestattet. In feierlichen Worten und unter Anrufung der Götter erhob der Kläger seinen Klagevorwurf und beschwor sodann den Beklagten, ihm auf die Klage zu antworten. Als Antwort wurde nur eine volle Bejahung oder volle Verneinung der Klageworte betrachtet, mit denen sie formell genau übereinstimmen mußte. Einwendungen waren somit von der Antwort ausgeschlossen. Soweit sie später gestattet wurden, gelangten sie als ein rechtmäßiges Verweigern der Antwort, als Verteidigung gegen das Verlangen der Antwort zum Ausdruck. Durch den Kläger rechtsförmlich aufgefordert, gaben die Dingleute das Urteil. Dieses war bei den Westgermanen, wenn der Beklagte geleugnet hatte und eventuell zu einer Leistung verbunden war, ein zweizüngiges Urteil; es war nämlich einerseits Beweisurteil, sofern es die Beweisfrage regelte, andererseits zugleich Endurteil, sofern es bestimmte, was je nach dem Ausgang des Beweisverfahrens zu geschehen habe. Es verurteilte z. B. den Beklagten, zu geloben, daß er schwören oder zahlen werde. Wer mit dem Urteile unzufrieden war, mochte es schelten, d. h. eine Klage wegen ungerechten Urteils gegen den Urteilfinder einbringen, welche nicht durch eine sachliche Prüfung des gescholtenen Urteils, sondern durch die formalen Beweismittel des Rechtsganges, bei manchen Stämmen durch Zweikampf, entschieden wurde. Besondere Grundsätze des Verfahrens galten in Achtsachen. Das Urteil konnte da nicht einen Sühnevertrag der Parteien herbeiführen wollen, sondern nur auf Acht (Tod) oder deren Ablehnung erkennen.

Dem Inhalte des Urteils entsprechend, schlossen die Parteien vor Gericht einen Vertrag, worin die Beweisführung bezw. die Befriedigung des Gegners angelobt wurde. Den Beweis erbrachte die Partei der Partei und nicht dem Gerichte. Die Beweismittel waren demnach formal, so daß ihr Ergebnis einer richterlichen Überprüfung nicht bedurfte. Nach den Rechtssätzen, die dem Beweisurteil zugrunde liegen, hatte in der Regel der Beklagte die Beweisrolle. Er schwur sich von dem Klagevorwurf durch seinen Eid frei, den er entweder als Eineid oder mit einer bestimmten Zahl von Eidhelfern ablegte, welche schwuren, daß sein Eid „rein und unmein" sei. Der Eid mit Helfern war ursprünglich ein solidarischer Eid des Geschlechts. Die Helfer wurden unter Teilnahme des Prozeßgegners oder nach herkömmlichen Grundsätzen der Sippe des Schwörenden entnommen. Die Form des Eides war eine korporative, indem die Helfer mit gesamtem Munde schwuren. Der Begriff der Zeugen war ein sehr beschränkter. Als solche galten Männer, die bei Vornahme einer rechtlichen Handlung zu deren Stätigung beigezogen worden (Geschäftszeugen), und Nachbarn, die über gemeindekundige Verhältnisse und Ereignisse aussagten (Gemeindezeugen). Zufällige Wahrnehmung genügte nicht, um die Zeugenqualität zu begründen. Die Zeugen des Klägers schlossen den Eid des Beklagten aus. Brachten beide Teile bezüglich derselben Tatsache Zeugen, so gingen die des Beklagten vor. Der Zeugeneid war assertorisch, sein Inhalt durch das Urteil festgestellt. Subsidiär kamen als Beweismittel Gottesurteile

zur Anwendung. Als solche kannte man Feuer- und Wasserordalien, das Losordal und den Zweikampf. War der Beklagte berechtigt und bereit, sich durch einen Eid mit Eidhelfern von der Klage loszuschwören, so konnte ihm in wichtigeren Sachen der Kläger den Weg zum Eide durch die Herausforderung zum Zweikampf verlegen. Ebenso durfte gegen den Zeugen des Gegners eine Meineidsklage erhoben werden, die kampfbedürftig war, d. h. nur durch gerichtlichen Zweikampf entschieden werden konnte. Abweichende Grundsätze hatte das eigentümlich gestaltete Beweisverfahren des altsalischen Volksrechtes. Es kennt den Zeugenbeweis in ausgedehnterer, das Ordal des Kesselfangs in prinzipaler Anwendung. Für die allgemeine Entwicklung des deutschen Beweisrechtes sind diese Besonderheiten ohne bestimmenden Einfluß geblieben.

Der Beklagte, der auf die Vorladung vor Gericht nicht erschien, verfiel in eine Buße, wenn er nicht sein Ausbleiben durch echte Not (sunnis) entschuldigen konnte. Die Abwesenheit hatte aber nur dann rechtliche Wirkungen, wenn sie durch den Gegner bei sinkender Sonne rechtsförmlich konstatiert worden war, eine Handlung, die bei den Franken unter dem Namen solsadire (Sonne setzen) erscheint. Fortgesetzter Ungehorsam führte schließlich zur Friedloslegung des Beklagten.

Eine gerichtliche Zwangsvollstreckung war dem germanischen Rechtsgang fremd. Hatte der Verurteilte die Erfüllung des Urteils rechtsförmlich versprochen, so war der Kläger befugt, unter Beobachtung gewisser Förmlichkeiten zur außergerichtlichen Pfändung zu schreiten und sich durch Pfandnahme zu befriedigen. Gegen die Partei, die sich weigerte, die Erfüllung des Urteils anzugeloben, stand nur die Friedloslegung zur Verfügung, welche nicht bloß die Person, sondern auch das Vermögen des Friedlosen ergriff.

Der Gläubiger, dem sein Schuldner ein rechtsförmliches Schuldversprechen gegeben hatte, konnte, wenn der Abschluß des Schuldvertrags außer Zweifel stand, die Vertragsschuld durch einen rein außergerichtlichen Rechtsgang beitreiben, indem er nach mehrmaliger vergeblicher Mahnung zur Pfändung schritt.

War die Tat eine handhafte und zugleich eine solche, auf welche Friedlosigkeit gesetzt war, so bedurfte es nicht eines ordentlichen Rechtsganges, um sie zu ahnden. Wer sie wahrnahm, konnte das „Gerüfte" erheben, das die Nachbarn zu Hilfe und Zeugenschaft herbeirief. Angesichts ihrer durfte der durch die Tat an sich friedlos gewordene Missetäter sofort getötet werden. Doch mußte die Tötung öffentlich verlautbart und auf Verlangen als rechtmäßige Tötung eines Friedlosen gerechtfertigt werden.

B. Die fränkische Zeit.

I. Allgemeine Rechtsgeschichte.

§ 10. Das fränkische Reich. Von unscheinbaren Anfängen aus gelangte der Stamm der salischen Franken zu weltgeschichtlicher Bedeutung. Das fränkische Reich unterwarf sich die sämtlichen übrigen Stämme Deutschlands und gliederte sich — das westgotische Spanien ausgenommen — der Reihe nach die Staaten an, welche germanische Völker auf dem römischen Kontinente gegründet hatten. Bei der Begründung und Ausdehnung des fränkischen Reiches hielten sich die Erwerbungen romanischer und germanischer Volksgebiete in merkwürdiger Regelmäßigkeit das Gleichgewicht, so daß es bis zu Ende den gemischten Charakter eines germanisch-romanischen Staatswesens bewahrte. Mit der Christianisierung der Franken trat eine neue Macht in ihr Rechtsleben ein, die katholische Kirche, welche die Ausbreitung des fränkischen Reiches unter Chlodowech und seinen Söhnen wesentlich förderte. Nach dem Tode Chlothars I. (561) folgte eine Zeit innerer Wirren, hervorgerufen durch Thronstreitigkeiten unter den merowingischen Teilkönigen. Die Bürgerkriege begünstigten das Emporkommen einer mächtigen Aristokratie, die dem Königtum über den Kopf wuchs. Einen Markstein bildet in dieser Beziehung das Edikt Chlothars II. von 614, wohl auch die Magna Charta des fränkischen Reiches genannt, weil der König darin den geistlichen und weltlichen Großen eine Reihe von Beschränkungen

der königlichen Gewalt und die Beseitigung von Mißbräuchen verbriefte. Etwa seit der Mitte des siebenten Jahrhunderts entstehen allenthalben territoriale Gewalten. Das Reich scheint aus den Fugen zu gehen. Da gelingt es einer dieser territorialen Gewalten, den Herzogen von Austrasien, das höchste Reichsamt, die Hausmeierwürde, an ihr Geschlecht zu bringen und, darauf gestützt, den Widerstand der territorialen Mächte zu brechen, die bedrohte Existenz des Reiches zu retten und wieder eine starke Staatsgewalt herzustellen. Die formelle Restauration des Königtums erfolgte, als der letzte Hausmeier sich mit Beseitigung des merowingischen Königsgeschlechtes von den Franken zum König erheben ließ. Nachdem dann Karl der Große das fränkische Reich zur germanisch-romanischen Weltmonarchie erweitert hatte, wurde er zu Weihnachten 800 vom Papst Leo III. zum Kaiser gekrönt und als solcher adoriert, ein Ereignis, dem die Auflösung des fränkischen Reiches entkeimte. Die Kaiserwürde, welche die kirchliche Einheit der abendländischen Christenheit zu staatsrechtlichem Ausdruck bringen sollte und daher begrifflich die Unteilbarkeit der Regierungsgewalt voraussetzte, gab den Anlaß zu Neuerungen, welche die dieser Idee widersprechenden Grundsätze der herkömmlichen fränkischen Thronfolgeordnung zu beseitigen oder doch abzuschwächen suchten. Diese Versuche führten die inneren Kämpfe herbei, die unter Ludwig I. und seinen Söhnen das Reich zerrütteten. Sie blieben erfolglos, denn im Vertrage von Verdun (843) wurde das Reich wieder gemäß der altfränkischen Teilungssitte geteilt. Andrerseits haben sie die Kraft des Reiches so sehr geschwächt, daß es trotz vorübergehender Vereinigung der Teilreiche seinen Aufgaben im Inneren und den äußeren Feinden nicht mehr gewachsen blieb und schließlich in fünf kleinere Reiche auseinanderfiel. Eines davon bildeten die rein deutschen Stämme, die sich im November 887 den Karolinger Arnulf zum König setzten. Seit dieser Zeit gab es ein Deutsches Reich.

§ 11. Die wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Grundlagen der Rechtsbildung. Die Berührung mit der römischen Kultur, die Annahme des Christentums, die Erwerbung römischen Gebietes, die Erstarkung der königlichen Gewalt und die Wirkungen der Aufteilung des Ackerlandes brachten tiefgreifende Änderungen in den wirtschaftlichen Verhältnissen des Volkes hervor. Die durchschnittliche Gleichförmigkeit der Grundbesitzverhältnisse verschwand. Eine Landteilung haben die Franken mit den römischen Provinzialen nicht vorgenommen. Durch die Eroberungen wurde zunächst nur der König großer Grundbesitzer, da er die römischen Fiskalgüter an sich zog, allein durch ihn wurden es getreue Franken, die er für geleistete Dienste mit Grund und Boden belohnte. Die Adligen mochten sich vielfach von vornherein, wenigstens bei einzelnen Stämmen, vor den Gemeinfreien durch größeres Besitztum ausgezeichnet haben. Die Kirche, die man in Gallien als Großgrundbesitzer vorfand, setzte sich in dieser Eigenschaft auch in den deutschen Stammlanden fest. Der Gegensatz zwischen dem grundbesitzenden Adel Galliens, den senatorischen Geschlechtern und einem landlosen Proletariat übte schließlich seine Rückwirkung auf die Verhältnisse bei den Germanen. Das Recht der Rodung mußte allmählich zu einer Verschiebung der Besitzstände führen, da nur den Reicheren die Verfügung über eine größere Zahl von Arbeitskräften die Mittel bot, die Gewinnung von Neuland durch Rodung im großen Stile zu betreiben. Wie somit einerseits ein großer Grundbesitz entstand, wurde andererseits der Normalbesitz verringert, da er die auf ihm haftenden öffentlichen Lasten nicht mehr zu ertragen vermochte und vielfach in grundherrliche Abhängigkeit geriet. Die großen Grundkomplexe, die sich auf diese Weise gebildet hatten, schieden aus dem Verbande der freien Dorfschaften und Bauerschaften, häufig auch der Markgenossenschaften aus. Es entstanden besondere grundherrliche Gemeinden, bestehend aus abhängigen Höfen, deren Mittelpunkt der Herrenhof, Fronhof oder Salhof (mansus indominicatus) war, an welchen Abgaben und Dienste geleistet wurden, von welchem die Anordnungen über die Bewirtschaftung ergingen.

Die Ausbildung großen Grundbesitzes wurde aber in ihren wirtschaftlichen Folgen sofort wieder ausgeglichen durch die Entstehung zahlreicher Leiheverhältnisse, welche die unmittelbare Nutzung unter viele einzelne verteilten. Die großen Grundherren gaben

nämlich einen namhaften Teil ihrer Ländereien, zum Teil schon durch den Mangel genügender unfreier Arbeitskräfte hierzu gedrängt, als Leihegut aus. Das Leihegut tritt in zwei Grundformen auf, die auf Jahrhunderte hinaus die agrarischen Verhältnisse Deutschlands beherrschen. Die eine ist das Zinsgut, oftmals ein Leiheverhältnis niederer Ordnung, das sich durch die wirtschaftliche Abhängigkeit von einem Herrenhofe und durch die Art der Zinse und Dienste als solches charakterisiert. Die andere ist das Lehen, ein Leiheverhältnis höherer Ordnung, welches öffentlichrechtlichen Zwecken seine Entstehung verdankt und den Beliehenen nicht zu wirtschaftlichen, sondern zu öffentlichrechtlichen, insbesondere militärischen Diensten heranzieht. Beide Besitzformen wirken zusammen, um durch die Aufteilung der Bodenrente die germanisch-romanische Welt vor den krassen gesellschaftlichen Gegensätzen zu bewahren, wie sie im römischen Reiche zur Zeit seines Verfalles vorhanden waren.

Hand in Hand mit der Umwandlung der Besitzverhältnisse geht eine Zersetzung der bisherigen Ständegliederung. Innerhalb des Kreises der Freien entstehen persönliche Schutz- und dingliche Abhängigkeitsverhältnisse. Schutzbedürftige Freie begeben sich als Mundmannen in die Schutzherrschaft eines Mächtigen, der sie vor Vergewaltigung schützen und im Bedürfnisfall vor Gericht vertreten soll. Sie bezahlen den gewährten Schutz mit fixen Zinsen oder Diensten und gelten infolge solcher Standesvormundschaft nicht mehr für vollfrei. Neben diesem Vogteiverhältnis niederer Ordnung entsteht in der Vasallität ein Schutz- und Dienstverhältnis höherer Ordnung, das zwischen freien Leuten ohne Schmälerung ihrer Standesrechte eingegangen werden kann. Zu einer Minderung der vollen Freiheit führte die Annahme eines wirtschaftlich abhängigen Zinsgutes, wenn, was schließlich als selbstverständliche Folge galt, der im übrigen besitzlose Hintersasse in ein Schutzverhältnis zum Grundherrn gelangte, aus welchem dem Herrn Dritten und der öffentlichen Gewalt gegenüber eine dauernde Haftung für den Hintersassen erwuchs.

Während ein Teil der Freien unter das Niveau der gemeinen Freiheit hinabsank und die Kluft zwischen Freiheit und Unfreiheit ausfüllen half, stieg ein anderer Teil über den Stand der Gemeinfreien empor. Es entwickelten sich nämlich die Ansätze eines neuen Adels, dessen Entstehungsgrund der Königsdienst war. Dieser gab höhere Rechte, zumal höheres Wergeld, mochte er nun durch Übernahme eines königlichen Amtes oder durch Eintritt in die königliche Gefolgsgenossenschaft begründet werden. Mit dem Erblichwerden dieser und analoger Verhältnisse sind alle Merkmale des höheren Standes gegeben. In den Volksrechten der meisten Stämme finden wir einen Geburtsadel, dessen Mitglieder (nobiles, adalingi) ein höheres Wergeld genossen, als die Gemeinfreien (ingenui, liberi). Bei den Franken war der Adel auf das Königsgeschlecht beschränkt. Bei den übrigen Stämmen ist er entweder völlig oder zum Teil in den königlichen Dienstadel aufgegangen.

Der Gegensatz zwischen Freien und Unfreien erlitt auch von unten her eine allmähliche Abstumpfung, indem die Knechte schlechtweg einer beschränkten Rechtsfähigkeit teilhaftig wurden und einzelne Klassen von Knechten eine der Halbfreiheit verwandte Stellung erlangten oder geradezu in den Stand der Halbfreien aufrückten. Eine rechtlich bevorzugte Stellung gewannen die servi casati oder mansionarii, Knechte, die auf einer Hufe des Herrn angesiedelt sind, ohne diese Hufe vom Herrn nicht veräußert werden können und daher zu den Immobilien gezählt werden. Knechte höheren Ranges waren die Ministerialen, vassi, pueri, Unfreie, die in der persönlichen Umgebung des Herrn dienten, insbesondere eines der vier gebräuchlichen Hausämter, des Truchsessen, Kämmerers, Schenken und Marschalls, versahen. Derjenige von ihnen, der zugleich die Oberaufsicht über die Hausverwaltung führte, wurde als Seneschall (maior domus) bezeichnet. Nicht selten pflegten die Herren solche Knechte, die ihre persönliche Umgebung bildeten, zu bewaffnen und aus ihnen eine Schar von Privatsoldaten zu bilden. Die Ministerialen des Königs und die servi casati des Fiskus erlangten das Wergeld und die Stellung der Halbfreien. Allgemeine Vorrechte hatten auch die Knechte der Kirche. Die unterste Stufe der Unfreien bezeichnet der Ausdruck mancipia. Diese konnten wie Fahrnis veräußert werden.

Die rechtlichen Funktionen der Sippe standen jetzt fast allenthalben nicht mehr dem

agnatischen Geschlechtsverbande, sondern der Blutsverwandtschaft überhaupt zu und erfuhren in dieser Zeit der erstarkenden Staatsgewalt eine zunehmende Abschwächung. Die Fehde zum Zweck der Rache wurde zunächst durch das Verbot gewisser Rachetaten und durch die Einengung des ihr ausgesetzten Verwandtenkreises beschränkt, bis endlich die Karolinger die Neuerung anordneten, daß in den Fällen, wo das Volksrecht die Fehde noch erlaubte, die fehdelustigen Parteien von den öffentlichen Beamten zum Sühnevertrag gezwungen werden konnten durch den amtlichen Befehl, die Sühne zu empfangen bezw. zu leisten. Die Haftung der Sippe für das verwirkte Wergeld muß bereits in dieser Periode bei verschiedenen Stämmen, insbesondere bei den Oberdeutschen, verschwunden sein. Der Eid mit Helfern brauchte, von bestimmten Ausnahmefällen abgesehen, nicht mehr mit Blutsverwandten geschworen zu werden. Die Vormundschaft der Sippe wurde durch die Rechte des geborenen Vormundes auf eine obervormundschaftliche Stellung beschränkt, während eine solche auch die Staatsgewalt wenigstens theoretisch in Anspruch nahm. Dem Festhalten des Grundbesitzes innerhalb der Familie setzte die Gesetzgebung im Widerspruch zu den alten Stammesrechten eine beschränkte Veräußerungsfreiheit des Besitzers entgegen. Im Widerstreite mit dem exklusiven Familiengeiste brachte die Kirche mit Hilfe des Staates ein ausgedehntes Verbot der Verwandtschaftsehen in Geltung.

§ 12. **Die Rechtsbildung.** Innerhalb des fränkischen Reiches erhielt sich die Besonderheit des Rechtes nach Nationalitäten und Stämmen. Auch bei den einzelnen Stämmen war das Recht kein einheitliches. So hatten bei den Franken die Salier, die Ribuarier und die Chamaven verschiedenes Recht. Bei den Sachsen war in manchen Beziehungen das Recht der Westfalen ein anderes als das der Ostfalen und Engern. In Friesland wichen die Rechte der Ostfriesen und der Westfriesen vielfach voneinander und von dem mittelfriesischen Rechte ab.

Für die Wechselbeziehungen der Untertanen des fränkischen Reiches entwickelte sich das Prinzip der Persönlichkeit des Rechtes, demzufolge jeder nach der Lex originis, d. h. nach dem Rechte beurteilt wurde, in dem er geboren worden war. Besondere Grundsätze galten für die Entscheidung der Frage, welches Recht maßgebend sei, wenn an einem Rechtsverhältnisse mehrere Personen verschiedenen Geburtsrechtes beteiligt waren. Die Frau erwarb durch die Eheschließung das Stammesrecht, nach dem der Ehemann lebte. Die Kirche wurde nach römischem Rechte beurteilt. In Gegenden mit gemischter Bevölkerung, namentlich in Italien, wurde es Sitte, daß die Parteien vor Gericht und bei Rechtsgeschäften das Recht angaben, nach dem sie lebten, und daß diese Erklärungen in die Gerichts- und Geschäftsurkunden aufgenommen wurden.

Wo die römische Bevölkerung dichter saß, lebte sie nach römischem Rechte. Dieses hat bei ihr eine ähnliche Brechung erfahren, wie das von ihr gesprochene Latein. Bei den römischen Provinzialen entwickelte sich nämlich ein Vulgarrecht, welches, den Zuständen der Zeit angepaßt, sich als eine Fortbildung oder Entartung des reinen römischen Rechtes darstellt. Auch drangen germanische Institutionen in das Recht der römischen Bevölkerung, namentlich in das Familien- und Vertragsrecht ein. Hinwiederum haben schon in fränkischer Zeit die germanischen Stämme, die mit den Römern in engere örtliche Berührung traten, einzelne römische Rechtsanschauungen und Einrichtungen aufgenommen, nicht ohne sie selbständig umzubilden und fortzubilden. Die Sprache der Gesetzgebung und der Urkunden entlehnten sie durchweg den Romanen. Gleichwie diese unter dem Einfluß des Vulgarlateins steht, so diente auch bei der Aufnahme römischen Rechtsstoffes nicht das römische Recht der Rechtssammlungen, sondern das Vulgarrecht der römischen Provinzialen als Anknüpfungspunkt.

Unter den deutschen Stammesrechten hat im fränkischen Reiche, entsprechend der herrschenden Stellung der Franken, das fränkische Recht, und zwar unter den Merowingern das salische, später das ribuarische, die führende Rolle. Abgesehen von den königlichen Satzungen und Verordnungen, welche fränkische Rechtsbegriffe und Einrichtungen außerhalb der fränkischen Stammesgebiete zur Anwendung brachten, wirkte die Rechtsprechung des fränkischen Königsgerichtes uniformierend und machten die zahlreichen Franken, die als

missi, als Grafen oder königliche Gutsverwalter oder als geistliche Würdenträger in den nichtfränkischen Reichsteilen tätig waren, bewußt oder unbewußt ihren Einfluß zugunsten des fränkischen Rechtes geltend. Trotz der Anfänge einer auf vorwiegend fränkischer Grundlage sich ausbildenden Rechtseinheit ist es jedoch der Rechtsentwicklung innerhalb des fränkischen Reiches mit nichten gelungen, den Gegensatz der Stammesrechte zu überwinden.

Die Fortbildung des Rechtes erfolgt zum Teil als eine gewohnheitsrechtliche, zum Teil im Wege der Satzung. Das Recht, das der Teilnahme des Volkes an der Rechtsprechung und Rechtssatzung seine Entstehung verdankt, nennen wir Volksrecht. Das Königtum übte nicht nur das Recht der Mitwirkung an der volksrechtlichen Satzung, die nicht selten aus der Initiative des Königs hervorging und in seinem Namen erfolgte, sondern der König wurde auch zu einem selbständigen Faktor der Rechtsbildung. Im Wege der Verwaltungspraxis und königlichen Verordnung setzten sich neue Rechtssätze und Rechtseinrichtungen durch, die in den Volksgerichten mit Hilfe der richterlichen Amtsgewalt zur Anwendung gebracht wurden. In der jüngeren rechtsgeschichtlichen Literatur pflegt man diese Neuerungen, weil sie in der Amtsgewalt des Königs und seines Beamtentums ihren Ausgangspunkt haben, zur Unterscheidung vom Volksrechte als Königsrecht zusammenzufassen. Zum Teil ergänzen sie das Volksrecht, zum Teil widerstreiten sie ihm, zum Teil treten sie zunächst in Konkurrenz mit entsprechenden Einrichtungen des alten Volksrechtes, um sie schließlich zu verdrängen. Vielfach ist das Königsrecht im Laufe der Zeit kraft Gewohnheitsrecht oder Satzung in das Volksrecht übergegangen. Am weitesten gedieh die Entwicklung des Königsrechtes im Königsgerichte, wo durch die außerordentliche Gerichtsgewalt des Königs eine Anzahl von Institutionen geschaffen wurde, die den Volksgerichten als solchen versagt blieben.

§ 13. Die Rechtsdenkmäler. Reichlich fließt in dieser Periode die Quelle des geschriebenen Rechtes. Allenthalben erweckten die neuen Lebensverhältnisse das Bedürfnis, neues Recht zu setzen und das bestehende Gewohnheitsrecht aufzuzeichnen. Den entscheidenden Anlaß zur schriftlichen Fixierung des Rechtes gab die Einwirkung der christlich-römischen Kultur. Darum setzt auch bei den Stämmen, die zuerst mit ihr in dauernde Berührung traten, die Aufzeichnung des Rechtes am frühesten ein. Unter den Rechtsquellen dieser Zeit sind zu unterscheiden: die Leges, auch Leges barbarorum, von den Neueren Volksrechte genannt, die Verordnungen der fränkischen Könige und Hausmeier, die Formelsammlungen und Urkunden.

1. Die Leges sind bestimmt, das Stammesrecht in sich aufzunehmen. Zum Teil stellen sie sich als Satzungen, zum Teil als Ergebnis von Rechtsweisungen über geltendes Gewohnheitsrecht dar. Die Satzung und Fixierung des Rechtes geht entweder vom Volke aus oder sie geschieht doch, wo nicht wie bei gewaltsam unterworfenen Stämmen Ausnahmeverhältnisse vorliegen, unter Beteiligung des Volkes. Denn der König ist an sich nicht befugt, das Recht des Stammes einseitig zu ändern. Doch wächst mit der steigenden Gewalt des Königtums der Anteil, den es an der Satzung und Aufzeichnung der sogen. Volksrechte nimmt. Der Inhalt der Leges ist zum großen Teil strafrechtlicher und prozeßrechtlicher Natur; einen Hauptbestandteil bilden die Bußbestimmungen. Übrigens wollen die Volksrechte den Rechtszustand nicht in erschöpfender Weise darstellen, sie setzen einen großen Teil des geltenden Rechtes als bekannt voraus und beschränken sich auf jene Rechtssätze, zu deren Fixierung ein besonderer Anlaß vorlag. Bei den meisten Stämmen hat der Inhalt der ursprünglich abgefaßten Lex hinterher durch neue Satzungen Zusätze erhalten, Änderungen erlitten.

Von den deutschen Volksrechten kommt als das älteste und altertümlichste das der salischen Franken, die Lex Salica, in Betracht. Nach den Prologen zum salischen Volksrechte hat bei den salischen Franken eine Satzung und Aufzeichnung des Rechtes bereits in der Zeit vor Chlodowech stattgefunden. Allein die aus den ältesten vorhandenen Texten ersichtliche Grundgestalt kann die Lex erst erhalten haben zu einer Zeit, da die Franken zum Teil schon christianisiert waren, so daß Christentum und Heidentum, die in den Rechtssätzen gleichmäßig ignoriert werden, sich in der Masse des Volks noch gegenseitig

die Wagschale hielten, da das fränkische Reich sich bereits unter der Herrschaft eines Königs befand und mit dem Reiche der Westgoten grenzte, und nachdem kurz vorher eine Münzreform stattgefunden hatte, kraft deren 40 Denare auf einen Solidus gingen, Anhaltspunkte, welche die Zeit vor Chlodowech ausschließen, unter dem sie wegen ihres sonstigen altertümlichen Inhaltes noch zum Abschluß gelangt sein muß. Einzelnen Stellen und Rechtssätzen der Lex liegt die Benutzung der Gesetze des Westgotenkönigs Eurich zu Grunde. Die älteren Texte enthalten die sogen. malbergischen Glossen, Einschiebsel von altfränkischen Wörtern, die dem lateinischen Texte der Lex nachträglich eingefügt wurden, um ihn durch Ausdrücke zu erläutern, wie sie bei Gericht (in mallobergo) üblich waren. Der Inhalt der Lex wurde, abgesehen von der gewohnheitsrechtlichen Umbildung des altsalischen Rechts, vielfach durch neuere Satzungen verändert. Jedoch wurde der Text des Volksrechts nach Chlodowech weder offiziell umgearbeitet, noch wurden die Novellen damit irgendwie amtlich in Verbindung gebracht. Es wurde vielmehr den Abschreibern überlassen, sie der Lex beliebig ein- oder anzufügen, so daß die Handschriften sehr schwankende und abweichende Formen aufweisen.

Die Lex Ribuaria, das Volksrecht der ribuarischen Franken, ist nur in einer Textform überliefert, welche in karolingischer Zeit, wahrscheinlich noch im achten Jahrhundert, jedenfalls vor 803, entstand. Die Abfassung der Lex, die aus mehreren ungleichartigen Bestandteilen zusammengesetzt ist, reicht aber in die merowingische Zeit zurück. Sie ist mit Benutzung der Lex Salica ausgearbeitet worden. Ein ältester Bestandteil kennzeichnet sich durch sein altribuarisches Bußsystem, ein zweiter stellt sich als systematische Umarbeitung des salischen Volksrechtes dar, welche die den Ribuariern fremden Rechtsinstitute und die bereits veralteten Titel der Vorlage absichtlich überging. Ein dritter Teil sowie ein in den zweiten eingeschobenes Königsgesetz scheinen unter Dagobert I. (628—639) entstanden zu sein, während die ersten zwei Bestandteile noch dem sechsten Jahrhundert angehören dürften. — Ein Sonderrecht, das in Einzelnheiten vom ribuarischen abwich, besaßen die chamavischen Franken, die das nach ihnen benannte, am Niederrhein und an der Yssel gelegene Hamaland und etliche benachbarte Gaue bewohnten. Gegen Ende des achten oder Anfang des neunten Jahrhunderts, vermutlich in den Jahren 802/3, wurde über das chamavische Sonderrecht ein Weistum aufgenommen. Die Aufzeichnung dieses Weistums ist die Ewa Chamavorum, die 48 knappgefaßte Kapitel enthält.

Die älteste Aufzeichnung des Volksrechtes der Alamannen ist der sogenannte Pactus, von dem uns nur fünf Fragmente überliefert sind, eine Satzung, die spezifisch salfränkische Rechtsausdrücke anwendet und wahrscheinlich unter Dagobert I. entstanden ist.

Eine umfassendere und besser geordnete Satzung erhielt der Stamm der Alamannen durch die Lex Alamannorum, die unter Herzog Lantfrid von Schwaben († 730) auf einer alamannischen Stammesversammlung, wahrscheinlich 717—719 (in der Regierungszeit des fränkischen Königs Chlothar IV.) zustande kam.

Das bayrische Volksrecht, die Lex Baiuwariorum, wurde wahrscheinlich unter dem Bayernherzog Odilo 743—748 nach dem Vorbilde der Lex Alamannorum und mit starker Benutzung jener Gesetze des Westgotenkönigs Eurich abgefaßt, die in den von den Westgoten nach der Niederlage Alarichs II. aufgegebenen Gebieten Galliens in Geltung geblieben waren. Eine Anzahl von Rechtssätzen geht auf ein vermutlich unter Dagobert I. entstandenes Königsgesetz kirchen- und amtsrechtlichen Inhalts zurück, das für eine Mehrheit fränkischer Herzogtümer bestimmt war und auch bei Abfassung der Lex Alamannorum benutzt worden ist.

Für den Stamm der Sachsen sind uns aus der Zeit Karls des Großen mehrere Satzungen erhalten. Vermutlich im Jahre 782 erließ Karl der Große für die damals unterworfenen sächsischen Gebiete die Capitulatio de partibus Saxoniae, gewissermaßen ein Standrechtsgesetz, das die Herrschaft der Franken und des Christentums durch grausame Strafen sicherzustellen suchte. Minder streng ist das Capitulare Saxonicum, hervorgegangen aus den Beschlüssen einer im Jahre 797 unter Beteiligung von Sachsen zu Aachen abgehaltenen Reichsversammlung. Später als dieses Kapitular, wahrscheinlich im Anschluß an einen Aachener Reichstag von 802 und 803, auf welchem Karl der Große

für die Aufzeichnung und Ergänzung der Stammesrechte tätig war, wurde die Lex Saxonum abgefaßt. Man benutzte dabei die Lex Ribuaria unter Berücksichtigung einer Ergänzung, die diese durch ein vom Jahre 803 datiertes Kapitular erhalten hatte.

Ungefähr gleichzeitig entstand die Lex Angliorum et Werinorum hoc est Thuringorum, eine Satzung für die in Thüringen seßhaften Stämme der Angeln, die im Gebiete der Unstrut wohnten (pagus Engleheim) und der Warnen, ihrer östlichen Nachbarn (Werenofeld). Sie lehnt sich an die Lex Ribuaria an und benutzt stellenweise auch die Lex Saxonum.

Nicht als eine Lex, sondern als eine Privatkompilation von Rechtsquellen verschiedener Entstehungszeit und verschiedenartigen Charakters stellt sich die sogen. Lex Frisionum dar. Sie enthält einerseits Rechtssätze, welche die Durchführung des Christentums, andrerseits solche, welche die örtliche Fortdauer des Heidentums voraussetzen. Den Kern der sog. Lex bildet eine kompilierende Aufzeichnung über das Recht der Mittelfriesen (zwischen dem Flie, dem Ausfluß der Zuidersee, und der Laveke), welche volksrechtliche Satzungen und königliche Strafgesetze des achten Jahrhunderts und Privatarbeiten in sich aufnahm und unter Karl dem Großen, vielleicht als Vorarbeit für eine aus unbekannten Gründen unterbliebene amtliche Redaktion, entstanden sein dürfte. Aus jüngerer, aber gleichfalls noch aus fränkischer Zeit stammt die sogen. Additio sapientum, eine Sammlung von Weistümern über friesisches Recht, die von zwei Rechtsgelehrten namens Wulemar und Saxmund herrühren. Sowohl in die Lex als in die Additio wurden Zusätze über das Sonderrecht der Westfriesen (vom Flie bis zum Sinkfal nördlich von Brügge) und der Ostfriesen (von der Laveke bis zur Weser) eingeschoben.

2. Die Kapitularien. Die königlichen Satzungen der merowingischen Zeit führen die Bezeichnungen edictum, praeceptio, decretum, decretio, auctoritas. In karolingischer Zeit wird dafür der Ausdruck capitulare technische Benennung. Capitulum hieß der einzelne Abschnitt der Satzungsurkunde. Die Gesamtheit der gleichzeitig entstandenen und beurkundeten Kapitel wurde als capitulare oder capitula bezeichnet. Die Form der Beurkundung ist der bei den kirchlichen Konzilien üblichen verwandt. Je nachdem sie geistliche oder weltliche Angelegenheiten behandeln, zerfallen die Kapitularien in Capitula ecclesiastica und Capitula mundana. Doch gibt es auch solche, die man als Capitula mixta bezeichnen könnte, d. h. solche, die sowohl weltliche als auch kirchliche Materien regeln. Aus der Masse der Capitula mundana heben sich drei typische Arten von Kapitularien hervor: 1. Die Capitula legibus addenda, die gleich dem Volksrechte gesetzliche Kraft haben sollen. Sie schaffen Stammesrecht, also persönliches Recht der Stammesgenossen eines einzelnen Stammes oder ein den Angehörigen der verschiedenen Stämme gemeinsames Recht, je nachdem sie einer bestimmten einzelnen Lex oder allen Leges hinzugefügt werden sollen. Wo, wie bei den Franken, die Rechtsprechung Sache der Gerichtsgemeinden war, bedurften die Capitula legibus addenda grundsätzlich der Zustimmung des Volkes, als deren Ersatz man wohl auch den Konsens der auf dem Reichstag versammelten Menge gelten ließ. 2. Die Capitula per se scribenda, eigentliche Verordnungen, die territoriales Reichs- oder Landesrecht schaffen. Der König beriet sie regelmäßig mit den Großen des Reiches, deren Konsens seit Ludwig I. mehr und mehr ins Gewicht fiel. 3. Die Capitula missorum, Kapitularien, die an die königlichen Missi gerichtet sind. Sie wurden ihnen gewöhnlich bei der Absendung in ihre missatischen Sprengel mitgegeben, entweder um ihnen als Instruktionen für ihre Amtstätigkeit zu dienen, oder um von ihnen zur allgemeinen Beachtung verkündigt zu werden. In der Zeit, da die wichtigsten königlichen Rechte auf die Hausmeier übergegangen waren, haben auch diese Kapitularien erlassen.

Amtliche Sammlungen der Kapitularien wurden nicht veranstaltet. Eine Privatsammlung von Kapitularien Karls des Großen und Ludwigs I. verfaßte mit Voranstellung der geistlichen Kapitularien, im übrigen nach chronologischer Anordnung der Abt Ansegisus von Fontanella (S. Wandrille, Diözese Rouen) im Jahre 827, eine Arbeit, die binnen kurzer Zeit das Ansehen einer amtlichen Sammlung erwarb. Für eine Ergänzung des Ansegisus gibt sich eine in Westfranzien um die Mitte des neunten Jahrhunders ver-

fertigte Sammlung angeblicher Kapitularien aus, deren Verfasser sich als Levite Benedikt von Mainz einführt. Das Werk ist zum größten Teile eine in kirchlichem Interesse unternommene Fälschung. In Italien wurde gegen Ende des zehnten Jahrhunderts eine Sammlung der daselbst zur Geltung gelangten Kapitularien veranstaltet, die man Capitulare schlechtweg oder Capitulare Langobardorum nannte.

3. Die Formelsammlungen und Urkunden. Um Formulare für die Abfassung von Urkunden darzubieten, wurden im fränkischen Reiche zahlreiche Formelsammlungen abgefaßt, juristische Privatarbeiten, die das Urkundenwesen, wie sich an einzelnen Beispielen nachweisen läßt, mitunter auf Jahrhunderte hinaus beherrschten. Unter ihnen seien als die wichtigsten hervorgehoben: 1. Die formulae Andecavenses, vermutlich das Formelbuch eines Schreibers der städtischen Kurie oder eines Gerichtsschreibers der Stadt Angers, aus dem Anfang des siebenten Jahrhunderts. 2. Die formulae Marculfi, von einem Mönche Markulf abgefaßt und einem Bischof Landerich gewidmet, der von manchen als Bischof von Paris, von anderen als Bischof von Meaux betrachtet wird. Die Sammlung, deren Entstehungszeit in die zweite Hälfte des siebenten Jahrhunderts fällt, bietet in einem ersten Buche Muster für cartae regales, in einem zweiten Formulare für Privatkunden, cartae pagenses. 3. Die formulae Turonenses, jünger als Markulf, aber noch der merowingischen Zeit angehörig, in Tours vermutlich um die Mitte des achten Jahrhunderts verfaßt. 4. Die formulae Senonenses, unpassend auch Appendix Marculfi genannt, wahrscheinlich das Formelbuch eines Schreibers des Grafen von Sens. Der Grundstock der Sammlung entstand in den Jahren 768 bis 775. 5. Die formulae Bignonianae, auf salischem Rechtsgebiete vor 775 entstanden. 6. Eine westfränkische Formelsammlung, welche Merkel zuerst herausgegeben hat, erst in karolingischer Zeit in einer Gegend mit dichter salischer Bevölkerung abgefaßt, aber doch schon um 775 durch einen Nachtrag aus den Bignonschen Formeln ergänzt und später mit weiteren Zusätzen versehen. 7. Die formulae Salicae Lindenbrogianae, eine zuerst von Lindenbruch veröffentlichte Sammlung, die auf altsalischem Boden, vermutlich in den Gebieten an der Maas und Schelde, gegen Ausgang des achten Jahrhunderts entstand. 8. Die formulae imperiales, Formeln für Kaiserurkunden, um 830 in der Kanzlei Ludwigs I. zusammengestellt. 9. Das sogen. Formelbuch des Bischofs Salomo III. von Konstanz, das der Mönch Notker der Stammler gegen Ende des neunten Jahrhunderts in Sankt Gallen zusammenschrieb.

Das germanische Urkundenwesen ist aus dem spätrömischen Urkundenwesen hervorgegangen, hat aber im Laufe seiner selbständigen Weiterentwicklung tiefgreifende Umgestaltungen erfahren. Die Urkunden scheiden sich in Königsurkunden und Privaturkunden. Nur die Königsurkunden, von denen die diplomata, capitularia, placita und indiculi als Rechtsdenkmäler am meisten ins Gewicht fallen, sind öffentliche, d. h. an sich beweiskräftige, weil unanfechtbare Urkunden. Im Gegensatz zu den Privaturkunden können sie der Zeugen entbehren, eine Eigenschaft, welche die langobardische Geschichtsurkunde mit ihnen teilt. Die Privaturkunden zerfallen in cartae und notitiae. Die carta ist konstitutive Urkunde, Geschäftsurkunde. Durch sie soll das Rechtsgeschäft, das sie beurkundet, nicht bloß bewiesen, sondern abgeschlossen werden. Sie wird von dem Vertragsgegner des Destinatärs der Urkunde, d. h. desjenigen, der sie erhalten soll, ausgestellt. Die Form des mittels carta abzuschließenden Rechtsgeschäftes bildet der Urkundungsakt, welchem die traditio cartae, die Begebung der (noch unvollständigen) Urkunde aus der Hand des Ausstellers in die Hand des Destinatärs, wesentlich ist. Bei der Übergabe werden von dem Aussteller mündliche Erklärungen über das abzuschließende Rechtsgeschäft abgegeben, denen der Text der Urkunde in dem die rechtliche Disposition enthaltenden Teile entspricht. Nach der Begebung der carta nehmen die Zeugen die firmatio, roboratio, stipulatio, die Handfestung vor, darin bestehend, daß sie die Urkunde entweder berühren (cartam tangere) oder signieren oder unterschreiben. Die Unterzeichnung durch den Aussteller ist üblich, aber nicht wesentlich. Schließlich vollzieht der Schreiber die Urkunde durch seine Unterschrift. Eine besondere Form der Urkundentradition bestand bei den Franken, Alamannen und anderen Stämmen. Hier pflegte nämlich der Aussteller die

carta von der Erde aufzunehmen (cartam levare; vgl. finem levare im englischen Rechte, Protest levieren im Wechselrechte), um sie dann dem Destinatär darzureichen. Die notitia ist schlichte Beweisurkunde, d. h. sie hat nur die Aufgabe, als Beweismittel zu dienen, und ist daher im Tone eines Referates gehalten. Sie beurkundet entweder gerichtliche Handlungen oder außergerichtliche Rechtsgeschäfte. Letzterenfalls ist das Rechtsgeschäft nicht etwa mittels der Urkunde, sondern unabhängig von ihr zustande gekommen. Aussteller der notitia kann der Destinatär selbst sein. Die Zeugen der notitia sind nicht Zeugen des Urkundungsaktes, sondern des Rechtsgeschäftes, das vor der Beurkundung zum Abschluß gelangt war. Eine firmatio testium ist hier nicht erforderlich. Es genügt, daß die notitia die Gegenwart der Zeugen zu einem Bestandteile des Berichtes macht, den sie über die beurkundete Handlung erstattet.

Lex Salica. Pardessus, Loi Salique 1843. Waitz, Das alte Recht der salischen Franken 1846 (bietet den Text auf Grund der vier Handschriften der ersten Familie) mit einem Anhang von Müllenhoff über die deutschen Wörter der L. Salica. Merkel, Lex Salica 1850 mit einer Vorrede von J. Grimm. Lex Salica hrsg. von Behrend, 2. Aufl. 1897. Lex Salica zum akademischen Gebrauch hrsg. und erläutert von Heinrich Geffcken 1898. Die auf umfassendster Handschriftenvergleichung beruhende Ausgabe ist Hessels, Lex Salica: the ten texts with the glosses and the lex emendata synoptisch mit Erläuterungen über die fränkischen Wörter der Lex v. H. Kern, London 1880. Acht einzelne Handschriften druckte in sechs Heften ab Alfred Holder, Lex Salica 1879/80. Van Helten, Zu den Malbergischen Glossen in den Beiträgen zur Geschichte der deutschen Sprache, XXV, 225 ff.

Lex Ribuaria. Sohm in den Mon. Germ. Leges V und davon ein Textabdruck in 8° 1888. Synoptisch mit der Lex Salica bei Laspeyres, Lex Salica 1833.

Lex Francorum Chamavorum. Ausg. Sohm in den Mon. Germ. Leges V und in der Textausgabe der Lex Ribuaria.

Leges Alamannorum. Merkel in den Mon. Germ. Leges III und neuerdings in der Quartausgabe der Leges V 1 von Karl Lehmann.

Lex Baiuwariorum. Merkel in den Mon. Germ. Leges III.

Lex Thuringorum. Karl Fr. v. Richthofen in den Mon. Germ. LL. V.

Lex Saxonum. Karl Fr. v. Richthofen in den Mon. Germ. LL. V.

Lex Frisionum. Karl Fr. v. Richthofen in den Mon. Germ. LL. III. Einen Abdruck in 8° ließ die societas frisiaca 1866 besorgen. Patetta, La Lex Frisionum, Studii sulla sua origine e sulla critica del testo 1892 (Memorie della reale Accad. delle scienze di Torino, Serie II, tom. 43) mit einem kritischen Abdruck des Textes S. 70—90.

Ausgaben der **Kapitularien** und ihrer Sammlungen: Baluze, Capitularia regum Francorum 1677 und Pertz in den Mon. Germ. LL. I. II. Mit Rücksicht auf die Unzulänglichkeit dieser Ausgaben wurden die Kapitularien in den Mon. Germ. aufs neue ediert als Legum sectio II, Capitularia regum Francorum I 1883 (bis 827) ed. Boretius, II 1897 ed. Boretius et Krause mit einem umfangreichen Sachregister.

Formelsammlungen und **Urkunden.** Eine Ausgabe der einzelnen Formelsammlungen in Mon. Germ. LL. sectio V: Formulae Merowingici et Karolini aevi ed. Zeumer 1886. Eine systematisch angelegte Sammlung der Formeln bietet: Rozière, Recueil général des formules usitées dans l'empire des Francs 3 vols. 1859—1871. Die merowing. Königsurkunden sind in nicht tadelfreier Ausgabe abgedruckt bei K. Pertz, Mon. Germ. hist. Dipl. I 1872. Königs- und Privaturkunden der merowing. Zeit bei Pardessus, Diplomata . . . ad res Gallo-Francicas spectantia prius collecta a De Bréquigny 2 vol. 1843. Die karoling. Königsurkunden verzeichnen Mühlbacher-Böhmer, Die Regesten des Kaiserreichs unter den Karolingern 1889, in 2. Aufl. seit 1899.

§ 14. (Fortsetzung.) Als ein Teil der Westgoten, als Burgunder und Langobarden unter fränkische Herrschaft kamen, blieb ihnen ihr nationales Recht.

Im westgotischen Reiche war die Gesetzgebung für Goten und Römer ursprünglich eine getrennte, später eine gemeinsame. Die Goten erhielten ein Gesetzbuch schon von König Eurich (466—484). Es entstand wahrscheinlich um das Jahr 475 und sollte nicht bloß für Streitigkeiten zwischen Goten, sondern auch für solche zwischen Goten und Römern gelten. Leider ist es uns nur fragmentarisch überliefert. Eurichs Gesetzbuch war bahnbrechend in der Geschichte der germanischen Gesetzgebung. Es ist nicht nur das älteste Gesetzbuch der germanischen Welt, sondern wurde in den meisten übrigen Volksrechten der merowingischen Zeit benutzt, so insbesondere im salischen, im burgundischen, im langobardischen, namentlich aber im bayrischen Volksrechte.

Der Westgotenkönig Leovigild († 586) nahm eine Revision der Leges Eurici vor im Sinne einer Ausgleichung der zwischen Goten und Römern bestehenden Gegensätze.

Zahlreiche und umfassende Reformgesetze, die sowohl für die Goten, als auch für die Römer gelten sollten, erließ König Chindasvind (641—652). Sein Mitregent und Nachfolger Reccessvind (649—672) stellte (nicht vor 654) aus den Gesetzen seiner Vorfahren und aus seinen eigenen als Gesetzbuch für Goten und Römer einen systematisch geordneten Liber iudiciorum, die Lex Visigothorum Reccessvindiana, her. Die aus dem Codex Leovigilds herübergenommenen Gesetze tragen darin die Überschrift Antiqua. Die jüngeren haben nach dem Vorbilde der römischen Konstitutionensammlungen den Namen des Gesetzgebers als Inskription an der Spitze. Eine neue Redaktion, die einen großen Teil der älteren Gesetze durch Zusätze veränderte, veröffentlichte König Ervig 681 (Lex Visigothorum Ervigiana). Sein Nachfolger Egica (687—701) erließ zwar eine Anzahl von Novellen, hat aber keine neue Ausgabe der Lex Visigothorum veranstaltet. Ebensowenig dessen Sohn Wittiza, dem ein vereinzeltes in die Lex aufgenommenes Gesetz zugeschrieben wird. Eine Textform der Ervigiana, welche die jüngeren Novellen hinzugefügt hatte, erlangte die Bedeutung einer Lex Visigothorum vulgata.

Das Gesetzbuch der Burgunder, die Lex Burgundionum, eine amtliche Sammlung burgundischer Königsgesetze, ist zum größten Teile das Werk des Königs Gundobad (474—516), nach dem sie auch als Lex Gundobada bezeichnet wird. König Gundobad ließ nämlich vor 501 aus den Gesetzen seiner Vorfahren und aus seinen eigenen einen Liber constitutionum herstellen, der für Rechtshändel nicht nur zwischen Burgundern, sondern auch zwischen Burgundern und Römern gelten sollte. Schon früh zeigte sich das Bedürfnis nach Novellen. Solche wurden noch von Gundobad selbst, dann von seinen Nachfolgern Sigismund und Godomar erlassen und der Lex an passenden Stellen amtlich eingefügt oder angefügt.

Die hervorragendste Schöpfung auf dem Gebiete der germanischen Gesetzgebung stellen in der Zeit der Volksrechte die Quellen des langobardischen Rechtes dar. Dieses wurde zuerst unter König Rothari, nicht ohne Verwertung römischer und westgotischer Quellen, aufgezeichnet und 643 unter dem Namen Edictus publiziert. Unter dessen Nachfolgern kamen Zusätze von Grimoald, die umfassende Gesetzgebung Liutprands und einige Gesetze der Könige Ratchis und Aistulf hinzu. Aus dem Edictus Langobardorum wurde 829— 832 für den Gebrauch des Herzogs und Markgrafen Eberhard von Friaul ein Rechtsbuch verfertigt, welches die denselben Gegenstand betreffenden Gesetze der einzelnen Könige zusammenstellt und sich deshalb Concordia de singulis causis nennt. Auf Grund des Edikts, der Kapitularien und späteren Königsgesetze entwickelte sich in Italien eine rege juristische Tätigkeit, die in der Rechtsschule zu Pavia ihren Ausgangspunkt hatte. Mit dem Edikte wurde das Capitulare Langobardorum zu einem Ganzen, dem Liber legis Langobardorum (Liber Papiensis), verbunden. Zwischen 1019 und 1037 entstand für Schulzwecke eine Sammlung, die dem Gesetztexte Glossen und Gerichtsformeln beifügte. Für den Gerichtsgebrauch wurde bald nach 1070 ein reichhaltiger Kommentar (Expositio) zum Liber Papiensis verfaßt. Eine neue Form erhielt das Rechtsbuch als sogen. Lombarda vor 1100, welche den Rechtsstoff systematisch ordnete, gleichfalls glossiert und im zwölften Jahrhundert kommentiert wurde. Von den sonstigen Quellen des langobardischen Rechtes ist das Cartularium Langobardicum hervorzuheben, eine im elften Jahrhundert entstandene Sammlung von Formeln, wie sie bei der traditio cartae vom Aussteller oder dessen Vorsprecher gesprochen wurden und von mündlichen Erklärungen, die der Abfassung gerichtlicher notitiae vorausgingen.

Leges Visigothorum. Eine kritische Ausgabe der westgotischen Gesetze, die K. Zeumer für die Mon. Germ. hist. veranstaltet, befindet sich im Druck. In der Oktavausgabe (Fontes iuris germanici antiqui in usum scholarum ex Mon. Germ. hist. separatim editi) liegen vor die Leges Eurici und die Lex Reccessvindiana als Leges Visigothorum antiquiores ed. Zeumer 1894. Die zur Zeit zugänglichste Ausgabe der Lex Visig. vulgata ist die bei Walter, Corp. iur. germ. I.

Lex Burgundionum. Ausg. von Bluhme in den Mon. Germ. LL. III 525, besser von R. von Salis in der Quartserie der Leges, Sectio I, tomus 2, 1892. Einen genauen Abdruck einzelner Handschriften gab Valentin-Smith, La Loi Gombette 1889 f.

Edictus Langobardorum. Ausg. von Bluhme in den Mon. Germ. LL. IV, als Schulausgabe in 8° u. d. T. Edictus ceteraeque Langobardorum leges 1869. Liber legis Langob.

Papiensis dictus, hrsg. von Boretius a. a. O. Concordia und Lombardae rubricae, hrsg. von Bluhme a. a. O. Baudi a Vesme, Edicta regum Langob. 1855 (in den Monum. hist. patriae), abgedruckt von Reigebaur 1855. Die Lombarda-Commentare, hrsg. von Anschütz 1855. Summa Legis Longobardorum, Longobard. Rechtsbuch aus dem 12. Jahrh., hrsg. von Anschütz 1870. Das Cartularium Langobard. hat Boretius in Mon. Germ. LL. IV 595 ff. ediert. Padeletti, Fontes iuris italici medii aevi 1877.

§ 15. (Fortsetzung). Auch das römische Recht, nach dem die Romanen und die Kirche lebten, hat eine Reihe von Rechtsquellen aufzuweisen, die in den germanischen Staaten entstanden sind. Während die germanischen Leges dem Mangel geschriebenen Rechtes abhelfen sollten, haben die römischen Rechtsquellen der germanischen Reiche den Grund ihrer Entstehung in dem Übermaß des überlieferten geschriebenen Rechts, das die Rechtspraxis nicht mehr zu bewältigen vermochte. Da man die geistige Beherrschung der römischen Rechtsquellen verlernt hatte, ergab sich das Bedürfnis nach sichtenden und epitomierenden Rechtssammlungen. Für die Römer des Westgotenreiches ließ Alarich II. 506 das römische Recht in der Lex Romana Visigothorum (Breviariam Alaricianum) zusammenstellen, indem er zugleich die Anwendung jeder anderen römischen Rechtsquelle verbot. Die Lex enthält eine Auswahl von Konstitutionen des Theodosianus, posttheodosianische Novellen (bis 463), den sogen. Liber Gaii, die Sententiae des Paulus, Konstitutionen aus dem Codex Gregorianus und Hermogenianus und eine Stelle aus den Responsen Papinians. Das Ganze ist mit Ausnahme des Gaius von einer fortlaufenden Glosse, interpretatio, begleitet. Im Westgotenreiche hob Recceswind die Geltung der Lex Romana Visigothorum auf. Allein sie blieb bei der römischen Bevölkerung des fränkischen Reiches in lebhaftem Gebrauch. Als ein Auszug daraus stellt sich die in Churrätien wohl bereits vor Ausgang des achten Jahrhunderts vorhandene Lex Romana Curiensis dar, eine bedeutsame Quelle für die Kenntnis des römischen Vulgarrechts, die zugleich einen weitgehenden Einfluß deutscher Rechtssitte auf das Recht der romanischen Bevölkerung zum Ausdruck bringt.

In Burgund entstand unter König Gundobad vor 506 für die römischen Provinzialen die Lex Romana Burgundionum, als ein Seitenstück zur Lex Gundobada. Sie wurde in der Art ausgearbeitet, daß man zur Gundobada passende Parallelstellen aus den römischen Rechtsquellen zusammenstellte. Da die Lex Romana Burgundionum die Anwendung der übrigen römischen Rechtsquellen nicht ausschloß, so kam in Burgund die Lex Romana Visigothorum in so vorwiegenden Gebrauch, daß sie jene schließlich verdrängte.

Im ostgotischen Reiche war die Gesetzgebung für die germanische und für die römische Bevölkerung von vornherein eine gemeinsame. Die Gesetze der ostgotischen Könige nannten sich Edikte, nicht Leges, da sich die Ostgotenkönige zwar das ius edicendi beilegten, wie es die römischen Magistrate besaßen, aber die kaiserliche Gesetzgebung noch als ein Reservatrecht der oströmischen Kaiser betrachteten. Nur auf römischen Rechtsquellen beruht ein aus 155 kurzgefaßten Kapiteln bestehendes Edikt, das König Theoderich vor 507 ausarbeiten ließ. Für die Ostgoten galt daneben gotisches Gewohnheitsrecht, das sich als Personalrecht von Überresten ostgotischer Bevölkerung noch gegen Ende der langobardischen Zeit nachweisen läßt. Nach der Zertrümmerung des ostgotischen Reiches geriet die ostgotische Gesetzgebung in Vergessenheit, und brachte die oströmische Herrschaft die Rechtsbücher Justinians zur Geltung, welche in Italien auch nach der Einwanderung der Langobarden in Kraft blieben.

Lex Romana Visigothorum, hrsg. von Hänel 1849. Lex Romana Raetica Curiensis ed. K. Zeumer in Mon. Germ. LL. V. Ebenda die Capitula Remedii.

Lex Romana Burgundionum, hrsg. von Bluhme in Mon. Germ. LL. III, von R. v. Salis in der Quartausgabe der Leges.

Edictum Theoderici, hrsg. von Bluhme in den Mon. Germ. LL. V.

II. Das Staatsrecht.

§ 16. **Das Königtum.** Das germanische Volkskönigtum machte im fränkischen Reiche einem Königtum anderer Auffassung Platz, das durch die von ihm ausgehenden

Eroberungen seine Macht derart erhöhte, daß es die Fülle der Staatsgewalt in sich vereinigte. In der gallorömischen Bevölkerung gewann es eine Klasse von Untertanen, die ein unbeschränktes Imperium gewohnt waren. Nicht zum wenigsten hat das Königtum seine Stellung dadurch befestigt, daß es die in den romanischen Gebieten bestehenden römischen Einrichtungen zur Verstärkung der Staatsgewalt verwertete, daß es den mächtigen Einfluß der katholischen Kirche in seinen Dienst zog, und daß das gewaltig angewachsene Krongut die Mittel lieferte, um die königliche Gefolgschaft und das königliche Beamtentum zu vermehren und umfassende Landschenkungen vorzunehmen. Der übermäßigen Steigerung im sechsten folgte im siebenten Jahrhundert eine dauernde Schwächung der königlichen Gewalt, so daß es den Inhabern des Hausmeieramtes möglich wurde, die königlichen Befugnisse an sich zu ziehen. Diese Einbuße wurde aber dadurch wieder ausgeglichen, daß der letzte Hausmeier die ursprünglich königlichen, nunmehr hausmeierlichen Rechte wieder an das Königtum brachte, indem er sich von den Franken zum König erheben ließ. Die Karolinger haben zunächst durch die Ausdehnung und Fortbildung der Keime des Lehnwesens und durch die planmäßige Verquickung von Kirche und Staat eine Stärkung der königlichen Gewalt in die Wege geleitet. Aber dank den Geistern, die sie gerufen und nicht auf die Dauer zu lenken vermochte, verfiel die Reichsgewalt seit Ludwig I. einem unaufhaltsamen Niedergang.

Der merowingische König führte den Titel rex Francorum, und zwar auch dann, wenn er nur Teilkönig war. Karl der Große nannte sich seit der Unterwerfung der Langobarden (774) rex Francorum et Langobardorum ac patricius Romanorum. Nach der Kaiserkrönung wich der Titel patricius dem Kaisertitel. Dieser lautet seit Ludwig I. imperator augustus. Ludwig der Deutsche nennt sich nur noch rex, womit sich auch seine Nachfolger begnügen, soweit sie nicht den Kaisertitel führen. Vermutlich nach angelsächsischem Vorbilde nahm Karl der Große 768 die Demutsformel gratia Dei in den Königstitel auf.

Ursprünglich ist auch bei den Franken mit dem Erbrechte des Königsgeschlechtes ein Wahlrecht des Volkes verbunden. Seit Chlodowech tritt dieses zurück. Erbberechtigt ist nur der Mannesstamm des merowingischen Königshauses ohne Unterscheidung ehelicher und unehelicher Geburt. Sind mehrere erbberechtigte Glieder der Dynastie vorhanden, so wird die Reichsverwaltung unter sie geteilt, und zwar zu gleichen Teilen und zu gleichem Recht, so daß keiner der Teilregenten etwa als Oberkönig Hoheitsrechte über die anderen besitzt. Im siebenten Jahrhundert üben zunächst die Großen, später die Hausmeier das Recht aus, das von ihnen ausgewählte Mitglied des Königsgeschlechts durch Thronerhebung zum König einzusetzen. Die Erhebung Pippins war zugleich die Erhebung seines Hauses zum fränkischen Königsgeschlecht. Unter den Karolingern wurde die Reichsverwaltung ebenso wie unter den Merowingern zu gleichen Teilen und zu gleichem Rechte geteilt. Mit dem Erbrecht der Karolinger konkurrierte die Teilnahme des Volks, insbesondere der Großen, an der Besetzung des Throns und an den Reichsteilungen. Uneheliche Königssöhne hatten neben ehelichen kein Recht der Thronfolge. Im Gegensatz zum herkömmlichen Teilungsprinzip verlangte die Idee des Kaisertums, weil sie die Universalmonarchie voraussetzte, die Einführung der Individualsuccession. Ludwigs I. Ordinatio imperii von 817, die durch eine Teilung zu ungleichem Recht und zu ungleichen Teilen einen Ausgleich zwischen jenen Gegensätzen versuchte, erwies sich als unausführbar, und nach aufreibenden Kämpfen wurde 843 im Verduner Vertrag das alte Teilungsprinzip wieder zur Geltung gebracht.

Der Regierungsantritt war unter den Merowingern ein rein weltlicher Akt. Er erfolgte durch feierliche Thronbesteigung, dann zuerst bei unmündigen Thronerben, schließlich allgemein, durch Thronerhebung (elevatio). Zum Zeichen förmlicher Besitzergreifung pflegte der merowingische König eine Umfahrt im Reiche zu halten. Seit Pippin wurde unter angelsächsischem Einfluß die auf altjüdisches Vorbild zurückgehende geistliche Salbung üblich. Im neunten Jahrhundert trat dann der Salbung eine Königskrönung zur Seite. Sie erfolgte entweder als ein geistlicher oder als ein weltlicher Akt, hatte aber ebenso wie die Salbung keine staatsrechtliche Bedeutung für die Erlangung der Königswürde.

Als König Pippin 754 von Papst Stefan II. zum patricius Romanorum erhoben wurde, sollte er dadurch eine Stellung erlangen, wie sie früher dem Exarchen von Ravenna als Vertreter des byzantinischen Reiches im römischen Gebiete von Rechts wegen gebührt hatte. Karl der Große behandelte dieses Gebiet, nachdem er 774 den neuen Titel angenommen hatte, wie einen Teil seines Reiches. An Stelle des Patriziats trat 800 die Würde des römischen Kaisers. Das Kaisertum gewährte seinem Inhaber nicht nur das Schutzrecht über die römisch-katholische Kirche, sondern auch die Herrschaft über das römische Gebiet. Karl der Große betrachtete das Kaisertum zunächst nur als eine persönliche Würde; erst 813 verband er es mit seinem Reiche und seinem Geschlechte. Die Kaiserkrönung, byzantinischer Sitte entstammend, erfolgte bei Karl dem Großen selbst als ein päpstlicher Akt. Ludwig I. und Lothar I. wurden von ihren Vätern gekrönt, ließen sich aber beide nachträglich vom Papste salben und krönen. Seit der Mitte des neunten Jahrhunderts erschien die päpstliche Salbung als der die Kaiserwürde verleihende Akt. Dank den im karolingischen Hause eingetretenen Zerwürfnissen war es der römischen Kurie gelungen, die Verleihung der Kaiserwürde im Gegensatz zu der von Karl dem Großen und Ludwig I. betätigten Auffassung zu einem päpstlichen Monopol zu gestalten.

Der König hat sämtlichen Untertanen gegenüber die Banngewalt. Banngewalt ist das Recht, bei Strafe zu gebieten und zu verbieten. Bann heißt ein derartiger Befehl und ebenso die Folge seiner Übertretung. Folge der Nichtbeachtung des Königsbannes ist in der Regel eine Brüche von 60 Solidi. Der Bann äußert sich als Friedensbann, als Verwaltungsbann und als Verordnungsbann und dient als der wichtigste Hebel zur Ausbildung des das Volksrecht reformierenden Königsrechts.

Die Untertanen schulden dem König Treue, sie heißen in merowingischer Zeit leudes oder homines des Königs und bekräftigen ihre Treupflicht durch einen Treueid.

Der König hat die Heergewalt, er bestimmt, in welchem Umfang die Heerpflichtigen zum Heerdienst im Einzelfalle herangezogen werden sollen, er hält Heerschau ab und führt das Heer, wenn er nicht einen besonderen Heerführer ernennt. Er hat die oberste Gerichtsbarkeit und verwaltet sie persönlich im Königsgerichte. Er vertritt das Reich nach außen hin und entscheidet über Krieg und Frieden. Er ist oberstes Organ der Friedensbewahrung. Der allgemeine Friede erscheint als Königsfriede. Der König hat Regierungsrechte in kirchlichen Angelegenheiten, insbesondere das Recht der Berufung von Synoden und der Besetzung der Bistümer. Er besitzt die Amtshoheit und ist Eigentümer des Fiskalgutes. Ihm gebührt das Münzrecht, das Recht auf Zölle und Verkehrsabgaben.

Des Königs Wort genießt erhöhte Glaubwürdigkeit. Sein Zeugnis darf im Rechtsgang bei Verwirkung des Lebens nicht angefochten werden. Wird im Namen des Königs Klage erhoben, so ist sein Vertreter von der Pflicht entbunden, die Klage durch einen Voreid zu bekräftigen.

§ 17. Der Hof des Königs und die Reichsverwaltung. Das Staatsrecht der fränkischen Monarchie war hauptsächlich Verwaltungsrecht. Die dem spätrömischen Rechte eigentümliche Trennung des Zivil- und Militärdienstes blieb ihm von Hause aus fremd. Die oberste Reichsverwaltung führte der König selbst. Eine ständige Residenz hatte er weder in merowingischer noch in karolingischer Zeit. Der König hielt Hof in den Pfalzen, die sich in den verschiedenen Teilen des Reichs auf Königsgut befanden. Von den Personen des Hofstaats, aulici, palatini, hatten nur einzelne ein bestimmtes Amt. Die übrigen standen zur Disposition des Königs. Zu jenen zählten die Inhaber der vier germanischen Hausämter (Truchseß, Kämmerer, Marschall und Schenke), die hier von freien, oft von vornehmen Leuten des Gefolges versehen wurden. Doch erscheint an Stelle des Truchseß und zwar als oberster Beamter des Hofhalts, der Seneschall oder maior domus.

Der maior domus, Hausmeier, hatte am fränkischen Königshofe wahrscheinlich von Anfang an, jedenfalls seit etwa 600, die Anführung der königlichen Gefolgsgenossen, der sogen. Antrustionen. Da diese den Kern der fränkischen Aristokratie bildeten, schwang

er sich zu deren politischem Vertreter auf. Seit den Ereignissen, die den Sturz der Königin Brunhildis herbeiführten, ist der oberste Beamte der Hofverwaltung der erste Beamte der Staatsverwaltung geworden. Die hauswirtschaftlichen Funktionen seines Amtes sind von da ab einem besonderen Seneschalk übertragen. Der Hausmeier wurde ursprünglich vom König ernannt, vorübergehend von den Großen des Reichs präsentiert oder geradezu gewählt. Schließlich wurde das Amt, das die wesentlichen königlichen Rechte an sich gezogen hatte, Erbgut des austrasischen Herzogsgeschlechtes der Arnulfinger. Als der letzte Hausmeier sich zum fränkischen König erhoben hatte, ließ er das Amt des Hausmeiers erlöschen, ja das Königtum befolgte von da ab die Politik, die Ausbildung eines kräftigen und ständigen Zentralbeamtentums für das Reich zu verhindern.

Die königliche Kanzlei steht in merowingischer Zeit unter dem Referendarius, in karolingischer unter dem Kanzler. Der merowingische Referendar fertigt u. a. auch die königlichen Gerichtsurkunden aus, jedoch, da er nicht etwa als Gerichtsschreiber an den Verhandlungen des Königsgerichtes teilnimmt, auf Grund eines vom Pfalzgrafen als Beisitzer des Königsgerichtes abgegebenen Referates, das als testimonium comitis palatii in dem Kontext der Urkunde ausdrücklich erwähnt wird. In karolingischer Zeit ist die Ausstellung der Gerichtsurkunden aus dem Ressort der Kanzlei ausgeschieden, es existieren besondere Gerichtsschreiber, die dem Pfalzgrafen unterstellt sind, eine Neuerung, die mit der verschiedenen Behandlung des Urkundenbeweises im salischen und ribuarischen Rechte zusammenhängt und das Verschwinden der das Referat des Pfalzgrafen betreffenden Klausel in den placita zur Folge hat. Der karolingische Pfalzgraf hat außerdem in weltlichen Sachen den Vortrag vor dem König und fungiert in Vertretung des Königs als Richter, in welcher Eigenschaft er für minder wichtige Sachen als ständiger Vertreter bestellt ist. Die am Hofe lebenden Geistlichen, zu denen in karolingischer Zeit auch die Kanzleibeamten gehörten, standen unter der Aufsicht und Leitung des ersten Hofkaplans, primus capellanus, archicapellanus, der in kirchlichen Angelegenheiten den Vortrag vor dem Könige hatte. Ludwig der Deutsche vereinigte dann das Amt des Hofkaplans mit dem des Kanzlers. Seit der Leiter der Kanzlei zugleich das Haupt der Hofklerisei war, gewann er hervorragenden politischen Einfluß. In Sachen der Hof- und Reichsverwaltung beriet sich der König, wie das in der Natur der Dinge lag, zunächst mit Personen des Hofstaats, die sein besonderes Vertrauen genossen. Er fragte um Rat, wen er eben fragen wollte. Es gab aber auch berufsmäßige Räte des Königs, die er aus seiner ständigen Umgebung wählte oder von auswärts an seinen Hof zog. Sie führten den Amtstitel consiliarii und hießen wohl auch senatores oder consiliarii a secretis.

Beamte für die Verwaltung der königlichen Domänen waren unter den Merowingern die domestici. Es gab einen domesticus am königlichen Hofe, welcher die Oberaufsicht über die Domänenverwaltung hatte. Außerdem walteten domestici in den einzelnen Provinzen des Reichs. Noch in merowingischer Zeit zog der Hausmeier die Funktionen des Hofdomestikus an sich. Die provinziale Domänenverwaltung steht in karolingischer Zeit unter der Aufsicht und Kontrolle der königlichen Missi. Die ständigen Domänenbeamten erscheinen nunmehr unter dem Namen actores dominici. Der einzelne Gutskomplex, fiscus, ist in eine Anzahl ministeria eingeteilt, deren jedes einem Unterbeamten des actor, einem maior, zugewiesen ist.

Öffentliche Angelegenheiten pflegte der König mit den Großen des Reichs auf den Reichs- oder Hoftagen zu beraten, die in der Regel im Anschluß an Hoffestlichkeiten stattfanden. Sie enthalten den rechtsgeschichtlichen Keim unserer ständischen und parlamentarischen Vertretungskörper. Die Teilnahme erscheint nicht unter dem Gesichtspunkte des Rechts, sondern der Pflicht und beschränkt sich tatsächlich auf das höhere geistliche und weltliche Beamtentum und auf die Antrustionen der merowingischen, die königlichen Vasallen der karolingischen Zeit. Im Monat März, seit 755 im Mai wurde Heerschau abgehalten; die Heerversammlung hieß daher Märzfeld, dann Maifeld (auch wenn sie etwa in den Hochsommer fiel). Bei dieser Gelegenheit machte man dem versammelten Volke Mitteilung über wichtigere Entschlüsse, mitunter deshalb, um sich die Akklamation zu verschaffen, ein Vorgehen, in welchem das einzige Moment der fränkischen Verfassung

liegt, das an die Stellung der alten Landesgemeinde erinnert. Die Mitregierung, die diese einst ausgeübt hatte, begannen unter veränderten Verhältnissen seit Ludwig I. die Hof- und Reichstage zu erwerben.

§ 18. **Die Verwaltungsbezirke und ihr Ämterwesen.** Das Reich zerfiel in eine große Anzahl von Grafschaften (comitatus) oder Gauen. Unter den Merowingern stand in einzelnen Teilen des Reiches über den Grafschaften ein größerer Verwaltungsbezirk, das Herzogtum, ducatus. Die Grafschaft gliederte sich in eine Anzahl von Hundertschaften (centenae), welche die Bedeutung räumlicher Bezirke gewonnen hatten. In Gallien hieß der Unterbezirk der Grafschaft vicaria.

An der Spitze der Grafschaft stand ein vom König ernannter Beamter, comes, grafio. Er hatte militärische Gewalt, die vermutlich den Ausgangspunkt des Amtes bildete; insbesondere lag ihm ob, den Heerbann der Grafschaft auszuheben und anzuführen. In den neufränkischen Gebieten succedierte er in die Jurisdiktion des römischen Provinzialstatthalters; in den altsalischen Landen war er zur Zeit der Abfassung der Lex Salica noch auf die Exekution beschränkt; hier hat er die Stellung des Richters im Gau erst im Laufe des sechsten Jahrhunderts erlangt, nachdem er einen nicht königlichen Beamten der Salfranken, den Thungin, thunginus, verdrängt hatte, der bis dahin als Vorsitzender in den echten Dingen der Hundertschaften waltete. Der Graf besaß ferner die Polizeigewalt im Gau und war königlicher Finanzbeamter. Festes Gehalt hatte er nicht. Doch bezog er ein Drittel der Gerichtsfälle und der Bannbußen und die Nutzungen der Grundstücke, die als Amtsgut mit der Grafschaft verbunden waren (pertinentia comitatus, fiscus comitialis). Auf seinen Dienstreisen konnte er von den Gauleuten unentgeltliche Beherbergung, Beförderung und Spanndienste verlangen. Die königliche Gerichtsgewalt war ihm nicht in vollem Umfang übertragen; im eigenen Wirkungskreise besaß er nur einen Bann von 15 Solidi. Doch wurde ihm schon in fränkischer Zeit für gewisse Fälle (den sächsischen Grafen allgemein für causae maiores) der Königsbann von 60 Schillingen übertragen, wie denn überhaupt die gräfliche Gewalt in sichtlicher Zunahme begriffen ist. Ursprünglich konnte der König den Grafen beliebig einsetzen und absetzen. Unter Ludwig I. und seinen Nachfolgern geschah die Verleihung des Amtes nach lehnrechtlichen Grundsätzen. Gegen Ende der fränkischen Zeit wurde die Vererbung der Grafschaft vom Vater auf den Sohn zunächst in Westfranzien die herrschende Regel.

Schon die merowingische Zeit kannte als Vertreter des Grafen für den Einzelfall bestellte missi comitis. Unter den Karolingern findet sich in Westfranzien und Italien ein besonderer Beamter als ständiger Vertreter des Grafen in der Grafschaftsverwaltung, der den Titel vicecomes führt.

Über mehrere Grafen war in merowingischer Zeit ein Herzog (dux) gesetzt, der die militärischen Kräfte eines größeren Bezirkes unter sich vereinigte und eine dem Grafen übergeordnete Gerichtsgewalt ausübte. Doch existierte nicht überall ein Herzogtum, sondern es gab zahlreiche Grafen, die nicht unter einem Herzog standen. Zur Zeit der Schwäche des merowingischen Königtums gelang es in einzelnen Teilen des Reiches den Herzogen, eine erbliche und ziemlich unabhängige Stellung zu gewinnen, in der sie zwar die Oberhoheit des Königs anerkannten, aber sich nicht mehr als Beamte betrachteten. Im Gegensatz zum alten Amtsherzogtum kann man dieses Herzogtum mit staatsrechtlich sanktionierter Selbständigkeit als Stammesherzogtum bezeichnen. Den Karolingern gelang es, das Stammesherzogtum allenthalben wieder zu beseitigen. Der karolingischen Verfassung ist ein besonderes Herzogtum unbekannt. Doch findet sich der Titel dux. Ihn führen nicht selten die Markgrafen (marchiones, marchisi), welchen an den Reichsgrenzen ein Gebiet von dem Umfange mehrerer Grafschaften in die Hände gelegt ist, um einen kräftigen Grenzschutz zu ermöglichen.

In den Hundertschaften ist der vom Volke gewählte Hundertschaftsvorsteher (centenarius, hunno) vielfach, aber nicht überall zu einem Unterbeamten des Grafen geworden, den der Graf unter Beteiligung des Volkes ernannte. Jener war mit der richterlichen Exekution und mit der Eintreibung der fiskalischen Gefälle betraut und erscheint daher

auch unter den Namen Schultheiß (sculthaisus). Bei Gericht saß er dem Grafen als Gehilfe zur Seite. Im gebotenen Ding konnte er ihn als Richter vertreten. Der neustrische Graf hatte in den romanischen Gebieten einen Unterbeamten, vicarius, für den Bezirk der Vikarie. Nachdem in karolingischer Zeit der Zentenar zum Unterbeamten des Grafen geworden, wurden die Ausdrücke vicaria und centena, Vikar und Zentenar, als gleichbedeutend gebraucht.

Das ribuarische Recht kannte das Amt eines ständigen Gerichtsschreibers, cancellarius, der im Mallus anwesend war und daselbst die öffentliche Vollziehung von Urkunden besorgte. Die ribuarische Einrichtung drang auch in das salische und in das alamannische Rechtsgebiet ein, doch geriet sie seit der zweiten Hälfte des neunten Jahrhunderts allenthalben in Verfall. Dagegen erhielt sich in Italien die in karolingischer Zeit durchgeführte Einsetzung amtlicher und ständiger Schreiber der Grafschaftsgerichte, womit die Entstehung eines öffentlichen Notariats in Zusammenhang steht.

Ein wirksames Mittel zur Zentralisierung der Reichsverwaltung schuf Karl der Große in dem Institute der missi dominici. Schon früher hatten die Könige von Fall zu Fall Bevollmächtigte mit Spezialaufträgen in einzelne Reichsteile geschickt (missi ad hoc). Karl machte hieraus eine organische Einrichtung der Verwaltung, indem er das Reich in große missatische Sprengel teilte, von denen jeder durch mehrere missi, gewöhnlich zwei, einen geistlichen und einen weltlichen Großen, regelmäßig bereist wurde. Sie hatten die Tätigkeit der ordentlichen Beamten zu kontrollieren und zu ergänzen und hielten Landtage und, mit der außerordentlichen Gewalt des Königs versehen, Gerichtstage ab. Die Stellung dieser ordentlichen wandernden Missi war keine ständige. Meist wurden für jeden Reisebezirk jährlich neue Missi ernannt. Als eine zwischen Königtum und Grafschaft stehende Gewalt bot das missatische Institut einen Ersatz für das von den Karolingern nicht mehr geduldete Herzogtum. Als unmittelbare Stellvertreter des Königs brachten die Missi unter Karl dem Großen die Reformgedanken des Königshofes in allen Teilen des Reiches zur Geltung. Unter Ludwig I. begann die Einrichtung zu entarten. Indem das missatische Amt auf territoriale Gewalten des missatischen Sprengels übertragen wurde, entwickelte sich die Institution ständiger Missi. Wandernde Missi wurden nur noch ausnahmsweise abgeschickt. Im ostfränkischen Reiche fanden sich seit Ludwig dem Deutschen nur noch ständige Missi und missi ad hoc.

§ 19. Die Reichsverwaltung und die Leistungen der Untertanen. Eine geordnete Finanzverwaltung sucht man auch im fränkischen Reiche vergebens. Staatsgut und Privatgut des Königs wurden nicht unterschieden, wie überhaupt nicht die öffentlichrechtliche und die privatrechtliche Stellung des Königtums, ein Charakterzug, der sich in der Folge auch dem Beamtentum mitteilte. Eine allgemeine Steuerpflicht der Untertanen kannte man nicht. Die römische Steuerverfassung ließ man verfallen und entarten. Einzelne abhängige Völkerschaften zahlten Tribute. Für Überlassung und Benutzung von Königsland, insbesondere von Rottland, wurden Abgaben privatrechtlicher Natur entrichtet (stuofa, medem). Sonstiges Einkommen des königlichen Fiskus, über den der König einseitig verfügte, bildeten die Gerichtsgefälle und die Bannbußen, das Achtergut, Schutzzinse, Zölle und Verkehrsabgaben, Jahresgeschenke (dona annualia), die für die Kirchen seit Karl dem Großen den Charakter pflichtmäßiger Leistungen annahmen, insbesondere aber das Erträgnis der königlichen Domänen, deren Verwaltung Karl der Große zum Schwerpunkte des ganzen Finanzwesens machte und noch kurz vor seinem Tode in der Fürsorge für die Zukunft seines Hauses durch eine umfassende und eingehende Verordnung, das Capitulare de villis von 812, bis in die kleinsten Einzelheiten regelte.

Im übrigen war das Gemeinwesen auf die persönlichen Leistungen der Untertanen angewiesen, die zum Heerdienst, zum Gerichtsdienst, zu öffentlichem Polizeidienst (Gerichtsfolge und Landfolge) und zu gewissen öffentlichen, zum Teil aus dem römischen Postwesen hervorgegangenen Fronden verpflichtet waren.

Eine folgenschwere Umwandlung vollzog sich im Heerwesen. Zwar ist eine verfassungsmäßige Änderung der Heerpflicht unter den Karolingern nicht durchgeführt worden,

allein die zunehmende Leistungsunfähigkeit der kleinen Grundbesitzer und die veränderte Art der Kriegführung brachten den auf der allgemeinen Untertanenpflicht beruhenden Heerbann allmählich zur Auflösung und veranlaßten die Heeresverwaltung, das Volksaufgebot durch Lehnsmilizen, die Fußtruppen durch Reiter zu ersetzen. Grundsätzlich lastete im fränkischen Reiche die Heerpflicht auf allen freien und wehrhaften Männern. Königliche Verordnung bestimmte, in welchem Umfang für den einzelnen Fall das Aufgebot der Wehrpflichtigen erfolgen solle; leitende Gesichtspunkte waren hierbei das jeweilige Erfordernis der Heeresstärke und die Leistungsfähigkeit des Einzelnen. Um letztere zu berücksichtigen, wurde für das einzelne Aufgebot eine nach königlicher Anordnung wechselnde Vermögenquote als die dem persönlichen Heerdienst zugrunde liegende Einheit festgesetzt. Ärmere Freie wurden in der Weise zu Gruppen vereinigt, daß man nur von *einem* den persönlichen Heerdienst verlangte, die anderen aber zu einer Beisteuer (adiutorium) verpflichtete. Wer widerrechtlich ausblieb, mußte die königliche Bannbuße bezahlen. Die Durchführung des Aufgebots fiel dem Grafen anheim, dem auch ein beschränktes Dispensationsrecht eingeräumt war. Hintersassen und Vasallen hatte in karolingischer Zeit ihr Senior, der Grund- oder Lehnsherr, aufzubieten. Handelte es sich um die Verteidigung des Landes gegen feindliche Einfälle, so war jedermann ohne Ausnahme verpflichtet, dem Rufe zur Landwehr (lantwêri) zu folgen. Während die Heeresverwaltung genötigt war, den Druck, mit dem die Heerpflicht auf den kleineren Grundbesitzern lastete, mehr und mehr zu erleichtern, wurde andrerseits der Kriegsdienst, den sie zu leisten vermochten, durch eine Veränderung militärisch-technischer Natur mehr und mehr entwertet. Die Heere, welche die Gründung des fränkischen Reiches vollbrachten, bestanden fast ausschließlich aus Fußvolk; nur die Führer und Gefolgsgenossen waren beritten. Im vierten und fünften Jahrzehnt des achten Jahrhunderts machte sich aus Anlaß der Kämpfe mit den Arabern das Bedürfnis nach Schöpfung einer leistungsfähigen Kavallerie geltend. Karl Martell und seine Söhne griffen zu diesem Zwecke an das Kirchengut. Sie vergabten Kirchengüter an fränkische Große, die ihrerseits durch Weiterverleihungen kleinere Vasallen in den Stand setzten, sich reitermäßig auszurüsten. Der vermehrten Reiterei wegen sah schon Pippin sich genötigt, das Märzfeld in den Mai zu verlegen. Hand in Hand mit dem Lehnwesen schritt das Reiterwesen von Westen nach Osten vor. In Westfranzien sind schon um die Mitte des neunten Jahrhunderts die Heere fast ausschließlich Reiterheere, die zum Teil aus freien Vasallen und zum Teil aus Ministerialen, reitermäßig ausgerüsteten Knechten, bestehen. Bei den rechtsrheinischen Stämmen hat sich diese Entwicklung erst in der nachfränkischen Zeit durchgesetzt.

Die Gerichtspflicht lastete hauptsächlich auf der Hundertschaft, deren Gerichtsversammlungen für Streitigkeiten aus der ganzen Grafschaft zuständig waren, und bezog sich in gleicher Weise auf die echten ungebotenen Dinge des Volksrechtes, die vom Grafen abgehalten wurden, wie auf die gebotenen Dinge, die Graf oder Zentenar nach Bedarf kraft ihrer Amtsgewalt ansetzten, und in denen nur causae minores, nicht aber die dem echten Ding vorbehaltenen causae maiores entschieden werden konnten. Die allgemeine Gerichtspflicht mußte in karolingischer Zeit, weil sie sich angesichts der eingetretenen Ungleichheit der Besitzverhältniffe für die ärmeren Freien als zu drückend erwies, auf drei allgemeine Gerichtsversammlungen im Jahre beschränkt werden; für die gebotenen Dinge wurde sie durch die Bestellung ständiger Urteilfinder, der Schöffen (scabini), ersetzt.

§ 20. Die Anfänge des Lehnsstaates. Während die Verfassung der älteren merowingischen Zeit im wesentlichen auf dem Grundsatz der gleichen Unterordnung aller Untertanen unter das Königtum und damit unter die Staatsgewalt beruhte, machte sich seit der Wende des siebenten Jahrhunderts eine tiefgreifende Verschiebung geltend, welche einen Teil der Untertanen in ein näheres Verhältnis zum König brachte, einen anderen der unmittelbaren Einwirkung der öffentlichen Gewalt in gewissen Beziehungen entrückte und so eine Auflockerung des allgemeinen Untertanenverbandes herbeiführte. Verschiedene, zum Teil in die spätrömische Zeit Galliens zurückreichende Verhältnisse wirkten zusammen, um diese Veränderung in die Wege zu leiten. Insbesondere kommen dafür das Benefizial-

wesen, die Vasallität, die Grundherrlichkeit, die Immunität und die Stellung der Kirche zum Staate in Betracht.

Das Benefizialwesen hatte eine Vorstufe in den Landschenkungen der merowingischen Könige. Unter den Merowingern war es zuerst Sitte, dann politische Notwendigkeit geworden, die Großen durch Schenkung von Krongütern an das Königtum zu fesseln. Die merowingische Landschenkung begründete, wenn sie nicht ausdrücklich zu freiem Eigentum erfolgte, gemäß dem germanischen Schenkungsbegriffe nur ein beschränktes Eigentum des Beschenkten; es konnte ohne Zustimmung des Schenkers nicht veräußert werden und fiel unter gewissen Voraussetzungen, insbesondere wenn der Beschenkte ohne männliche Nachkommen starb, an den Schenker zurück. Als Karl Martell und seine Söhne sich auf umfassende Vergabungen angewiesen sahen, um sich dadurch die erforderliche Reiterei zu verschaffen, reichte das erschöpfte Krongut nicht aus. Die Kirchengüter, die sie zu diesem Zwecke verwendeten, konnten nach kanonischem Rechte nicht zu Eigentum, sondern nur zu Leiherecht vergabt werden. Die Vergabungen aus Kirchengut wurden daher unter den rechtlichen Gesichtspunkt des Benefiziums gestellt, der von nun ab auch bei Verleihungen von Krongütern maßgebend wird. Das Benefizium begründete ein zeitlich beschränktes Nutzungsrecht des Beliehenen, das nach dessen Tode (Mannfall) nicht auf die Erben überging und (wenn es aus Anlaß eines Dienst- und Treuverhältnisses verliehen war) mit dem Tode des Verleihers (Herrenfall) erlosch. Nicht nur der König beziehungsweise der Hausmeier, sondern auch die Kirche und weltliche Große verliehen Benefizien.

Mit dem Benefizialwesen trat ein anderes, ursprünglich selbständiges Verhältnis in Verbindung, die Vasallität. In merowingischer Zeit hatte der König eine militärisch organisierte Gefolgschaft, die ihm als berittene Leib- und Ehrenwache diente, die Antrustionen. Gefolgsleute anderer Personen erscheinen unter dem Namen gasindi, später auch vassi, vassalli. Die Antrustionen verschwinden vor dem achten Jahrhundert. An ihre Stelle tritt die viel zahlreichere Vasallität, eine jüngere Abschichtung und Fortbildung der Gefolgschaft. Die Vasallität war ein Schutz- und Dienstverhältnis, das durch einen Treueid und den symbolischen Akt der Kommendation eingegangen wurde, während andrerseits der Herr dem Vasallen irgend eine Gabe reichte. Der Vasall verpflichtete sich seinem Herrn zu Diensten, die bei freien Leuten keine Schmälerung der vollen Freiheit herbeiführten. Doch gab es auch unfreie Vasallen. Nicht nur der König, sondern auch Untertanen konnten Vasallen haben. Die hauptsächliche Bedeutung des Verhältnisses lag im Kriegsdienst. Der Vasall war dem Herrn dazu verpflichtet, und zwar zum Reiterdienst, wenn der Herr ihn dazu ausrüstete oder ihm die Mittel zur Selbstausrüstung gewährte. Die Teilnahme an der Hausgenossenschaft des Herrn, wie sie bei der eigentlichen Gefolgschaft die Regel bildete, war bei den Vasallen, die nicht am Hofe des Herrn lebten, dahin beschränkt, daß der abwesende Vasall an den Hof des Herrn kommen mußte, wenn ihn dieser entbot. Der Unterhalt, den das Haus des Herrn den Gefolgsleuten gewährt hatte, wurde den Vasallen in der Regel durch Verleihung eines Benefiziums ersetzt, so daß der Vasall in dieser Beziehung als ein abgeschichteter Gefolgsmann erscheint. Schon die Kirchengüter, die von den Hausmeiern behufs Organisation der fränkischen Reiterei vergabt wurden, kamen in der Hauptmasse an Vasallen. Indem es mehr und mehr Sitte wurde, den Vasallen ein Benefizium zu geben und für ein Benefizium Vasall zu werden, sind Benefizialwesen und Vasallität miteinander verschmolzen. Das Produkt dieser Faktoren ist das Lehnwesen. Schon früh neigte es zur Erblichkeit oder vielmehr zur Ausbildung eines rechtlichen Leihezwanges bei Eintritt des Herren- und Mannfalls, indem bei Herrenfall der Erbe des Herrn dem Lehnsmanne des Vorgängers, bei Mannfall der Lehnsherr einem Sohne des Verstorbenen die Leihe freiwillig zu erneuern pflegte, später unter gewissen Voraussetzungen erneuern mußte. In rascher Ausdehnung ergriff das Lehnwesen nicht nur den Grundbesitz, es begann auch die Ämterverfassung zu zerfressen. Seit dem neunten Jahrhundert wurde es mehr und mehr Sitte, daß der König die höheren Ämter an Vasallen verlieh, oder daß sich deren Inhaber in die Vasallität begaben. Zunächst wurde dann der mit dem Grafenamte ver-

bundene Grundbesitz, pertinentia comitatus, als Benefizium behandelt. Als hiermit das Amt eine privatrechtliche Basis gewonnen hatte, nahmen die Amtsbefugnisse selbst allmählich den Charakter des Lehns an.

Die Grundherrlichkeit. Die auf den Gütern der Grundherren ansässigen Leute standen nicht bloß in wirtschaftlicher und privatrechtlicher Abhängigkeit, sondern der Grundherr übte über gewisse Klassen derselben auch Befugnisse, die im Laufe der Zeit öffentlichrechtliche Bedeutung erlangten. Für das fränkische Reich sind deutschrechtliche und römischrechtliche Wurzeln der Grundherrlichkeit zu unterscheiden. Nach deutschem Rechte haftete der Grundherr für seine Unfreien, für die Halbfreien und für solche Freie, die ihm schutzhörig waren. Die merowingische Rechtssprache faßt sie zusammen als homines unde mithio redebet, d. h. als die Personen, für die er Verantwortung schuldet, ein Ausdruck, der in der karolingischen Zeit verschwindet, in der man schlechtweg von homines oder homines commanentes spricht. Der Herr haftete entweder für die verwirkte Buße oder dafür, daß der homo vor das öffentliche Gericht gestellt wurde, wenn ihn Dritte belangten. In Fällen, in welchen öffentliche Strafen in Frage standen, war der Grundherr verpflichtet, seine Leute dem öffentlichen Richter auszuliefern, der aber auch das Recht hatte, den Schuldigen selbständig zu greifen. Mit Rücksicht auf jene Haftung des Grundherrn wurde es Sitte, daß Dritte sich zunächst außergerichtlich an den Grundherrn oder dessen Beamten wendeten, der dann die Sache untersuchte und nach dem Ergebnis der Untersuchung erledigen ließ. Fand sich der Dritte dadurch nicht befriedigt, so mochte er sich an den öffentlichen Richter wenden. Jene interne Erledigung der Streithändel, die sich schon früh in den Formen gerichtlichen Verfahrens bewegte, ist der Ausgangspunkt der grundherrlichen Gerichtsbarkeit geworden. Diese war vorhanden von dem Zeitpunkte ab, da die Rechtsordnung dem Dritten zur Pflicht machte, zunächst den Grundherrn oder dessen Vogt anzugehen, und die öffentliche Jurisdiktion auf den Fall der Justizverweigerung und des Rechtszuges beschränkte. Dazu ist es aber in der fränkischen Zeit noch nicht oder doch nicht allgemein gekommen. In Gallien übten schon in vorfränkischer Zeit die größeren Kirchen und größere Grundbesitzer (homines potentes) über ihre Leute, zum mindesten wenn diese untereinander prozessierten, eine selbständige Gerichtsbarkeit aus, die der Kompetenz des spätrömischen defensor entsprach. Sie ist, soweit sie behauptet wurde, ebenso wie die Sonderjurisdiktion, die den Kirchen über gewisse Klassen der von ihnen abhängigen Bevölkerung zustand, in die Immunität übergegangen, deren verfassungsgeschichtliche Bedeutung zum Teil darin besteht, daß sie die Reste unorganischer Gerichtsbarkeit notdürftig in den allgemeinen Rahmen der fränkischen Gerichtsverfassung einfügte. Die militärische Bedeutung der Grundherrschaft, die sich in dem Aufgebot der Hintersassen durch den Grundherrn äußerte, wurde bereits erwähnt[1]. Seit der Umbildung des Heerwesens ist sie in der Vasallität und Ministerialität aufgegangen.

Die Wurzeln der Immunität reichen in die römische Zeit zurück. Sie hat bei den Franken ihren Ausgangspunkt in der Stellung des Königsgutes, das nicht etwa unter den Grafen und ihren Unterbeamten stand, sondern von besonderen königlichen Domänenbeamten verwaltet wurde. Wie im römischen Reiche die kaiserlichen Domänen von Steuern und öffentlichen Fronden befreit waren, so genoß auch das fränkische Königsgut die Immunität. Allein, neben der Freiheit von Abgaben und Fronden schloß die fränkische Immunität auch die Gerichtsbarkeit über die Immunitätsleute in sich, soweit sie einen finanziellen, rein fiskalischen Charakter hatte und die von jenen verwirkten Friedensgelder und Bannbußen in Frage kamen. Durch königliches Privileg ging die Immunität auf die Kirchengüter über, für die sie schon unter Ludwig I. als herrschende Regel erscheint. Durch das Benefizialwesen gelangten die weltlichen Großen in ihren Genuß, indem das Benefizium als Eigentum der Krone rechtlich den Charakter des Krongutes beibehielt. Die Immunität wehrte den öffentlichen Beamten, das Immunitätsgebiet in amtlicher Eigenschaft zu betreten (Verbot des introitus), fiskalische Gefälle zu

[1] Siehe oben Seite 198.

erheben (Verbot von exactiones), die Amtsgewalt unmittelbar gegen Immunitätsleute anzuwenden (Verbot der districtio). Den Kirchen wirkte sie seit karolingischer Zeit einen von persönlichen Schutzprivilegien des Königs unabhängigen höheren dinglichen Frieden, den die gefreiten Besitzungen der Kirche genossen. Der Immunitätsherr hatte die Gerichtsbarkeit über die Immunitätsleute in causae minores. An ihn fielen die von ihnen verwirkten Gerichtsfälle. Bei Klagen Dritter hatte er, wie es scheint, ursprünglich seinen Hintersassen vor das öffentliche Gericht zu stellen; doch wurde es spätestens in der zweiten Hälfte des achten Jahrhunderts Rechtens, daß Immunitätsleute von Dritten zunächst im Immunitätsgerichte belangt werden mußten. In Kriminalfällen blieb er nach wie vor verpflichtet, den Beklagten vor das Grafengericht zu bringen. Die Eigengerichtsbarkeit übte der Immunitätsherr durch einen besonderen Beamten, advocatus, Vogt, aus. Die Wahl der Vögte zog das karolingische Königtum in den Bereich seiner Verordnungen. Es behandelte sie nicht als reine Privatbeamte, sondern stellte sie unter die Kontrolle der Missi gleich den öffentlichen Beamten. Der Vogt sollte aus den freien Eigentümern der Grafschaft mindestens unter Mitwirkung des Grafen und des Volkes bestellt werden. Nachmals gelangten die Immunitätsbezirke zu territorialer Abgeschlossenheit durch Kauf, Tausch, Schenkung, Vergewaltigung oder endlich dadurch, daß den Herren die öffentliche Gewalt über die auf freiem Eigentum innerhalb des Bezirkes ansässigen Grundbesitzer übertragen wurde.

Die fränkische Kirche war unter den Merowingern nationale Landeskirche und als solche dem König untergeordnet. Die Konzilien waren Nationalkonzilien, die der König berief oder mit seiner Erlaubnis zusammentreten ließ. Dagegen bestand keinerlei Oberhoheit des Papstes in Sachen der Kirchenverwaltung. Seit der Mitte des achten Jahrhunderts trat ein Umschwung ein. Bonifazius organisierte die Christianisierung der ostrheinischen Stämme in unmittelbarem Anschluß an Rom. Die fränkische Kirche wurde — zunächst allerdings nur, soweit es dem König gefiel — unter das Papsttum gestellt. Der Staat, der das Christentum als politische Grundlage der Reichseinheit verwertete und förderte, übernahm rein kirchliche Aufgaben, wogegen die Kirche und die Geistlichkeit in den Dienst der unmittelbaren Staatsaufgaben gestellt wurden. Die damit herbeigeführte Verquickung zwischen Kirche und Staat äußerte sich vorerst in einem gesteigerten Kirchenregimente des Königs. Dieser übte durch seine capitularia ecclesiastica das Gesetzgebungsrecht in kirchlichen Dingen. Karl der Große legte sich sogar das Recht bei, in Glaubenssachen selbständig zu prüfen und Beschluß zu fassen. Aber seit Ludwig I. büßte das Königtum diese leitende Stellung wiederum ein. Die Reichssynoden gerieten in Abhängigkeit vom Papste. In kirchlichen Kreisen begann man den Vorrang der geistlichen Gewalt vor der weltlichen zu betonen. Die großen kirchenrechtlichen Fälschungen aus der Mitte des neunten Jahunderts arbeiteten in dieser Richtung.

Die Besetzung der Bistümer bestimmte schon in merowingischer Zeit der Wille des Königs. Zwar galt theoretisch der Satz des kanonischen Rechtes, daß der Bischof durch Klerus und Gemeinde zu wählen sei. Allein der Gewählte durfte nicht ohne königliche Bestätigung konsekriert werden. Oft beeinflußte der König die Wahl, oder er besetzte das Bistum durch einseitige Ernennung. Diese wurde so sehr die Regel, daß es unter den Karolingern eines besonderen königlichen Privilegs bedurfte, wenn der Bischof (mit Vorbehalt der königlichen Bestätigung) gewählt werden sollte. Die Übertragung des Bistums geschah durch den König, und zwar schon im neunten Jahrhundert unter Darreichung des Bischofsstabes.

Nach den römisch-kanonischen Ordnungen war alles Kirchengut unveräußerliches Eigentum der Bischofskirche. Die Verwaltung stand im freien Ermessen des Bischofs. Dagegen vermochte eine abweichende germanische Rechtsanschauung im Anschluß an die Rechtsstellung der germanischen Eigentempel der heidnischen Zeit das Institut der Eigenkirchen auszubilden. Danach stand die einzelne Kirche im Eigentum des Grundherrn, der die Nutzungen bezog und, wenn er nicht selbst Geistlicher war, den Geistlichen (nicht selten einen Unfreien) bestellte und besoldete. Im fränkischen Reiche gab es neben den älteren, unmittelbar zum Bistum gehörigen Kirchen zahlreiche Eigenkirchen. Solche Eigen-

kirchen hatte insbesondere der König (ecclesiae, monasteria in domino regis). Es waren das die auf Fiskalland erbauten oder dem König tradierten Kirchen. Seit dem siebenten Jahrhundert drang das System der Eigenkirchen so sehr durch, daß selbst unmittelbar zum Bistum gehörige Kirchen als Eigenkirchen des Bischofs aufgefaßt wurden. Die karolingische Gesetzgebung suchte eine gewisse Unterordnung der grundherrlichen Geistlichen unter den Bischof herbeizuführen. Der Grundherr sollte den Geistlichen nicht ohne Zustimmung des Bischofs bestellen. Die Eigenkirche mit einem unfreien Kleriker zu besetzen wurde verboten. Mehr und mehr wurde es Sitte, dem Geistlichen die Kirche samt Einkünften als beneficium zu verleihen nach den Grundsätzen des reinen (nicht vasallitischen) Benefizialrechts. Papst Eugen II. hat 826 auf einer römischen Synode das Eigentum der Grundherren an Eigenkirchen und Eigenklöstern anerkannt.

III. Das Strafrecht.

§ 21. In dem Verhältnis von Acht- und Bußsachen brachte der Einfluß der Kirche, welche die Leibes- und Lebensstrafen grundsätzlich bekämpfte, zunächst eine erhebliche Verschiebung hervor. Das Bußsystem erfuhr auf Kosten der Acht und der Fehde eine weitgehende Ausdehnung. In den merowingischen Volksrechten haben Wergeld und Buße die unbestrittene Vorherrschaft. Zahlreiche frühere Achtfälle sind durch Bußfälle ersetzt. Die Vollstreckung der Acht wurde fast nur für den Fall der handhaften Tat aufrechterhalten, die Friedloslegung oder Ächtung nur noch im Ungehorsamsverfahren verhängt. Doch trat noch im Laufe der fränkischen Zeit eine Reaktion gegen die Ausdehnung des Bußsystems ein, indem Bußfälle wieder in die Reihe der prinzipiellen Achtfälle einrückten.

Aus der alten Friedlosigkeit oder Acht hat sich eine Reihe von Strafen abgespalten, peinliche Strafen, nämlich Todesstrafen, bei denen die Todesart nicht von vornherein rechtlich bestimmt war, und Leibesstrafen, insbesondere verstümmelnde Strafen, ferner die Verbannung, der Freiheitsverlust in der Form der Internierung, der Strafhaft und der Strafknechtschaft, die Einziehung des Vermögens und die Hingabe in die Gewalt des Verletzten. Doch wirkte bei den peinlichen Strafen die Abstammung aus der sühnbaren Friedlosigkeit insofern nach, als es dem Schuldigen, wie er sich vormals wieder in den Frieden einkaufen konnte, nunmehr gestattet wurde, die Strafe um Geld abzulösen, wobei aber die Lösungssumme nicht wie die Buße an die Partei, sondern an die öffentliche Gewalt fiel. Die Kirche begünstigte diese Entwicklung und machte zum Schutz der Verbrecher gegen peinliche Strafen ein Asylrecht der Kirchen geltend.

Ein eigentümliches Straffystem entwickelte sich aus der Behandlung der Infidelität. Auf Verletzung der Untertanentreue setzte das Volksrecht Todesstrafe und Konfiskation des Vermögens. Als der Umfang der Treupflichten, die in den Treueid hinein interpretiert wurden, namentlich unter Karl dem Großen eine ungemessene Ausdehnung erfahren hatte, wurde es unmöglich, jede Verletzung dieser Pflichten mit dem Tode zu ahnden; vielmehr trat eine arbiträre Strafgewalt des Königs ein, deren äußerste Grenze durch den historischen Rahmen der Friedlosigkeit gegeben war. Da das königliche Ermessen die Strafe bestimmte, befand sich der Schuldige „in potestate regis“, ein Rechtszustand, mit welchem der Begriff der königlichen Ungnade, des Verlustes der Königshuld, verschmolz, der sich ursprünglich in den Dienstverhältnissen der königlichen Gefolgsgenossen und Beamten ausgebildet hatte. Auf gewisse Untaten, die nach Volksrecht nicht oder nicht genügend verpönt waren, wurde die Bannbuße gesetzt, die im Laufe der Zeit als Strafe nach Königsrecht die volksrechtlichen Friedensgelder der einzelnen Stämme verdrängte.

Erhebliche Fortschritte machten die Idee der allgemeinen Strafgewalt des Staates und der Gedanke, daß durch das Verbrechen die Gesamtheit verletzt werde. Er äußerte sich in der Einengung der Fehde, die im Wege der Gesetzgebung und kraft königlicher Banngewalt im Verwaltungswege beschränkt wurde. Ferner darin, daß der Richter bei

handhafter Tat von Amts wegen einschritt und die Vollstreckung der Acht der öffentlichen Gewalt vorbehalten wurde. Beschränkt wurden die Taidigungen oder Richtungen, d. h. die außergerichtliche Abfindung des Verletzten mit dem Missetäter, zum Teil schon darum, damit dem Fiskus der Anspruch auf das Friedensgeld nicht entgehe. Endlich ermöglichte die Einführung des Rügeverfahrens die Verfolgung von Verbrechen auch dann, wenn der Verletzte seinen Schaden verschwieg.

Das Willensmoment gelangte bei der Behandlung der Missetaten allmählich mehr zur Geltung. Der Begriff der Ungefährwerke wurde ausgedehnt und deren Ahndung gemildert. Der Kreis der Versuchsdelikte und jener Missetaten, die den Vorsatz als begriffliches Merkmal voraussetzten, erfuhr eine Erweiterung. Anstiftung und Beihilfe wurden bei bestimmten Verbrechen unter Strafe gestellt. Auch die Unterscheidung der Missetaten hat sich etwas verinnerlicht. Den Mord kennzeichnete nicht mehr das Benehmen des Täters nach der Tat, sondern die meuchlings verübte, die heimliche Tötung. Vermessentlicher Totschlag wurde schärfer bestraft, als die Tötung, die aus Anlaß eines Streites im Affekte erfolgte.

IV. Das Gerichtsverfahren.

§ 22. Im Rechtsgang macht sich die Erstarkung der Staatsgewalt durch die Beschränkung der Selbsthilfe und durch eine Umgestaltung des Gerichtsverfahrens geltend. Jene äußert sich in der Einengung des Fehderechtes und in der Beschränkung der außergerichtlichen Pfändung um Schulden. Die Reformen im Gerichtsverfahren führen eine Milderung des strengen Rechtes herbei und haben im allgemeinen ihren Ausgangspunkt im Verfahren des Königsgerichtes. Von hier aus werden sie zum Teil auf das volksgerichtliche Verfahren ausgedehnt, zum Teil aber bleiben sie auf das Königsgericht beschränkt. Die Änderungen, die das Verfahren der Volksgerichte erfuhr, betreffen:

1. Die Christianisierung der Prozeßformalitäten. Die altheidnischen Formen werden ausgemerzt und durch christliche ersetzt. Während der Kläger früher die Klage mit Anrufung der heidnischen Götter erhob, hat er jetzt bei den Franken einen Voreid anzubieten und zu schwören, sofern nicht Beweiszeichen des Tatbestandes oder gewisse Verdachtsgründe vorliegen, während nach anderen Stammesrechten die Klage bei Gott und den Heiligen erhoben wird. Die regelmäßige Eidesform wurde der Eid auf die Reliquien oder auf die Evangelien. Der Ordalien nahm sich die Kirche an und stattete sie mit kirchlichem Zeremoniell aus. Vorübergehend wurde ein spezifisch christliches Ordal, die Kreuzprobe, eingeführt, aber 818/9 wieder verboten.

2. Die Steigerung der richterlichen Autorität. Sie hat eine Beschränkung des Verhandlungsprinzips, eine Abschwächung des Formalismus und somit eine Umwandlung der ganzen Struktur des Verfahrens im Gefolge. An die Seite der alten volksrechtlichen Einrichtungen des Rechtsganges tritt eine Anzahl amtsrechtlicher Neuerungen, die den unmittelbaren Verkehr der Parteien und die hierzu notwendigen Formalakte durch richterliche Befehle ersetzen. Vorerst stehen die neuen Institutionen in konkurrierendem Verhältnis zu den Formen des Volksrechts, schließlich haben sie diese vollständig verdrängt. So verschwindet die rechtsförmliche Vorladung von seiten der Partei, die mannitio, allmählich neben einer neuen Art der Vorladung durch richterlichen Befehl (bannitio). Während sonst die Partei selbst durch formellen Akt den Gegner zur Antwort, zum Eide, die Urteilfinder zur Urteilfindung auffordern mußte, erzielt nunmehr der richterliche Antwort- und Eidesbefehl, die richterliche Urteilsfrage gleiche rechtliche Wirkung. Mit Hilfe der richterlichen Urteilsfrage kann die Partei, die im Beweisverfahren obsiegte, den Ausgang des Rechtsstreites durch ein deklaratorisches Urteil gerichtlich feststellen lassen. Neben die Entscheidung über die Urteilsschelte durch gerichtlichen Zweikampf tritt eine freie Untersuchung der Voraussetzungen des gescholtenen und an das Königsgericht gezogenen Urteils, welche nicht an die volksrechtlichen Beweisregeln gebunden ist. In direktem Gegensatz zum Verhandlungsprinzipe des Rechtsganges wurde in karolingischer

Zeit das Frageverfahren, inquisitio, eingeführt. Der königliche Beamte wählte eine Anzahl glaubwürdiger Gemeindegenossen aus, die auf ein eidliches Wahrheitsversprechen hin inquiriert wurden. Diese inquisitio benutzte man in Verwaltungsangelegenheiten und im Prozesse. Sie wurde u. a. als Rügeverfahren angewendet, um Verbrechen auf die Spur zu kommen, hinsichtlich deren keine oder doch keine formell gültige Privatklage vorlag. Der Gerügte reinigte sich durch Eid mit Helfern, eventuell durch ein Ordal. Wurde er beweisfällig, so trat Bestrafung von Amts wegen ein, ebenso im Fall der handhaften Tat, wenn ein Privatkläger fehlte. Auf einer Rezeption des geschilderten Rügeverfahrens beruht das Verfahren, das die fränkische Kirche in den kirchlichen Sendgerichten zur Ausbildung brachte. Das Verfahren bei handhafter Tat ist in dieser Periode regelmäßig bereits ein Rechtsverfahren, das die Vollstreckung der Friedlosigkeit dem Richter vorbehält. Der mit Gerüfte verfolgte oder festgenommene Missetäter darf nicht mehr ohne weiteres getötet, sondern nur noch gebunden und vor den Richter gebracht werden, er müßte sich denn der Festnahme widersetzen. Ohne daß es einer Vorladung und einer rechtsförmlichen Klage bedurfte, wird der gebundene Verbrecher, dem das Recht der Antwort und des Unschuldsbeweises versagt ist, von Amts wegen gerichtet, nachdem der Urheber der Festnahme, der bei allgemein friedlos machenden Taten nicht gerade der Verletzte zu sein brauchte, die handhafte Tat mit Eidhelfern beschworen und damit die Rechtmäßigkeit der Festnahme und Bindung bewiesen hat. Nur noch bei gewissen Verbrechen, so z. B. bei nächtlichem Diebstahl, darf der handhafte Verbrecher wie einst ohne jedes Rechtsverfahren getötet werden.

3. Die Ausbildung eines richterlichen Vollstreckungsverfahrens. Die außergerichtliche Pfandnahme, wie sie das Volksrecht dem Gläubiger auf Grund eines gerichtlichen oder außergerichtlichen Versprechens gestattete, wurde bei den meisten Stämmen an die Voraussetzung richterlicher Erlaubnis geknüpft. Das salische Recht stellte ihm statt der Selbstpfändung die Auspfändung des Schuldners durch den Grafen oder dessen Unterbeamten zur Verfügung, eine königsrechtliche Neuerung, die bei den Franken die Selbstpfändung verdrängte. War ein Bußschuldner insolvent, so wurde er, wenn die Verwandten oder Dritte ihn nicht auslösten, in die Gewalt und Willkür des Klägers gegeben; doch gestattete das karolingische Königsrecht dem Schuldner, diese äußerste Konsequenz durch freiwillige Begebung in rechtlich geregelte Schuldknechtschaft abzuwenden. Im Ungehorsamsverfahren, für das früher nur die Friedloslegung zu Gebote stand, wurde jetzt zunächst die richterliche Pfandnahme, in Strafsachen auch die Verhaftung zulässig. Soweit man die Friedlosigkeit noch verhängte, erschien sie als Entziehung des Königsschutzes, welcher das Recht der karolingischen Zeit als Vorstufe einen provisorischen Vorbann des Grafen (forbannitio) vorausgehen ließ. Während die richterliche Auspfändung sich nur auf Mobilien erstreckte, entwickelte sich unter den Karolingern eine richterliche Exekution in das gesamte, auch in das unbewegliche Vermögen des Beklagten, die Fronung oder missio in bannum regis. Auch sie war eine Abspaltung der Friedlosigkeit, indem diese nur gegen das Vermögen, nicht auch gegen die Person des Säumigen Platz griff. Das Gut des Beklagten wurde vom Grafen mit Beschlag belegt und fiel, wenn es jener nicht binnen Jahresfrist aus dem Banne zog, dem Fiskus anheim, soweit es nicht zur Befriedigung des Klägers in Anspruch genommen wurde.

4. Die Reform des Beweisverfahrens. Der Eidhelferbeweis wurde erschwert, indem man die Eidhelfer einzeln schwören ließ. Soweit der Schwörende das Recht hatte, die Eidhelfer auszuwählen, war er in der Regel nicht mehr auf den Kreis seiner Magen beschränkt. In bestimmten Fällen erlaubte man dem Gegner des Beweisführers, die Zahl der Eidhelfer zu überbieten und diesen hierdurch zum Aufgeben der Beweisrolle oder zum Schwur mit der gleichen Anzahl von Eidhelfern zu zwingen. Um die Glaubwürdigkeit des Zeugnisses zu erhöhen, wurde die Zeugenfähigkeit von einem bestimmten Vermögensmaß abhängig gemacht, wurde ferner ein Verhör der Zeugen vorgenommen, ehe man sie zum Eide zuließ, und wurde die Aufstellung von Gegenzeugen gestattet. Wenn die Aussagen der Zeugen und Gegenzeugen nicht übereinstimmten, entschied der Zweikampf der Zeugen. Das Verfahren mit Urkunden gestaltete sich verschieden bei

Königsurkunden und bei Privaturkunden. Die Privaturkunde erforderte die Zuziehung von Zeugen; denn sie lieferte, wurde sie bestritten, an sich keinen Beweis, sondern es mußten die Urkundszeugen für sie eintreten, indem sie die Wahrheit des Urkundeninhalts bezeugten. Die fränkischen Volksrechte kennen eine schlichte und eine rechtsförmliche Anfechtung der Urkunde. Letztere charakterisiert sich dadurch, daß derjenige, der die Urkunde schilt, sie vor Gericht durchstößt (allgemeine Rechtsform, um eine Urkunde zu entkräften), worauf hin die Zeugen (salisches Recht) oder Zeugen und Schreiber (ribuarisches Recht) die Wahrheit der Urkunde, eventuell durch gerichtlichen Zweikampf, erhärten mußten. Die Königsurkunde ist dagegen unanfechtbar. Da sie somit an sich vollen Beweis liefert, bedarf sie keiner Zeugen. Die fränkischen Könige (und die letzten Hausmeier) urkunden daher in der Regel zeugenlos.

Besondere prozessualische Grundsätze konnten im Königsgerichte und in den als Emanationen des Königsgerichtes erscheinenden Gerichten des Pfalzgrafen und der königlichen missi in Anwendung kommen. Das Königsgericht konnte grundsätzlich in allen Rechtsstreitigkeiten kompetent werden und konkurrierte insofern mit den Volksgerichten; insbesondere entschied es, wenn das ordentliche Gericht die Rechtshilfe verzögerte, versagte oder zu gewähren außerstande war. Um die Kompetenz des Königsgerichtes im einzelnen Falle formell zu begründen, waren schriftliche Mandate der königlichen Kanzlei, sogen. indiculi regales, in Übung, die zu Händen des Klägers ausgestellt wurden. Der König war außerdem befugt, im einzelnen Falle die Formen des strengen Rechts außer Kraft zu setzen und nach Billigkeit entscheiden zu lassen, sowie überhaupt Prozeßprivilegien zu erteilen. So gab er in den Mundbriefen jenen, die er in höheren Schutz aufnahm, das Reklamationsrecht, das ist das Recht, einen Prozeß aus dem Gaugerichte an das Königsgericht zu ziehen, damit er dort secundum aequitatem entschieden werde. Während das volksgerichtliche Verfahren die Stellvertretung vor Gericht grundsätzlich versagte, durfte sie das Königsgericht in Fällen echter Not einer Prozeßpartei gestatten und konnte man durch besonderes königliches Privilegium das Vorrecht erlangen, sich in jedem Gerichte vertreten zu lassen. Vorbehaltene Beweisinstitute des königsgerichtlichen Verfahrens waren das Gerichtszeugnis und der Inquisitionsbeweis. Während sonst gerichtliche Akte, falls sie hinterher bestritten wurden, durch die formalen Beweismittel des volksrechtlichen Verfahrens bewiesen werden mußten, konnten sie im Königsgerichte durch Gerichtszeugnis konstatiert werden, das irgend einer Anfechtung nicht unterlag. Der Inquisitionsbeweis bestand in der Anwendung des Frageverfahrens als Beweismittel in Zivilsachen und zwar namentlich in Streitigkeiten um Grundbesitz, Freiheit und Eigenleute. Die Inquisitionszeugen wurden von Amts wegen ausgewählt und bei Königsbann vorgeladen, eingeschworen und inquiriert. Ihr Wahrspruch war einer Anfechtung durch die Partei nicht ausgesetzt. Die Inquisitionsgewalt, d. h. die Befugnis, den Inquisitionsbeweis anzuordnen, besaß nur der König, der zu diesem Zwecke besondere Mandate erließ (brevia, indiculi inquisitionis). Allgemeine Inquisitionsvollmacht hatten die königlichen missi, und in dieser Beziehung waren Witwen, Waisen und Hilfsbedürftige ihrer besonderen Obsorge empfohlen. Einzelne Parteien hatten Inquisitionsrecht, d. h. die Befugnis, die Anwendung der inquisitio in ihren Prozessen vor jedem Richter zu verlangen, so der Fiskus für das durch mannigfaltige Prozeßvorrechte privilegierte Königsgut, so zahlreiche Kirchen, denen der König dieses Recht besonders verliehen hatte.

C. Das Deutsche Reich bis zum Ausgang des fünfzehnten Jahrhunderts.

I. Allgemeine Rechtsgeschichte.

§ 23. Das Deutsche Reich. Das Deutsche Reich wurde nach seiner Entstehung zunächst als ein Teil oder als die Fortsetzung der fränkischen Monarchie angesehen. Etwa

ein halbes Jahrhundert lang hatte das neue Staatsgebilde um seine Konstituierung zu ringen. In den einzelnen Stammesgebieten war eine stammesherzogliche Gewalt entstanden oder im Entstehen begriffen, mit der das Königtum sich auseinander zu setzen hatte. Eine Zeitlang schien es zweifelhaft, ob die deutschen Stämme, die sich unter Arnulf erhoben hatten, vereinigt bleiben würden. Die Bande, die sie trotzdem zusammenhielten, waren die königliche Gewalt und die harte Notwendigkeit, die Angriffe äußerer Feinde, insbesondere die der Ungarn, abzuwehren. Nachdem Heinrich I. durch weitgehende Nachgiebigkeit gegen die Herzogtümer die Anerkennung und Duldung der königlichen Gewalt erreicht hatte, legte Otto I. die dauernden Grundlagen der politischen Einheit. Mit ihm begann jene Periode der deutschen Geschichte, die wir als die Zeit der vollen Machtentfaltung des Deutschen Reiches bezeichnen dürfen. Diese erreichte ihren Höhepunkt unter Konrad II. (1024—1039). Die Kraft des Königtums beruhte auf der Verbindung mit einem von ihm abhängigen, geförderten und national gesinnten Episkopat. In raschem Aufschwung erlangte das Deutsche Reich die unbestrittene Vorherrschaft in Europa. Otto I. ließ sich 962 zum Kaiser krönen. Seitdem gab die deutsche Königswürde den Anspruch auf die Würde des römischen Kaisers.

Die universale Stellung, die der deutsche König durch die Kaiserwürde erlangte, führte zu langwierigen Kämpfen mit der ultramontanen Hierarchie und zu einer endgültigen Schwächung der königlichen Gewalt. Eine Reichspolitik, die sich grundsätzlich auf die Bischöfe stützte, ließ sich nur durchführen, solange der König die Kirche beherrschte, insbesondere die Bischöfe ernannte. Die Herrschaft über den deutschen Episkopat war aber nur dann auf die Dauer gesichert, wenn der deutsche König Italien in fester Hand und damit den Papst in Abhängigkeit hielt. Allein nachdem das Papsttum in die Hände einer von Heinrich III. geförderten kirchlichen Reformpartei gelangt war, die sich die Unabhängigkeit der Kirche von der weltlichen Gewalt zum Ziele setzte, wurde der Papst aus einem Schützling zu einem Gegner des Königtums. Gregor VII. eröffnete den Kampf durch das Verbot der Laieninvestitur. Den Investiturstreit schlichtete zwar das Wormser Konkordat von 1122, aber ohne den Gegensatz zwischen Kaisertum und Papsttum aus der Welt zu schaffen. Im Investiturstreit hatte sich das Papsttum zu einer dem deutschen Königtum ebenbürtigen Macht erhoben. Durch die Leitung der Kreuzzüge erlangte es die politische Führung des Abendlandes. Damit war an sich der Anlaß zu fortgesetzten Reibungen zwischen den beiden Gewalten gegeben. Die Zeit der Kämpfe zwischen dem Kaisertum und dem Papsttum, das in den deutschen Fürsten Bundesgenossen gewonnen hatte, fand ihren Abschluß mit dem Untergange der Staufer.

Die Früchte des Kampfes ernteten in Deutschland die deutschen Fürsten. Die Notwendigkeit wiederholten Eingreifens in Italien, dessen Beherrschung den eigentlichen Zankapfel bildete, hatte das deutsche Königtum von seinen heimischen Aufgaben abgezogen. Während es in der Fremde seine Kraft verzehrte, büßte es die Grundlagen seiner Machtstellung in Deutschland ein, wo inzwischen die höheren Reichsbeamten sich zu Landesherren ihrer Amtsbezirke aufschwangen. Nach dem Interregnum hat es das Königtum bereits verlernt, den Gedanken der Reichseinheit in sich zu verkörpern. Da die Königswahlen seitdem von einem Geschlechte zum anderen übersprangen, beuteten die deutschen Könige in dem Bewußtsein, daß die Krone ihrem Hause nicht verbleiben werde, ihre Stellung zu Gunsten ihrer Hausmacht aus. So wirkte die Zentralgewalt selbst für die Erhöhung der Territorialgewalten und gab das Beispiel partikularistischen Strebens. Seit das Reich im Königtum keinen rechten Halt mehr fand, sahen sich die Reichsstände im eigenen Interesse genötigt, das des Reiches wahrzunehmen, das allmählich auf föderativer Grundlage umgebaut wurde und den Charakter einer Staatenrepublik annahm.

§ 24. Die Besitzverhältnisse. Zu dem wirtschaftlichen Gegensatz von großem, mittlerem und kleinem Grundbesitz, wie ihn die fränkische Periode angebahnt hatte, traten zahlreiche Unterscheidungen in der rechtlichen Qualifikation des Besitzes. Der Zug der Zeit ging auf Verdinglichung ihrer Natur nach nichtdinglicher Rechtsverhältnisse. Fast alle öffentlichen Rechte und Pflichten wurden auf Grund und Boden radiziert. Das subjektive

Recht wurde zur Gerechtsame, die Verpflichtung wurde zur Last. Das öffentliche Recht hat darum in dieser Periode ein wesentlich privatrechtliches, ein sachenrechtliches Gepräge.

Die Formen der Leiheverhältnisse, die in fränkischer Zeit entstanden waren, dehnten sich aus. Neue gesellten sich hinzu. Der größere allodiale Grundbesitz wurde zum Lehen. Den kleineren saugte die Grundherrschaft auf. Der freie Bauernstand nahm weiter ab. Schließlich stand der größere Teil von Grund und Boden im Nexus der Leiheverhältnisse. Er war sozusagen auf den Stufenbau der Lehnshierarchie gestellt, auf welchem der kleinere Besitz vom größeren abhängig war. Nicht bloß der Mann, auch das Gut hatte seinen Heerschild. In Gemeinschaft mit ausgedehnten Hoheitsrechten bildete der Besitz, mit welchem das zum Lehen gewordene Fürstenamt ausgestattet war, die reale Grundlage des Fürstentums. Als rechtlich höher qualifizierte Besitztümer erscheinen ferner die Grundherrschaften mit mehr oder minder ausgedehnter Gerichtsbarkeit über die Hintersassen, sowie die Güter, die zum Schöffenamte und zur Leistung des Reiterdienstes befähigten. Der kleinere Besitz war mit Abgaben und Lasten beschwert. Auf der untersten Stufe standen die niederen Leiheverhältnisse aus dem Gebiete des Hofrechts.

In der Zeit vom neunten bis zum dreizehnten Jahrhundert vollzog sich der Ausbau des Landes westlich der Elbe durch Rodung des unkultivierten Bodens. Die vorhandenen Feldmarken wurden dadurch erweitert, neue wurden auf Waldboden angelegt und besiedelt. Die Rodung ging hauptsächlich von geistlichen und weltlichen Grundherren aus.

Die grundherrliche Landwirtschaft beruhte zumeist auf der hofrechtlichen Leihe und dem Fronhofsystem. Die grundherrlichen Besitzungen, die häufig keinen zusammenhängenden Komplex, sondern Streubesitz bildeten, waren zum größten Teile an Hintersassen, Hörige oder freie Zinsleute ausgetan. Mittelpunkt der zu einer Verwaltungseinheit vereinigten Höfe war der Fronhof oder Salhof. Diesem war regelmäßig ein villicus, Meier, als herrschaftlicher Beamter vorgesetzt. Er bewirtschaftete das zum Salhof gehörige unmittelbare Herrenland (Salland), übte im Namen des Herrn dessen Rechte über die Hintersassen und deren Hufen aus und waltete als Rentmeister des Herrn, indem er von den leiherechtlich besetzten Hufen die Zinse, Zehnten und Abgaben eintrieb. In größeren Grundherrschaften gab es als Zwischenstufen zwischen Grundherrn und Meiern größere Haupt- oder Oberhöfe, die mehreren Villikationen übergeordnet waren.

Die gemeinen Marken oder Almenden erfuhren eine fortschreitende Verkleinerung. Es gab nicht mehr Marken ganzer Hundertschaften, sondern nur noch Marken einzelner oder mehrerer Dörfer und Bauerschaften. Den freien Markgenossenschaften traten grundherrliche und gemischte zur Seite. Die ursprünglich ungemessenen Nutzungsrechte der Markgenossen verwandelten sich in gemessene. So wurde das Weiderecht vielfach beschränkt auf die Stückzahl Vieh, das der einzelne durchwintern konnte, das Recht der Rodung nur noch auf Hammerwurfsweite gestattet oder an die Genehmigung der Markgenossenschaft gebunden. An den Nutzungen nahmen regelmäßig nur diejenigen teil, die in der Mark eigenes Feuer und eigenen Rauch hatten, das heißt mit eigenem Haushalt angesessen waren. Über Markangelegenheiten verhandelte und beschloß das Märkerding, das unter der Leitung des Obermärkers, Wald- oder Holzgrafen tagte, die Marknutzungen regelte, die Markbeamten wählte und über Markfrevel richtete. In den grundherrlichen Markgenossenschaften war stets der Grundherr Obermärker, in den gemischten hat er das Amt in der Regel an sich gebracht.

Im zwölften Jahrhundert begann eine starke Abwanderung bäuerlicher Elemente nach dem Osten in die rechts der Elbe eroberten und in außerdeutsche Gebiete. Vom dreizehnten Jahrhundert ab zogen die Ostmarken und die östlichen Nachbarländer des Reiches deutsche Kolonisten zur Hebung der Kultur und des Wohlstandes systematisch heran. Wollte ein Fürst, eine Kirche oder ein Grundherr ein Gebiet mit deutschen Kolonisten besiedeln, so übertrug er die Anwerbung und Ansiedlung einem Unternehmer, locator. Dieser erhielt etliche Freihufen und das erbliche Schulzenamt. Die deutschen Bauern empfingen ihre Hufen zu Erbzinsrecht. Wo in den deutschen Grenzlanden wendische Bauern sitzen blieben, hatten sie regelmäßig schlechteres, später sogen. lassitisches Besitzrecht, kraft dessen sie das Gut nur auf taugliche Söhne vererbten und nicht veräußern durften. Ver-

hältnismäßig bescheiden war in den deutschen Ostmarken neben dem bäuerlichen der ritterschaftliche Besitz. Der Ritter erhielt durchschnittlich vier bis sechs Hufen Landes, die er vermutlich von dienstpflichtigen slavischen Kossäten bebauen ließ. Erst nach dem Ausgang des Mittelalters kam es östlich der Elbe zur Ausbildung größerer und geschlossener Rittergüter.

In einem Teile der deutschen Stammlande, insbesondere im Nordwesten und in Hessen, setzte vom dreizehnten Jahrhundert ab eine Entwicklung ein, die zur örtlichen Auflösung des Fronhofsystems führte. An den hofrechtlichen Besitzständen hatte sich eine unbeschränkte oder doch eine beschränkte Erblichkeit des Hintersassenrechtes ausgebildet. Die Leistungen der Hintersassen hatten sich als unwandelbare gewohnheitsrechtlich fixiert, die Naturallieferungen, soweit sie das Bedürfnis der grundherrlichen Hof- und Haushaltung überstiegen, vielfach in feste Geldrenten umgewandelt. Da lag es denn schließlich im Interesse der Grundherren, ihre Einkünfte zu erhöhen, indem sie die hofrechtlichen Leiheverhältnisse durch landrechtliche Leiheverträge ersetzten und die bisher mit Grundholden besiedelten Höfe unmittelbar in Zeitpacht gaben. Das Verwaltungsamt des Meiers fiel damit hinweg. Die Erledigung der Bauerhufen vermittelte nötigenfalls die Freilassung höriger Hintersassen, welche Zeitpächter wurden oder als Häusler in ihrem Hause sitzen blieben oder abwanderten. Die in Zeitpacht gegebenen Höfe hießen in Nordwestdeutschland Meiergüter, in Hessen Landsiedelgüter. Beide Besitzarten sind nachmals zur Erblichkeit durchgedrungen.

Anders als auf dem flachen Lande entwickelten sich die Besitzverhältnisse innerhalb der Stadtmauern. Hier vollzog sich der Übergang von der ausschließlichen Naturalwirtschaft zur Geldwirtschaft. Im dreizehnten Jahrhundert führte die Entwicklung des Handelsverkehrs ein geradezu rapides Wachstum der Städte und ihres Wohlstandes herbei. Die steigende wirtschaftliche Bedeutung, welche die Fahrhabe erlangte, wirkte auf die Grundbesitzverhältnisse in den Städten zurück. Den etwa vorhandenen, zu hofrechtlicher Leihe oder zu landrechtlicher Erbleihe besessenen Grund und Boden überragte innerhalb des Stadtbezirks der eigentliche städtische Grundbesitz, den man als freies Eigen besaß, oder den ein Grundherr zu städtischer Leihe nach Burgrecht oder Weichbild erblich verliehen hatte. Städtischer Leihe- und Eigenbesitz stand unter städtischer Gerichtsbarkeit und wurde die Grundlage des Bürgerrechts. Während auf dem flachen Lande der bäuerliche Grundbesitz in steigendem Maße belastet wurde, hat sich in den Städten der Leihebesitz allmählich entlastet, indem die gegen Zinspflicht verliehene Baufläche in das Eigentum des Beliehenen überging und das ursprüngliche Eigentum des Verleihers sich in ein Rentenrecht umsetzte, das schließlich der Ablösung anheimfiel.

§ 25. Das Ständewesen. Das Ständewesen erfuhr im Anschluß an die Entwicklung der fränkischen Zeit eine allmähliche, aber tiefgreifende Umbildung, indem gewisse Berufsklassen zunächst zu einer gesellschaftlichen Sonderstellung gelangten und dann zu Berufsständen wurden, die schließlich zur Entstehung von Geburtsständen führten. Dabei wurde innerhalb der einzelnen Berufsklassen der Gegensatz von Freiheit und Unfreiheit dergestalt überwunden, daß unfreie Personen auf Grund des Berufs in die Freiheit aufstiegen, freie in Hörigkeit herabsanken.

Unter den Freien gestaltete sich die ständische Gliederung verschieden nach Landrecht und nach Lehnrecht. Landrechtlich bildeten den höchsten Stand die Fürsten, ein aus der fränkischen Amtsaristokratie hervorgegangener Amtsadel. Als Fürsten galten vor 1180 alle Inhaber gewisser höherer Ämter, nämlich Erzbischöfe, Bischöfe und Reichsäbte, der Reichskanzler, Herzoge, Markgrafen und Grafen, mochten sie nun ihre Ämter und Lehen unmittelbar vom König oder von einem anderen Fürsten haben. Gleichzeitig mit der Zertrümmerung des Stammesherzogtums, wie sie sich durch den Sturz Heinrichs des Löwen vollendete, trat hierin eine Änderung ein, die den Begriff des Fürstentums nach lehnrechtlichen Gesichtspunkten einschränkte. Seit 1180 entstand nämlich der jüngere Reichsfürstenstand, der die Reichsunmittelbarkeit voraussetzte. Von den weltlichen Herren wurden nur noch jene als Fürsten angesehen, die mindestens eine Grafschaft unmittelbar vom

König zu Lehen trugen und keines anderen weltlichen Reichsfürsten Lehnsmannen waren. Auf die Fürsten folgten nach der Lehre des Sachsenspiegels die freien Herren, Besitzer von allodialen oder lehnrührigen Grundherrschaften mit mehr oder minder ausgedehnter Gerichtsherrlichkeit. Als einen unter den freien Herren stehenden Stand nennt der Sachsenspiegel die Schöffenbarfreien, scepenbare lude. Zu ihnen zählen die Grundbesitzer von mindestens drei Hufen Landes, die einem altfreien Geschlechte angehören, den Reiterdienst leisten und zum Schöffenamt im Grafschaftsgerichte fähig sind und zwar auch dann, wenn sie mit Vorbehalt ihrer Schöffenbarkeit in die Ministerialität eingetreten waren, ferner solche Reichsministerialen, die nach erfolgter Freilassung ein Schöffenamt und den erforderlichen Grundbesitz erhalten hatten. Den vierten landrechtlichen Stand bilden nach Sachsenrecht die Pfleghaften oder Biergelden (bargilden), freie Grundbesitzer, welche, weil sie den zum Reiterdienst gewordenen Heerdienst nicht zu leisten vermochten, mit einer ständigen Abgabe belastet waren; den fünften die Landsassen, die kein Eigen hatten, fremden Grund und Boden bebauten, ohne an die Scholle gebunden zu sein und ohne einer anderen als der öffentlichen Gerichtsbarkeit zu unterstehen.

In Süddeutschland kannte man unterhalb des Standes der Fürsten gegen Ende des dreizehnten Jahrhunderts nur freie Ritter und freie Bauern. Jene zerfielen wieder in hochfreie und in mittelfreie Ritter.

Einen besonderen Stand bildeten die Ministerialen, Dienstmannen. Ursprünglich Eigenleute, die der Herr mit einem Hausamte betraute, wurden sie seit der Ausbildung des Reiterdienstes vorzüglich zu diesem verwendet. Wie früher die Vasallität gelangte nunmehr die Ministerialität durch Abschichtung zur wirtschaftlichen Selbständigkeit, indem die Ministerialen aus dem Haushalte des Leibherrn ausschieden und mit Dienstlehen ausgestattet wurden, einer zunächst hofrechtlichen Besitzform, welche Eigenschaften des Zinsgutes und des echten Lehens in sich vereinigte. Die ritterliche Beschäftigung hob die Ministerialen gesellschaftlich auf eine Stufe mit den rittermäßigen Freien, eine Stellung, mit welcher freilich das rechtliche Merkmal der Unfreiheit seltsam kontrastierte. Gegen die bäuerliche Bevölkerung schloß sich die Ministerialität dadurch ab, daß den Bauersöhnen reichsgesetzlich verboten wurde, Ritter zu werden. Andererseits haben sich, um Dienstlehen zu erhalten, deren Verleihung für den Herrn vorteilhafter war, als die Verleihung echter Lehen, vollfreie Leute nicht selten mit Vorbehalt gewisser Freiheitsrechte, namentlich der Schöffenbarkeit im gräflichen Gerichte, in die Ministerialität ergeben. In Süddeutschland konnten nur Fürsten Ministerialen im eigentlichen Sinne haben. Wo diese Regel galt, schieden sich die unfreien Ritter in zwei Stände, indem den Ministerialen die übrigen als milites, Ritter schlechtweg, gegenübergestellt wurden. Letzteren fehlte die aktive Lehnsfähigkeit, ja sogar die Ebenbürtigkeit mit den eigentlichen Dienstmannen. Der Abstand zwischen der sozialen und der rechtlichen Lage der Ministerialen und unfreien Ritter glich sich seit dem dreizehnten Jahrhundert allmählich aus. Sie traten in den Kreis der freien Ritter ein und lieferten das hauptsächliche Kontingent für den niederen Adel der neueren Zeit.

Die lehnrechtliche Ständescheidung schildern uns die Rechtsbücher des dreizehnten Jahrhunderts in dem System der Heerschilde. Den ersten Heerschild hat der König; im zweiten stehen die Pfaffen-, im dritten die Laienfürsten; nach dem Sachsenspiegel haben den vierten die freien Herren, den fünften die Schöffenbarfreien und die Ministerialen, den sechsten die Mannen der Inhaber des fünften Schildes; der siebente Schild bleibt im Sachsenspiegel unbenannt. Nach dem Schwabenspiegel stehen im vierten die Hochfreien, im fünften die Mittelfreien, im sechsten die Ministerialen, im siebenten alle übrigen ritterfähigen Leute. Die praktische Bedeutung des Heerschildsystems lag aber darin, daß niemand von einem Heerschildgenossen Lehen nehmen konnte, ohne seinen Schild zu erniedern und aus der bisherigen Schildgenossenschaft auszuscheiden. Als lästige Schranke gegen den Verkehr mit Lehen wurden die Heerschildregeln zuerst durch Scheingeschäfte umgangen und gerieten dann seit dem vierzehnten Jahrhundert allmählich in Vergessenheit.

In den Städten zeigt die ständische Entwicklung nicht eine differenzierende, sondern

eine nivellierende Tendenz. Sie ging dahin, daß die anfänglich vorhandenen Geburtsstände verschwanden und aus der Aufhebung der ursprünglichen Gegensätze ein freies, standesgleiches Bürgertum erwuchs. Die Bevölkerung der älteren Städte schied sich in Freie, in Ministerialen des Stadtherrn und in hörige Handwerker. Seit dem elften Jahrhundert strömten zahlreiche freie Bevölkerungselemente vom flachen Lande in die Städte ein. Bei Erhebung eines Ortes zur Stadt, bei Gründung einer Stadt fand regelmäßig eine Besiedelung der Stadt mit freien Kaufleuten und Handwerkern statt. Schließlich wurde die persönliche Freiheit der Einwohner ein Merkmal der Stadt. Im jüngeren Mittelalter galt der Grundsatz: die Luft macht frei, kraft dessen ein Unfreier, der sich Jahr und Tag unbehelligt in der Stadt aufgehalten hatte, als Freier behandelt wurde. Um ihre Macht zu erhöhen, pflegten die Städte Grundbesitzer und andere Personen, die außerhalb der Stadtmauern wohnten, durch Erteilung des Bürgerrechtes in den Stadtverband aufzunehmen. Solche Bürger unterstanden der Stadtgerichtsbarkeit, hatten die Befugnis, in der Stadt zu verkaufen, waren der Stadt zu kriegerischem Dienste verpflichtet und hießen Ausbürger oder Pfahlbürger. Innerhalb der Bürgerschaft standen die Reicheren und Vornehmeren als Alt-, Voll- oder Erbbürger den minderberechtigten Handwerkern und Kleinkaufleuten gegenüber, die zunächst von den städtischen Ämtern und vom Stadtrate ausgeschlossen waren. In die Klasse der Altbürger gingen die Ministerialen auf, soweit sie nicht völlig aus der Stadt verdrängt wurden.

Die Handwerker gliederten sich nach gewerblichen Genossenschaften, die als Ämter, Innungen, Zünfte, Gaffel oder Gilden bezeichnet wurden. Diese erlangten die Bedeutung öffentlichrechtlicher Körperschaften, hatten Gerichtsbarkeit und Polizeigewalt in Gewerbesachen, besaßen das Recht, die Genossen zu besteuern, gaben sich eine militärische Organisation und eröffneten im Laufe des vierzehnten Jahrhunderts zuerst im südlichen, dann im nördlichen Deutschland den Kampf um die rechtliche Gleichstellung mit den Altbürgern, als dessen Ergebnis allenthalben eine mehr oder minder ausgedehnte Demokratisierung der Stadtverfassung eintrat.

Als im Heerwesen der Reiterdienst durchgedrungen war, wurde die Landbevölkerung, die diesen Dienst nicht leistete, als die bäuerliche unter dem Namen rustici, homines rusticani, rusticanae conditionis von der ritterlichen unterschieden. Ein Teil der Bauern zählte zu den freien landrechtlichen Ständen, jene nämlich, die auf einem mit Abgaben belasteten Eigen saßen, und jene, die ihre Hufen auf Grund landrechtlicher Erbleihe oder in Zeitpacht inne hatten. Ständisch tiefer standen die Landleute, die zum Hofe eines Grundherrn, am tiefsten jene, die einem Leibherrn gehörten.

An den Höfen der größeren Grundherren zeigt noch im zehnten Jahrhundert die Bevölkerung eine ungefähr ähnliche ständische Mischung wie in den Städten. Sie bestand aus Ministerialen, aus freien hintersässigen Vogteileuten, aus Hörigen und Eigenleuten. Während aber in den Städten der Stand der Freien die Oberhand gewann und die tieferstehenden Klassen zu sich emporzog, schlug die Entwicklung an den Höfen der Grundherren die entgegengesetzte Richtung ein. Hier wuchsen, nachdem die Ministerialen oder milites ausgeschieden waren, die verschiedenen ständischen Elemente in eine grundhörige Gemeinde zusammen. Den Kern gaben die Halbfreien ab, die Laten des Nordens, die Barschalke des Südens. Mit ihnen verschmolzen die freien mansionarii, während andererseits die auf bäuerlichen Höfen angesiedelten Knechte ohne besondere Freilassung regelmäßig für Laten galten. Sie gehörten sämtlich vor das grundherrliche Gericht, waren an die Scholle gebunden (glebae adscripti), entrichteten Kopfzins, Heiratssteuer und Erbschaftsabgaben.

Tiefer standen die nicht auf bäuerlichen Nahrungen angesiedelten Knechte, die Unfreien aus dem Hausgesinde und die ländlichen Arbeiter (dagescalci, dagewerchten). Hauptsächlich diese wurden seit dem dreizehnten Jahrhundert als homines proprii de corpore, seit dem vierzehnten als lîpeigen bezeichnet. Sie leisteten ungemessene Fronden oder Gesindedienst im Haushalt und standen samt ihrer Habe im Eigentum ihres Herrn. Von vornherein nicht sehr zahlreich ist die knechtische Bevölkerung in einzelnen Teilen Deutschlands schon gegen Ausgang des Mittelalters verschwunden.

§ 26. Die Rechtsbildung. Das geschriebene Recht der vorigen Periode kam im Deutschen Reiche allmählich außer Gebrauch. Die Leges und die Kapitularien gerieten in Vergessenheit, da sie nicht wie in Italien Gegenstand ständigen Rechtsunterrichts und literarischer Bearbeitung geworden waren. Die Umgestaltung der Verfassungsgrundlagen, die neuen Standesverhältnisse, die mit dem Kulturzustande sich ändernden Rechtsanschauungen schoben ihre Rechtssätze, auch wenn sie sich gewohnheitsrechtlich festgewurzelt hatten, allmählich beiseite. Der Gegensatz von Volksrecht und Amtsrecht verschwand nach der Auflösung des fränkischen Reiches. Das Recht ist bis ins dreizehnte Jahrhundert vorzugsweise wieder ungeschriebenes Recht, es wird durch Schöffensprüche fortgebildet, in zweifelhaften Fällen durch Aufnahme eines Weistums festgestellt, das heißt durch eine Aussage über geltendes Gewohnheitsrecht, die auf amtliche Anfrage hin von glaubwürdigen, rechtskundigen Männern abgegeben wird.

Die Rechtsbildung nahm denselben Gang wie die politische Entwicklung, den Gang der Vereinzelung und des Partikularismus, eine Erscheinung, die sich zumeist aus dem Mangel einer einheitlichen Gerichtsverfassung und aus der Entstehung zahlreicher Sondergerichte erklärt. Abgesehen von der aus der vorigen Periode überkommenen Besonderheit der Stammesrechte schieden sich für gewisse Rechtsverhältnisse, für bestimmte Bevölkerungsklassen und für einzelne Territorien neue Rechtsgebiete aus, die mit der Bildung von Sondergerichten zusammenhängen. Streitigkeiten aus dem Lehnsverhältnisse, sowohl des Herrn mit dem Lehnsmann als auch der Lehnsmannen untereinander, kamen vor das Lehnsgericht, an welchem der Herr als Richter, die Lehnsmannen als Urteiler fungierten. Das hier zur Ausbildung gelangende Recht ist das Lehnrecht, das Seitenstück zum Landrechte, das in den öffentlichen Gerichten der Grafschaft und der Hundertschaft gehandhabt wurde. Streitigkeiten der Grundholden wurden im Hofgerichte des Grundherrn entschieden. Der grundherrliche Beamte, der Vogt, Schulze oder Meier, war Richter, die Hofgenossen fanden das Urteil nach Hofrecht, das sich an den Höfen der verschiedenen Grundherren in sehr mannigfaltiger Weise gestaltete. Die Dienstmannen standen zu Recht vor dem Gerichte ihres Dienstherrn, das gleichfalls Hofgericht hieß. Mit der steigenden Bedeutung der Ministerialität streiften sie die Schranke des Dienstrechtes ab und wurden bezüglich ihrer Lehen des gemeinen Lehnrechts, im übrigen des Landrechts teilhaftig.

Die Stadt war ursprünglich kein besonderer Gerichts- und Rechtsbezirk; den verschiedenen Klassen der städtischen Bevölkerung fehlte ein gemeinsames Gericht und ein gemeinsames Recht. Die Freien lebten nach Landrecht, die Ministerialen nach Dienstrecht, die Hörigen nach Hofrecht. Aber mit der Entwicklung des Städtewesens bildete sich auf Grundlage der dem Stadtherrn zustehenden oder verliehenen Immunität und in Marktsachen für die Bürger der Stadt ein besonderes Stadtgericht aus, mit welchem der Ausgangspunkt eines den Städten eigentümlichen Stadtrechts gegeben war. In Nord- und Mitteldeutschland wird das Stadtrecht seit der zweiten Hälfte des zwölften Jahrhunderts als Weichbild bezeichnet. Nur in einzelnen Städten hat sich das Stadtrecht selbständig entwickelt (Urrechte). Viele Städte dagegen empfingen ihr Recht durch Bewidmung, d. h. indem sie sich das in einer anderen Stadt ausgebildete Stadtrecht übertragen ließen. Mittelst der Bewidmung entstanden ausgedehnte Stadtrechtsfamilien, unter denen die des magdeburgischen und des lübischen Rechtes die ansehnlichsten waren. Die Stadt des Mutterrechtes blieb gewöhnlich als Oberhof in dauernder Verbindung mit der Stadt des Tochterrechtes. Wenn nämlich die Schöffen dieser des Rechtes nicht weise waren, fragten sie um Rechtsbelehrung bei den Schöffen des Oberhofs an oder legten ihnen geradezu den Rechtsfall zur Entscheidung vor. Lübeck, Magdeburg, Eisenach und Frankfurt a. M. waren die berühmtesten Oberhöfe. Deutsches Stadtrecht drang auch über die Grenzen des Reiches in die benachbarten slavischen und ungarischen Lande ein. Die zahlreichen Kolonien, welche die Deutschen hier gründeten, wahrten sich das deutsche Stadtrecht. In Polen wurde magdeburgisches Recht wesentliches Merkmal des Stadtbegriffes und verpflanzte sich als allgemeines Stadtrecht selbst in Orte mit vollständig undeutscher Bevölkerung.

Als mit dem Emporkommen der Landesherrlichkeit sich innerhalb der Stammes-

gebiete selbständige Territorien ausgeschieden hatten, bildete sich in einigen davon ein vom allgemeinen Stammesrechte verschiedenes Territorialrecht, für welches das landesherrliche Gericht den Kristallisationspunkt abgab. So haben sich z. B. in Bayern, wo die Zersetzung des Stammesrechtes am meisten wirkte, für Österreich, Salzburg, Oberbayern und Steiermark besondere Territorialrechte entwickelt. Abgesehen hiervon hat manche kleinere Landschaft, mancher Gau sein Sonderrecht hervorgebracht.

Den einzelnen Faktoren der Besonderung des Rechtes vermag das einzige Organ zentraler Rechtsbildung, das deutsche Königsgericht, nur in sehr unvollkommener Weise entgegenzuwirken. Es besitzt nicht die dominierende Stellung, wie sie das fränkische Königsgericht besessen hatte. Während in den Untergerichten die Rechtsprechung an den herkömmlichen Dingstätten meist von ständigen Schöffen besorgt wurde und den Gegenstand eines lebenslänglichen, häufig erblichen Amtes abgab, wurden am jeweiligen königlichen Hoflager die Urteile nicht von ständigen Urteilfindern, sondern von den zufällig anwesenden Großen und Reichsministerialen gefunden. In dem Kampfe zwischen Rechtseinheit und Rechtsverschiedenheit hatten sonach die Organe örtlicher Rechtsbildung von vornherein den Vorzug festerer Ausgestaltung für sich.

Unter den Stammesrechten gewinnt auf Grundlage der ihm gewidmeten juristischen Literatur das sächsische die stärkste Konsistenz und die einheitlichste Ausbildung. Die Rechte der Schwaben, Bayern und Thüringer stehen unter dem beherrschenden Einflusse des fränkischen Rechtes, dessen Institutionen, infolge der starken fränkischen Kolonisation, zum Teil auch im Herrschaftsgebiete des sächsischen Rechtes Wurzel fassen. Das Recht der Bayern fällt in eine Anzahl selbständiger Territorialrechte auseinander; niemals ist hier der Versuch einer einheitlichen Darstellung des Rechtes gemacht worden, wie dies auf sächsischer, schwäbischer und fränkischer Erde geschah. In einer gewissen Abgeschlossenheit vollzieht sich auf beschränktem Geltungsgebiete die Fortbildung des friesischen Rechtes, dessen Rechtsquellen sich vor allen anderen durch die hohe Altertümlichkeit ihrer Bestimmungen auszeichnen.

Seit dem dreizehnten Jahrhundert taucht in Deutschland geschriebenes Recht in Masse auf. Seinem Ursprunge nach ist es entweder Satzung oder schlichte Rechtsaufzeichnung oder juristische Bearbeitung des Rechtes (Rechtsbücher). Als Sprache der Rechtsquellen tritt im dreizehnten Jahrhundert neben die lateinische die deutsche Sprache, die seit der Mitte dieses Jahrhunderts das Übergewicht erlangt. Neben dem geschriebenen Rechte behielt das ungeschriebene Gewohnheitsrecht ein ausgedehntes Herrschaftsgebiet.

§ 27. Quellen des Reichsrechtes. Das Reichsrecht liefert bis zur Mitte des zwölften Jahrhunderts nur spärliche Quellen. Tätiger wurde die königliche Gesetzgebung in der Zeit der Staufer, die einzelne ihrer Gesetze, um ihnen größere Verbreitung und höheres Ansehen zu verschaffen, in das Corpus iuris civilis einfügen ließen. Die Reichsgesetze wurden vom König mit der auf den Reichstagen eingeholten Zustimmung der Großen erlassen. Dem Inhalte nach haben wir unter den Reichsgesetzen hauptsächlich zwei Gruppen zu unterscheiden:

1. Landfriedensgesetze, constitutiones pacis. Seit dem Durchdringen des Reiterwesens wurde in den ritterlichen Kreisen das Fehdewesen so sehr ausgedehnt und nahm die Rechtsunsicherheit durch mißbräuchliche Selbsthilfe so sehr überhand, daß die öffentliche Gewalt nicht mehr in der Lage war, den zahlreichen Störungen des Friedens auf normalem Wege mit Hilfe der ordentlichen Rechtspflege und mit den Strafrechtssätzen der Stammesrechte zu steuern. Daher sahen sich die Könige genötigt, von Zeit zu Zeit Landfriedensgesetze zu erlassen, durch die der Friedensbruch unter höhere, meist peinliche Strafe gestellt wurde. In der Regel hatte die Aufrichtung des Landfriedens den Charakter einer beschworenen Einigung; er wurde nämlich von den Großen, mit denen der König ihn vereinbart hatte, beschworen, die ihn dann ihrerseits landschaftsweise beschwören ließen. Entweder verbieten die Landfriedensgesetze die Fehde schlechtweg oder sie knüpfen deren Ausübung an bestimmte rechtliche Voraussetzungen und Schranken. Entweder wird das Gesetz ohne zeitliche Beschränkung als ein dauerndes erlassen oder der Landfriede wird

nur auf eine bestimmte Zahl von Jahren errichtet, indem das Gesetz für diese Zeit eine Art beschworenen Standrechtes verkündigt. Die Bestimmungen über den Friedensbruch bilden nur den Kern der Landfriedensgesetze, diese enthalten auch sonstige strafrechtliche, prozessualische und polizeiliche Vorschriften. Den Reichslandfrieden sind zahlreiche provinzielle Friedenseinigungen teils vorausgegangen, teils zur Seite getreten.

Die für das ganze Reich errichteten Landfrieden reichen bis in die Zeit Heinrichs IV. zurück. Im Jahre 1103 wurde zu Mainz ein Landfriede auf vier Jahre beschworen. Das bedeutendste und berühmteste Landfriedensgesetz ist Friedrichs II. Constitutio Moguntina vom 15. August 1235, welche außer dem Fehdewesen und den Friedensbrüchen zahlreiche andere Materien, so z. B. Zoll- und Münzwesen, Geleitrecht, die Kirchenvogtei und die Organisation des Hofgerichtes betrifft. Sie wurde in amtlicher deutscher Redaktion verkündigt und etwa 1400 von dem Juristen Nikolaus Wurm glossiert. Auf dem Mainzer Landfrieden von 1235 beruhen in der Hauptsache die Landfrieden, die nach dem Interregnum von Rudolf I. und seinen nächsten Nachfolgern errichtet wurden. Neue und selbständige Bahnen sucht der Landfriede Albrechts II. von 1438 einzuschlagen, welcher das Fehderecht vollständig aufhebt und für die Handhabung des Friedens eine Einteilung des Reiches in vier Kreise projektiert. Dagegen wird ein bedingtes Fehderecht wieder anerkannt in der Frankfurter Reformation Friedrichs III. von 1442, die außerdem das Recht der Pfandnahme, Geleitrecht, Münzwesen und Vehme behandelt. Ein Landfriede wurde 1467 auf fünf, 1474 auf zehn Jahre von Friedrich III. errichtet. Endlich kam 1495 ein ewiger Landfriede zustande, den man auf den folgenden Reichstagen mehrmals republizierte, erläuterte und mit Zusätzen versah.

2. Verfassungsgesetze. Als solche sind mit Einschluß der Konkordate zu nennen das Wormser Konkordat vom 23. September 1122, das den Investiturstreit beendete, die Sententia de regalibus von 1158, betreffend die königlichen Regalrechte in Italien, nachmals auf Grund der Aufnahme in die Libri feudorum auch in Deutschland rezipiert, ferner zwei für die Entwicklung der Landeshoheit bedeutsame Gesetze, das Privilegium für die geistlichen Fürsten von 1220, das Statutum in favorem principum von König Heinrich auf einem Wormser Reichstage 1231 beschlossen, 1232 von Friedrich II. bestätigt, das auf einem Frankfurter Reichstage verabschiedete Gesetz Ludwigs des Bayern mit den Anfangsworten licet iuris vom 8. August 1338, Karls IV. goldene Bulle, Grundgesetz des Reichs für die Königswahl und für die Rechtsstellung der Kurfürsten, aber auch Vorschriften über Landfrieden, Pfahlbürger und anderes enthaltend, in ihrem ersten Teile (c. 1—23) am 10. Januar 1356 zu Nürnberg, in ihrem zweiten Teile (c. 24—31) am 25. Dezember 1356 zu Metz publiziert, das Konstanzer Konkordat von 1418 und das sogen. Wiener Konkordat vom 17. Februar 1448.

Zu den Quellen des Reichsrechtes zählen außer den Gesetzen die Mandate und Privilegien, die der König erließ oder gewährte und die Urteile des Königsgerichtes, zumal die in zweifelhaften Fragen getroffene Entscheidung für künftige gleichartige Fälle als Norm dienen sollte. Der Tätigkeit des Königsgerichtes verdanken auch die Reichssentenzen ihre Entstehung, Fürstenweistümer, die allgemeine Aussprüche über Rechtsfragen enthalten.

Die Reichsgesetze und andere Quellen des Reichsrechtes bis 1313 stehen bei Pertz, Mon. Germ. hist. Leges II. Eine bessere und vollständigere Sammlung bietet die Quartausgabe der Leges unter dem Titel: Constitutiones et acta publica imperatorum et regum, tom. I ed. Weiland 1893 (911—1197), tom. II ed. Weiland 1896 (1198—1272). Die jüngeren Reichsgesetze findet man zur Zeit in der Neuen und vollständigeren Sammlung der Reichs-Abschiede (Senckenberg-Kochsche Sammlung) 1747. Ein Abdruck der goldenen Bulle bei O. Harnack, Kurfürsten-Kollegium 1883, in revidierter Gestalt bei Altmann und Bernheim, Ausgewählte Urkunden zur Erläuterung der Verfassungsgeschichte Deutschlands, 2. Aufl. 1895, S. 47. Deutsche Reichstagsakten, Publikation der Münchener historischen Kommission, bis jetzt 11 Bände der älteren Serie, die Zeit von 1376 bis 1435 umfassend, besorgt von Weizsäcker, Kerler und anderen. Novae Constitutiones domini Alberti, d. i. der Landfriede v. J. 1235 mit der Glosse des Nicolaus Wurm, hrsg. v. Boehlau 1858. Franklin, Sententiae curiae regis, Rechtssprüche des Reichshofes im Mittelalter, 1870.

§ 28. Die Land- und Lehnrechtsbücher. Der Sachsenspiegel. Die literarische Bearbeitung des Rechtes hat ihren Ausgangspunkt in der epochemachenden Dar-

stellung des Sachsenrechtes, die uns im Sachsenspiegel vorliegt. Dieser wurde wahrscheinlich im dritten Jahrzehnt des dreizehnten Jahrhunderts, jedenfalls zwischen 1198 und 1235, von dem sächsischen Schöffen und Ritter Eike von Repkow verfaßt. Das Dorf Reppichau (Gau Serimunt), von welchem sein dort ansässiges Geschlecht den Namen führte, liegt zwischen Köthen, Dessau und Aken. Eike selbst erscheint in Urkunden von 1209 bis 1233. Er zählt zu den in die Ministerialität eingetretenen Schöffenbarfreien. Zuerst schrieb er sein Werk in lateinischer Sprache, um es dann auf Veranlassung des Grafen Hoyer von Falkenstein in deutscher Sprache, vermutlich in niedersächsischer Mundart, umzuarbeiten. Dem Texte des Rechtsbuches gehen vier Vorreden voraus, von denen die erste, die sogen. praefatio rhythmica, in ihrem zweiten Bestandteile Eike selbst zum Verfasser hat, der uns darin Aufschlüsse über die Entstehung seines Werkes gibt. Der Sachsenspiegel zerfällt in ein Landrechts- und in ein Lehnrechtsbuch. Jenes wurde etwa hundert Jahre nach seiner vermutlichen Abfassung von dem Glossator Johann von Buch in drei Bücher eingeteilt. Die Darstellung des Dienst-, Hof- und Stadtrechts hat der Verfasser von vornherein aus seiner Aufgabe ausgeschlossen. Die lateinische Vorlage des Landrechtes fehlt uns. Ein in lateinischer Reimprosa verfaßtes Lehnrechtsbuch ist uns in dem sogen. Vetus auctor de beneficiis erhalten. Eike von Repkow will zwar Sachsenrecht überhaupt darstellen, allein vielfach beschränkt sich die Geltung der Rechtssätze des Sachsenspiegels auf die ostfälischen Teile des sächsischen Stammesgebietes. Besondere Rücksicht finden die Verhältnisse der sächsischen Marken und das Sonderrecht der Nordschwaben. Hauptquelle der Rechtskunde Eikes war das Rechtsleben in den Gebieten der Bistümer Magdeburg und Halberstadt. Die Ausführungen über den Gottesfrieden (II 66, § 2) gehen mittelbar oder unmittelbar auf die gegen Ende des zwölften Jahrhunderts verfaßte Summa decretalium des Bernardus von Pavia zurück. Mit dem konservativen Geiste des Niedersachsen verfolgt Eike, wie er in der gereimten Vorrede erklärt, die Absicht, das von den Vorfahren überlieferte Recht darzustellen. Doch trübt an einzelnen Stellen eine gewisse Vorliebe für Zahlenmystik die Klarheit seines Blickes. Andererseits tritt er auf Grund scharf ausgeprägten Rechtsgefühls und juristischer Logik als bahnbrechender Reformator auf, indem er mit kühner Gestaltungskraft Rechtssätze formuliert, die erst nachmals auf Grund seiner Darstellung Rechtens geworden sind.

Der Sachsenspiegel gelangte rasch zu großem Ansehen. Obwohl Arbeit eines Privatmanns, wurde er in den sächsischen Gerichten gleich einem Gesetzbuch angewendet. Schon im vierzehnten Jahrhundert hielt man ihn für ein Werk kaiserlicher Gesetzgebung, indem man das Landrechtsbuch zum größten Teile Karl dem Großen, das Lehnrechtsbuch Friedrich I. zuschrieb. Der Sachsenspiegel wurde nicht nur in verschiedene deutsche Mundarten, insbesondere ins Hochdeutsche und ins Niederländische, sondern auch mehrfach ins Lateinische und außerdem in das Polnische übersetzt. Im vierzehnten Jahrhundert wurde er mit einer Glosse versehen. Die älteste Glosse des Landrechtes rührt von dem märkischen Ritter Johann von Buch, der im Jahre 1305 zu Bologna studiert hatte, und ist nach 1325, wahrscheinlich vor 1335, entstanden. Sie wurde später umgearbeitet und ergänzt, noch im vierzehnten Jahrhundert durch Nikolaus Wurm, im fünfzehnten durch Brand von Tzerstede und durch die Gebrüder Bocksdorf. Zum Sachsenspiegel Lehnrechtes wurde nach dem Muster der Buchschen Glosse um die Mitte des vierzehnten Jahrhunderts eine kürzere und dann eine sie erweiternde längere Glosse verfaßt, die 1386 durch Nikolaus Wurm umgearbeitet worden ist. Etwa ein halbes Jahrhundert später, als die Buchsche Glosse, entstand zu Stendal eine selbständige Glosse, die sowohl das Landrecht als das Lehnrecht des Sachsenspiegels erläutert.

Auf Grund des Sachsenspiegels entstand in Süddeutschland, vermutlich zu Augsburg, um die Mitte des dreizehnten Jahrhunderts der Spiegel der deutschen Leute, eine Arbeit, die sich nicht auf ein einzelnes Stammesrecht beschränken, sondern allgemein deutsches Recht darstellen will. Der Sachsenspiegel Landrechts ist darin bis II 12 § 13 den süddeutschen Verhältnissen entsprechend mit Benutzung verschiedenartiger deutscher und fremdrechtlicher Quellen umgearbeitet, von da ab mit wenigen Änderungen ins Oberdeutsche übersetzt. Das letztere gilt auch vom Lehnrecht. Der Deutschenspiegel wurde

übrigens bald verdrängt durch das kaiserliche Land- und Lehnrecht, den seit dem siebzehnten Jahrhundert mit Unrecht sogen. Schwabenspiegel, dessen unbekannter Verfasser, ein Mann geistlichen Standes, die im Deutschenspiegel unvollendete Arbeit zu Ende führte, indem er den ganzen Sachsenspiegel, wie er ihm in der Form des Deutschenspiegels vorlag, zu einer Darstellung des deutschen Rechtes überhaupt umarbeitete. Im Landrechte des sogen. Schwabenspiegels sind drei Teile zu unterscheiden, ein erster, welcher auf der bereits im Deutschenspiegel vollzogenen Umarbeitung fußt, ein zweiter, welcher die im Deutschenspiegel vorliegende Übersetzung des Sachsenspiegels umarbeitete und erweiterte, und endlich als ein dritter Teil eine nicht zur vollen Durcharbeitung gelangte Stoffsammlung, welche u. a. aus Stellen der Lex Alamannorum, der Lex Baiuwariorum und der Epitome Aegidii gebildet ist. Entstehungsort und Entstehungszeit des Rechtsbuches sind streitig. Nach einer älteren, namentlich durch Julius Ficker verteidigten und mit Recht herrschend gebliebenen Ansicht ist es in den Jahren 1274/75 und zwar wahrscheinlich zu Augsburg entstanden. Dagegen suchte Rockinger, der seit langen Jahren eine kritische Ausgabe des kaiserlichen Land- und Lehnrechts vorbereitet, auszuführen, daß es 1259 in Ostfranken und zwar in Bamberg abgefaßt und dann vor Ende des Jahres 1265 zu Würzburg umgearbeitet worden sei. Gleich dem Sachsenspiegel gelangte das kaiserliche Land- und Lehnrecht zu großer handschriftlicher Verbreitung und zu dauerndem Ansehen. Es wurde ins Lateinische, ins Französische und ins Tschechische übersetzt.

Beide Rechtsbücher wurden mit Rücksicht auf die Bedürfnisse einzelner Landschaften umgearbeitet. Bearbeitungen des Sachsenspiegels sind: 1. das Görlitzer Rechtsbuch, das in seinem lehnrechtlichen Teile auf den Vetus auctor de beneficiis zurückführt, 2. das noch unten zu erwähnende Breslauer Landrecht, 3. der sogen. holländische Sachsenspiegel, ein niederländisches, vielleicht im Gebiete des Bistums Utrecht von einem Geistlichen verfaßtes Rechtsbuch, das den Sachsenspiegel (in ziemlich selbständiger Weise) und dessen Glosse benutzt und außerdem mosaisches Recht und niederfränkisches Gewohnheitsrecht enthält, 4. das Schöffenrecht des Berliner Stadtbuchs von 1397 (Buch III), eine Bearbeitung des Sachsenspiegels, der Buchschen Glosse und des Richtsteigs Ldr. mit Berücksichtigung brandenburgischen Rechtes, 5. der livländische Spiegel, ein Auszug aus dem Sachsenspiegel, der die für Livland unpraktischen Sätze ignoriert, vermutlich im vierzehnten Jahrhundert verfaßt. Auf einer Bearbeitung des Schwabenspiegels beruht ein für das Bistum Freising ausgearbeitetes Landrechtsbuch; es hat vermutlich den Vorsprecher Ruprecht von Freising zum Verfasser, der 1328 mit Benutzung des Schwabenspiegels ein Freisinger Stadtrechtsbuch ausarbeitete. Beide Werke wurden im fünfzehnten Jahrhundert zu einem Rechtsbuche für Land und Stadt Freising verbunden.

In den letzten Jahren des dreizehnten oder in den ersten des vierzehnten Jahrhunderts, jedenfalls vor 1320, schrieb, wahrscheinlich im fränkischen Hessen, ein uns unbekannter Autor ein Rechtsbuch, welches das kleine Kaiserrecht genannt wird. Es will gemeines Recht darstellen, wie es Karl der Große der ganzen Christenheit gesetzt habe, und pflegt für die einzelnen Rechtssätze des Kaisers Gebot als Quelle anzuführen. Das Rechtsbuch zerfällt in den meisten Handschriften in vier Bücher, die vom Gerichtswesen, vom Privat- und Strafrecht, von den Reichsministerialen und vom Stadtrechte handeln. Besondere Rücksicht wird auf die Stellung der Reichsdienstmannen und auf die Reichsdörfer genommen.

Eine Ergänzung zum Sachsenspiegel, nämlich eine Darstellung des Prozesses der sächsischen Landgerichte, liefert der Richtsteig Landrechts, den der erwähnte Johann von Buch vermutlich um 1335 verfaßte. Noch im vierzehnten Jahrhundert arbeitete ein unbekannter Verfasser das Seitenstück zu diesem Rechtsbuche, den Richtsteig Lehnrechts, aus.

Sachsenspiegel: Homeyer, Des Sachsenspiegels erster Teil (Landrecht), 3. Ausg. 1861. Des Sachsenspiegels zweiter Teil nebst den verwandten Rechtsbüchern, I 1842, II 1844. Ssp. Ldr. (obersächsischer Text), hrsg. v. Weiske, 7. Aufl. 1895. De Geer, De Saksenspiegel in Nederland, 1888. Die Dresdener Bilderhandschrift des Ssp., hrsg. v. Karl v. Amira I (1902).

Der Spiegel der deutschen Leute, hrsg. von Ficker 1859. — Sogenannter Schwabenspiegel, hrsg. vom Freiherrn von Laßberg (Swsp. L.), 1840; von Wackernagel (Das Landrecht, Swsp. W.) 1840; von Gengler (Landrechtsbuch), 2. Aufl. 1875; von v. Daniels in den Rechtsdenkmälern des deutschen Mittelalters, synoptisch mit dem Sachsenspiegel und dem französischen Schwabenspiegel. Matile, Le miroir de Souabe, 1843. Eine kritische Ausgabe des Schwabenspiegels fehlt. Vorbereitet wird eine solche auf Grund umfassender Untersuchung der Handschriften von Rockinger.

Das Görlitzer Rechtsbuch bei Homeyer, Sachsenspiegel II 2. De Spiegel von Sassen of zoogenaamde Hollandsche Sachsenspiegel, nach der einzigen bekannten Handschrift hrsg. von J. J. Smits 1872 in den Nieuwe Bijdragen voor Regtsgeleerdheid en Wetgeving, Deel XXII. — Berliner Stadtbuch, hrsg. von Fidicin, Histor.-diplom. Beiträge zur Gesch. der Stadt Berlin, T. I, dazu Register und Glossar in T. III, 1837. Neue Ausgabe von P. Clauswitz 1883. Der Livländische Spiegel bei Bunge, Altlivlands Rechtsbücher, 1879. — Das Stadt- und das Landrechtsbuch Ruprechts von Freysing, hrsg. von L. v. Maurer, 1839.

Das Kaiserrecht nach der Handschrift von 1372, hrsg. von Endemann, 1846.

Der Richtsteig Landrechts nebst Cautela und Premis, hrsg. von C. G. Homeyer, 1857. Der Richtsteig Lehnrechts bei Homeyer, Sachsenspiegel II 1.

§ 29. Landes- und Landschaftsrechte. An die Bedeutung stammesrechtlicher Satzungen reichen die friesischen Küren hinan, die zu den ältesten und altertümlichsten Quellen dieser Periode zählen. Die friesischen Gaue zwischen Zuidersee und Weser, die unter verschiedene Grafschaften aufgeteilt waren, schlossen zur Sicherung des Friedens nach außen und im Inneren ein Bündnis ab, nicht um die gräfliche Gewalt zu beseitigen, sondern um sie zu ergänzen, weil sie sich als ungenügend erwies und andererseits eine herzogliche Gewalt in Friesland fehlte, die jener Aufgabe hätte gerecht werden können. Die verbundenen Landschaften hatten Vereinstage, die von geschworenen Bevollmächtigten (iurati, deputati) zu Upstalsbom im Asterga nicht weit von Aurich abgehalten wurden. Zweck dieser Versammlungen war u. a. über das Recht zu beraten, das die Friesen halten sollten. Mit der Tätigkeit, welche die Upstalsbomer Vereinstage für die Feststellung und Besserung des friesischen Rechtes entfalteten, hängt ein Teil der älteren gemeinfriesischen Rechtsquellen zusammen. Zu ihnen gehören: 1. die 17 Küren (kesta, petitiones, electiones), eine Zusammenstellung von Rechtssätzen, die angeblich Karl der Große den Friesen auf deren Verlangen zugesichert habe; 2. die 24 Landrechte (londriuchta, constitutiones), Weistümer über das bei den Friesen geltende Recht, zum Teil inhaltlich mit den 17 Küren übereinstimmend; 3. die sieben Überküren (urkera), von welchen die drei ersteren die Verfassung des Bundes betreffen; 4. die allgemeinen Bußtaxen, ein Katalog von Bußen, namentlich von Wundbußen. Die aufgezählten Rechtsquellen sind uns sämtlich in friesischer Sprache, mit Ausnahme der Überküren in einem lateinischen Texte und mit Ausnahme der Bußtaxen in jüngeren Texten niederdeutscher Mundart, erhalten. Die Entstehungszeit der älteren gemeinfriesischen Quellen ist streitig und unsicher. Küren, Landrechte und Überküren enthalten Rechtssätze, deren Ursprung eine Zeit voraussetzt, in der die friesischen Küsten von heidnischen Nordmännern heimgesucht wurden. Das weist auf das elfte Jahrhundert zurück. Nimmt man an, daß Bestandteile der genannten Quellen auf mündliche Tradition zurückgehen, so steht nichts im Wege, die Aufzeichnung der älteren gemeinfriesischen Rechtsdenkmäler in das zwölfte Jahrhundert zu setzen.

Der Upstalsbomer Verein zerfiel nach 1231, wurde aber 1323 mit etwas veränderter Tendenz erneuert. Während der ältere Friedensbund das Verhältnis der einzelnen Landschaften zu den Grafen nicht berührte, kehrt das Bündnis von 1323, dessen Statut den Namen leges Upstalsbomicae führt, seine Spitze gegen den Grafen von Holland, den Landesherrn der Westergoer, von denen der Anstoß zur Erneuerung des Bundes ausgegangen war. Der neue Bund löste sich nach vier Jahren wieder auf. Ein 1361 zu Groningen abgefaßtes Statut verdankt seine Entstehung dem Versuch der Stadt Groningen (die sich mit Hilfe friesischer Landdistrikte der Landeshoheit der Bischöfe von Utrecht entziehen wollte), unter ihrer Leitung den Bund der friesischen Gaue zu erneuern.

Neben den gemeinfriesischen Quellen besitzen wir besondere Satzungen und Aufzeichnungen für das Recht einzelner Gaue und Landschaften, so das westerlauwersche

Schulzenrecht, die Hunsingoer Küren von 1252, die Rüstringer Satzungen (dreizehntes Jahrhundert) und den umfangreichen Brokmerbrief aus der Zeit von 1276—1345.

Ergebnisse autonomer Rechtsbildung sind die Beliebungen der Nordfriesen aus dem fünfzehnten Jahrhundert, das Dietmarscher Landrecht, das zuerst 1448 auf einen Landesbeschluß hin aufgezeichnet und bis 1467 durch Novellen ergänzt wurde, und die Statuten oder Landbücher einzelner Landschaften der Schweiz.

In den Territorien, in welchen die Landeshoheit zur Ausbildung gelangte, übten die Fürsten das Recht, Privilegien und Freibriefe zu erteilen, territoriale Landfrieden aufzurichten und mit Zustimmung der Großen des Landes allgemein bindende Normen zu erlassen. Solche durch Satzung entstandene Landesordnungen sind die Kulmsche Handfeste des Großmeisters Hermann von Salza aus dem Jahre 1233 für das deutsche Ordensland, die salzburgische Landesordnung von 1328, das oberbayrische Landrecht Kaiser Ludwigs von 1336, revidiert und vermehrt 1346, das für das Fürstentum Breslau ausgearbeitete Landrecht von 1356, eine offizielle Bearbeitung des Sachsenspiegels.

Als eine bloße Aufzeichnung des geltenden Rechtes erscheint die ältere Fassung des österreichischen Landesrechtes, die im Winter 1236/37 verfaßt wurde, um die in der Zeit Herzog Leopolds VI. bestehenden Rechtszustände festzustellen und dafür die Bestätigung Kaiser Friedrichs II. zu erwirken, wogegen die jüngere Fassung vermutlich eine im Jahre 1266 auf Grund der älteren ausgearbeitete Satzung des Königs Ottokar von Böhmen, des damaligen Herrn von Österreich ist. Aufzeichnungen von Landesrechten sind das Ritter- und Landrecht der Grafschaft Berg aus den Jahren 1355—1397 und ein steirisches Landesrecht aus der Mitte des vierzehnten Jahrhunderts, das auch in Kärnten rezipiert wurde.

Friesische Rechtsquellen, hrsg. von K. v. Richthofen, 1840. Dazu ein altfriesisches Wörterbuch von demselben, 1840. Oude friesche Wetten, hrsg. von De Haan Hettema, 1846/47. Die Überküren und die lateinischen Texte des Vetus ius Frisicum und die Leges Upstalsbomicae in besserer Form bei v. Richthofen, Untersuchungen über friesische Rechtsgeschichte I 1880, nebst Erörterungen über ihren Charakter und ihre Entstehungszeit. Die nordfriesischen Quellen stehen bei v. Richthofen, friesische Rechtsquellen S. 561. Das dietmarscher Landrecht bei Michelsen, Sammlung altdithmarscher Rechtsquellen, 1842. Die Kulmsche Handfeste bei Leman, Das alte Kulmische Recht, 1838. Die Salzburgische Landesordnung bei Rößler, Über die Bedeutung und Behandlung der Geschichte des Rechts in Österreich, 1847. Bayerisches Landesrecht bei Freiberg, Sammlung historischer Schriften und Urkunden, 1827—1836, IV 381. Eine kritische Ausgabe fehlt. — Österreichisches Landesrecht im Archiv für Kunde österreichischer Geschichtsquellen X (ed. Meiller), bei Viktor Hasenöhrl, Österreichisches Landesrecht im 13. u. 14. Jahrh., 1867, und bei v. Schwind und Dopsch, Ausgewählte Urkunden zur Verfassungsgeschichte der deutsch-österr. Erblande, 1895, S. 55 ff. 101 ff. — Steiermärkisches Landrecht des Mittelalters, hrsg. v. F. Bischoff, 1875. — Das Bergsche Landesrecht bei Lacomblet, Archiv für Geschichte des Niederrheins, 1832, I, 79 ff.

§ 30. Dienst- und Hofrechte. Das Dienstrecht gestaltete sich an den Höfen der verschiedenen Dienstherren in großer Mannigfaltigkeit, weil der Ministerialität die einheitliche Spitze fehlte, wie sie das Lehnwesen im Königtum besaß. Zuerst empfand man an den geistlichen Stiftern, wo die Ministerialen am frühesten zu hervorragender Stellung gelangten, das Bedürfnis, deren Rechte und Pflichten aufzuzeichnen. Die ältesten Dienstrechte behandeln die Dienstmannen noch als eine besondere Gruppe der ganzen grundherrlichen Gemeinde, der „Familie" der Kirche, während die jüngeren das Recht der Ministerialen als das eines besonderen Standes normieren.

Von den Aufzeichnungen der Dienstrechte kleiden sich manche in die Form der Satzung. Im Laufe des zwölften Jahrhunderts versuchte man nämlich in geistlichen Stiftern, namentlich in Reichsabteien, die Pflichten und Rechte der Ministerialen, die den Kirchen über den Kopf zu wachsen drohten, mit Hilfe von Urkundenfälschungen festzustellen. Wahrscheinlich in Reichenau entstand die Constitutio de expeditione Romana, ein auf den Namen Karls des Großen gefälschtes Dienstmannenrecht. Auf den Namen Dagoberts II. geht ein Hof- und Dienstrecht für drei Fronhöfe der Straßburger Kirche, auf den Namen Ludwigs des Frommen ein Dienstrecht des Klosters Ebersheim im Elsaß. Das Dienstrecht von Erstein im Elsaß ist auf den Namen der Kaiserin Irmgard (853), das von S. Maximin (Trier) auf den Namen Heinrichs III. (1056) gefälscht. Aufzeichnungen

von Dienstrechten, welche den Weg der Fälschung verschmähten, sind die von Bamberg (elftes Jahrhundert), von Köln (1154—1176), von Basel (in deutscher Sprache aus der zweiten Hälfte des dreizehnten Jahrhunderts), von Magdeburg und Hildesheim (beide aus dem dreizehnten Jahrhundert). Dienstrecht eines weltlichen Dienstherrn sind die sogen. leges feudales Teklenburgicae, eine Satzung des Grafen Otto von Teklenburg aus dem Ende des dreizehnten Jahrhunderts.

Die Hofrechte haben sich weitaus zum größten Teile als Gewohnheitsrecht entwickelt und fortgebildet. Satzungen des Hofrechtes sind selten. Eine der ältesten und bedeutsamsten ist die Lex familiae Wormatiensis ecclesiae, eine Satzung des Bischofs Burchard von Worms aus den Jahren 1023—1025, veranlaßt durch das Bestreben, die Grundholden der Kirche gegen Bedrückungen von Seite der Vögte, der vicedomini und der Ministerialen zu schützen. Die Mehrzahl der schriftlichen Hofrechte geht auf Weistümer zurück. In den grundherrlichen Gemeinden wurde es nämlich Sitte, daß alljährlich an bestimmten Tagen auf Grund einer amtlichen inquisitio das geltende Recht gewiesen wurde. Der herrschaftliche Beamte, der Vogt oder Meier fragte im Ding, was in einem bestimmten Falle Rechtens sei. Beeidigte Hofgenossen gaben die Antwort. Im Wechsel von Frage und Antwort wurde der Stoff des Gewohnheitsrechtes mehr oder minder erschöpft. Markgenossenschaften und freie Bauerschaften ahmten diese Sitte ständiger Rechtsvorträge nach. Im Laufe der Zeit wurden aus bestimmten Veranlassungen oder in der allgemeinen Erwägung, daß die Schrift doch noch dauerhafter sei als das Gedächtnis der Menschen, die Rechtsweisungen aufgeschrieben. Die Aufzeichnungen hießen wie ihr Gegenstand Weistümer, Taidinge, Bantaidinge, Ehehafttaidinge oder Öffnungen.

Wackernagel, Das Bischofs- und Dienstmannenrecht von Basel, 1852. Die übrigen angeführten Dienstrechte bei v. Fürth, Ministerialen, 1836. Frensdorff, Das Recht der Dienstmannen des Erzbischofs von Köln, 1888. Kraut-Frensdorff, Grundriß, 6. Aufl. 1886, S. 37 f.

Weistümer, hrsg. v. J. Grimm, nach dessen Tode fortgesetzt von Schröder, 6 Bde. 1840 bis 69 und ein Registerband von Schröder, 1878. Luxemburger Weistümer als Nachlese zu J. Grimms Weistümern, gesammelt von Hardt, 1870. Aargauer Weistümer, hrsg. v. Rochholz, 1876. Habets, Limburgsche Wijsdommen, Dorpscostumen en Gewoonten, 1891. Die Weistümer der Rheinprovinz 1 I, hrsg. von Loersch, 1900. Eine Gesamtausgabe der österreichischen Weistümer veranstaltet die Wiener Akademie der Wissenschaften. Bisher sind erschienen die salzburgischen Taidinge von Siegel und Tomaschek, 1870, die Tirolischen Weistümer von Zingerle, Inama-Sternegg und Egger, 4 Bde. 1875—1891, die steirischen und kärntischen Taidinge von Bischoff und Schönbach, 1881, die niederösterr. Weistümer von G. Winter, 2 Teile 1886—1896.

§ 31. Stadtrechtsquellen. Das geschriebene Stadtrecht weist als älteste Quelle Privilegien (Handfesten) auf, die der König oder der Stadtherr erteilte. Seit dem dreizehnten Jahrhundert erlangten die Städte durch tatsächliche Ausübung oder ausdrückliche Verleihung das Recht der Selbstsatzung, das sogen. Kürrecht. Von da ab traten die städtischen Willküren (Schrasn) — Ratsverordnungen oder Schöffensatzungen — in den Kreis der Stadtrechtsquellen ein. Unmittelbaren Anlaß zur Aufzeichnung städtischen Gewohnheitsrechtes gab nicht selten das Ansuchen um Bewidmung. So schöpfen wir die Kenntnis des Magdeburger Rechtes zum großen Teile aus den Rechtsmitteilungen, die von Magdeburg zu Anfang des dreizehnten Jahrhunderts an den Herzog Heinrich I. von Schlesien (sogen. Magdeburg-Goldberger Recht), von der mit Magdeburger Recht bewidmeten Stadt Halle 1235 nach Neumarkt, von Magdeburg selbst 1261 und 1295 nach Breslau, 1304 nach Görlitz, 1338 nach Kulm, 1363 nach Schweidnitz, 1364 nach Halle ergingen. So liegt uns das Recht Lübecks in Rechtsmitteilungen für Tondern (1243), für Reval (1257 und 1282), für Danzig (1263), für Elbing (1270) und für Kolberg (1297) vor. In einzelnen Städten beschloß der Stadtrat, für das Bedürfnis der einheimischen Rechtspflege das geltende Recht aufzeichnen zu lassen. Einem solchen Beschlusse verdanken z. B. die ausführlichen Goslarer Statuten aus dem Ende des dreizehnten oder aus dem Anfang des vierzehnten Jahrhunderts ihre Entstehung. Hier und da legte man Urteilsbücher an, so in Stendal, anderwärts Stadtbücher, deren Zweck ein verschiedener sein konnte. Entweder sollten sie das der Stadt eigentümliche Recht zusammenstellen, wie das 1276 mit Genehmigung Rudolfs I. angelegte Augsburger Stadtbuch und der

Dortmunder magnus civitatis liber, oder sie sollten Aufzeichnungen über verschiedene Gebiete der städtischen Verwaltung aufnehmen wie das Quedlinburger Stadtbuch oder Verzeichnisse erkannter Strafen (Wettebücher) oder von Verfestungen wie das Verfestungsbuch von Stralsund (1310—1472), oder sie waren bestimmt, als sogen. Grund-, Schreins-, Währschafts-, Gerichts- oder Schöffenbücher Rechtsgeschäfte der Bürger amtlich zu beurkunden.

Unter den Privatarbeiten über das städtische Recht sind neben schlichten Rechtsaufzeichnungen als besonders bedeutsame Rechtsquellen die Stadtrechtsbücher sowie die Privatsammlungen und Bearbeitungen städtischer Schöffensprüche zu nennen. Die literarische Bearbeitung des Stadtrechts hat ebenso wie die des Land- und Lehnrechts in Sachsen ihren Ausgangspunkt, und zwar stehen in erster Linie die Bearbeitungen des Magdeburger Rechts, von welchen die wichtigsten sind: 1. Das sächsische Weichbild. Ende des dreizehnten oder Anfang des vierzehnten Jahrhunderts wurde auf Grund von Magdeburger Weistümern, die 1261 und 1295 nach Breslau ergangen waren, das sogen. Magdeburger Schöffenrecht ausgearbeitet. Vor 1269 verfaßte ein unbekannter Autor eine belehrende Arbeit über die Gerichtsverfassung, welche nachträglich einige Zusätze aufnahm. Beide Arbeiten wurden ohne innerliche Ausgleichung des Stoffes miteinander verbunden. Das Ergebnis dieser Verbindung ist das vielgebrauchte sächsische Weichbild, das ins Lateinische, Polnische und Tschechische übersetzt und mit Bezugnahme auf das römische und kanonische Recht glossiert wurde. 2. Das Rechtsbuch nach Distinktionen (schlesisches Landrecht, vermehrter Sachsenspiegel), so genannt nach der Einteilung in Distinktionen. Der Verfasser will Weichbild sächsischer Art überhaupt darstellen und bestrebt sich, die Unterschiede zwischen Landrecht, städtischem Gewohnheitsrecht und Stadtrecht nach kaiserlichem Privilegium anzugeben. Für das erste ist der Sachsenspiegel, für das zweite das Magdeburger Recht, für das dritte das Stadtrecht von Goslar benutzt. Das ausführliche Rechtsbuch entstand nach der Mitte des vierzehnten Jahrhunderts in der Mark Meißen. In der ersten Hälfte des fünfzehnten wurde es von dem Eisenacher Stadtschreiber Johannes Rothe († 1434) mit Zuziehung anderer Quellen für die Verhältnisse von Eisenach zu einem Eisenacher Rechtsbuch umgearbeitet. Derselbe Johannes Rothe verfaßte gleichfalls für Eisenach das sogen. Rechtsbuch Johann Purgoldts. 3. Die Blume von Magdeburg. Um 1386 schrieb unter diesem Titel der romanistisch geschulte Jurist Nikolaus Wurm von Neu-Ruppin, ein ebenso fruchtbarer als geschmackloser Schriftsteller, ein Rechtsbuch, das sich für eine Arbeit des Magdeburger Schöffenstuhls ausgibt. Wurm selbst arbeitete es später in ein neues Werk um, das er Blume des Sachsenspiegels nannte. 4. Das systematische Schöffenrecht, aus der Mitte des vierzehnten Jahrhunderts, auf Magdeburg-Breslauer Bewidmungen und Breslauer Schöffensprüchen beruhend. Seine systematische Anordnung ist von Interesse, weil sie sich vom römischen und kanonischen Rechte durchaus unabhängig hält. 5. Der alte Kulm, das alte Kölmische Buch, eine Rezension des systematischen Schöffenrechts, das gegen Ende des vierzehnten Jahrhunderts nach Kulm in Preußen kam, in den preußischen Gerichten rezipiert und durch Zusätze aus dem Schwabenspiegel vermehrt wurde. Das Rechtsbuch erhielt eine Glosse, die Parallelstellen aus dem Sachsenspiegel und verschiedenen sächsischen Stadtrechtsbüchern heranzieht. 6. Die Magdeburger Fragen, eine Sammlung und Bearbeitung von Anfragen, wie sie nach Magdeburg als Oberhof gerichtet wurden, und von daraufhin ergangenen Urteilen. Das Werk liegt in drei Rezensionen vor, einer unsystematischen, einer systematischen und einer alphabetischen. Die erste ist die älteste, sie schöpft aus einem Urteilsbuch, das in Krakau aus Magdeburger Entscheidungen zusammengestellt worden war, aus Magdeburger Urteilen für Thorn und aus dem alten Kulm und ist zwischen 1386 und 1400 in Preußen, vermutlich zu Thorn, entstanden. Die systematische Sammlung hat wahrscheinlich denselben Verfasser wie die unsystematische, vor der sie sich durch die Anordnung und durch erhebliche Vervollständigung des Rechtsstoffes auszeichnet, sie entstand vor 1400 gleichfalls in Preußen. Die alphabetische Rezension, welche u. a. Rechtssprüche für Pommern hinzufügte, ist auf

Grundlage der unsystematischen im fünfzehnten Jahrhundert in Pommern, vermutlich in Stettin, abgefaßt worden.

Eine selbständige Stellung hat im Verhältnis zum Magdeburger Rechte das Stadtrechtsbuch der Stadt Freiberg in der Mark Meißen, eine durch eingehende Berücksichtigung des Rechtsgangs hervorragende Privatarbeit, die zwischen 1296 und 1307 entstand und offizielle Geltung erlangte.

Von süddeutschen Stadtrechtsbüchern sind neben dem schon genannten des Ruprecht von Freising hervorzuheben das Wiener Stadtrechtsbuch aus dem Ende des dreizehnten Jahrhunderts, nachträglich durch Einschaltungen aus dem Schwabenspiegel vermehrt, und das Brünner Schöffenbuch, eines der besseren juristischen Werke des Mittelalters, welches ein im römischen und kanonischen Rechte wohl bewanderter Stadtschreiber von Brünn, Johannes (von Gelnhausen?) in lateinischer Sprache um die Mitte des vierzehnten Jahrhunderts aus Brünner Privilegien, Willküren, Schöffensprüchen und selbständigen Ausführungen unter alphabetisch geordneten Rubriken zusammenstellte. Eine Privatarbeit, die sich die Form einer Satzung eines Herzogs Leopold von Österreich gibt, ist das Stadtrecht von Wiener-Neustadt aus der zweiten Hälfte des vierzehnten Jahrhunderts.

Unter den mitteldeutschen Stadtrechtsquellen ragt durch rechtsgeschichtliche Ergiebigkeit das um die Mitte des dreizehnten Jahrhunderts entstandene Rechtsbuch der thüringischen Stadt Mühlhausen, unter den niederländischen das zu Anfang des fünfzehnten Jahrhunderts von dem Clerk Johannes Mathiae (Jan Matthijssen) verfaßte Rechtsbuch der Stadt Briel hervor.

Nachweisungen über Stadtrechte und Sammelwerke: Riccius, Zuverlässiger Entwurf von Stadtgesetzen und Statutis 1740. Gengler, Codex iuris municipalis Germaniae medii aevi I (bis Duisburg) 1863. Bischoff, Österreichische Stadtrechte und Privilegien mit Literaturangaben und Anmerkungen 1857. Fockema Andreae, Overzigt van oudnederlandsche rechtsbronnen 1881. Eine gedrängte Übersicht der wichtigsten Stadtrechtsquellen in Kraut-Frensdorff, Grundriß, 6. Aufl. § 8, S. 25 ff. Gengler, Deutsche Stadtrechte des Mittelalters, teils verzeichnet, teils vollständig oder in Probeauszügen 1852. Gaupp, Deutsche Stadtrechte des Mittelalters mit rechtsgeschichtlichen Erläuterungen 1851. Oberrheinische Stadtrechte I: Fränkische Rechte, bearbeitet von Schröder und Köhne, bis jetzt 5 Hefte 1895—1900. Meiller, Österreichische Stadtrechte und Satzungen aus dem 12. u. 13. Jahrh., Archiv f. Kunde österr. Geschichtsquellen X (1853). Keutgen, Urkunden zur städtischen Verfassungsgeschichte, 1. Hälfte 1899.

Gaupp, Das alte magdeburgische und hallische Recht 1826. Magdeburger Rechtsquellen zum akad. Gebrauch, hrsg. von Laband 1869. Schöffenurteile bei Wasserschleben, Sammlung deutscher Rechtsquellen 1860; — Deutsche Rechtsquellen des Mittelalters 1892 und bei Stobbe, Beiträge zur Gesch. d. d. Rechts 1865. Magdeburger Schöffensprüche, hrsg. von Friese und Liesegang I 1901. Hach, Das alte lübische Recht 1839. — Die Goslarischen Statuten, hrsg. von Göschen 1840. Ein Stendaler Urteilsbuch aus dem 14. Jahrh. (mit eingehendem Kommentar), hrsg. von Behrend 1868. Das Stadtbuch von Augsburg, hrsg. von Christian Meyer 1872. Dortmunder Statuten und Urteile, hrsg. v. Frensdorff 1882. Das Stadtbuch von Quedlinburg, hrsg. von Janicke im UB. der Stadt Quedlinburg II (1882) S. 229 ff. Verfestungsbuch der Stadt Stralsund, hrsg. von Francke 1875.

Stadtrechtsbücher. Das sächsische Weichbildrecht, hrsg. von Thüngen 1837. Nach einer Handschrift von 1381 mit Glossar, hrsg. v. Walther 1871. Dat buk wichbelde recht, hrsg. von v. Daniels 1853 und mit der Glosse in dessen Rechtsdenkmälern I 1858. — Das Rechtsbuch nach Distinktionen nebst einem Eisenachischen Rechtsbuch, hrsg. von Ortloff 1836. Das Rechtsbuch Johannes Purgoldts nebst statutarischen Rechten von Gotha und Eisenach, hrsg. von Ortloff 1860. — Das Magdeburg-Breslauer systematische Schöffenrecht, hrsg. von Laband 1863. — Der alte Kulm bei Leman, das Kulmische Recht 1838. — Die Magdeburger Fragen, hrsg. von Behrend 1865. Die alphabetische Sammlung von Magdeburger Schöffensprüchen ist gedruckt bei Wasserschleben, Deutsche Rechtsquellen des Mittelalters 1892, S. 1 ff. — Das Freiberger Stadtrecht, hrsg. von H. Ermisch 1889. — Das Wiener Stadtrechts- oder Weichbildbuch, hrsg. von Schuster 1873. — Das Brünner Schöffenbuch bei Rößler, Deutsche Rechtsdenkmäler aus Böhmen und Mähren II 1852. — Das Wiener Neustädter Stadtrecht des 13. Jahrh., Kritik und Ausgabe von G. Winter 1880. Das Stadtrecht von Mühlhausen, hrsg. von Förstemann 1843. Het rechtsboek van den Briel ed. J. A. Fruin en Pols 1880.

§ 32. Urkunden- und Formelbücher. Die Königsurkunden, unter welchen nur noch die wichtigeren Privilegien in der Form der Diplome ausgestellt werden, halten sich

zwei Jahrhunderte hindurch an das karolingische Vorbild. Eine wesentliche Veränderung beginnt unter Heinrich IV. und setzt sich als Regel seit Lothar III. durch, unter dem ein vollständiger Wechsel des Kanzleipersonals erfolgt war. Die Königsurkunde hört auf im Gegensatz zur Privaturkunde eine zeugenlose Urkunde zu sein. Den Übergang vermittelt die unter Heinrich IV. auftauchende Sitte, die Namen der Personen, deren Fürbitte oder Beirat früher der Kontext der Urkunde erwähnte, als Zeugen der königlichen Verfügung zu nennen. Schließlich wurden die Zeugen als Mittel zur Beglaubigung der formellen Echtheit der Königsurkunde aufgefaßt gleich der Unterschrift und dem Siegel. Das Siegel hat man bis in das zwölfte Jahrhundert der Urkunde aufgedrückt. Seit Konrad III. dringen Hängesiegel ein, um für die Privilegien zur Regel zu werden. Seit dem Anfang des dreizehnten Jahrhunderts beginnt man Königsurkunden zum Zeichen des Konsenses von Fürsten mitbesiegeln zu lassen. In wichtigeren Fällen wird es Sitte, den Konsens nicht durch Mitbesiegelung, sondern in einer Nebenurkunde, Willebrief, zu erklären. Seit dem vierzehnten Jahrhundert unterscheidet der Kanzleigebrauch bei Briefen zwischen litterae patentes (Patente), denen das Siegel aufgedrückt oder angehängt wird, und litterae clausae, die mit dem Siegel verschlossen werden.

Hinsichtlich der Privaturkunden tritt nach Auflösung der fränkischen Monarchie ein Rückschlag ein. Die Carta verschwindet, wo sie in Gebrauch gekommen, und wird durch die Notitia oder durch völlig unbeglaubigte Aufzeichnungen ersetzt. Die Gründe dieses Verfalls des Privaturkundenwesens liegen in der Ignorierung des selbständigen Beweiswertes der Urkunde. Die Wiederbelebung des Privaturkundenwesens ging aus der Besiegelung der Urkunden hervor. Ursprünglich nur Verschlußmittel oder Erkennungszeichen wurde das Siegel zuerst bei den Königsurkunden, dann bei den Urkunden der geistlichen und weltlichen Großen ein Beglaubigungsmittel und endlich das ausschließliche Beglaubigungsmittel der Urkunde. Die gerichtliche Beweiskraft von Brief und Siegel ist im Laufe des dreizehnten Jahrhunderts fast allenthalben durchgedrungen. Der Aussteller konnte die Urkunde mit dem eigenen Siegel versehen, wenn er ein solches besaß. Gewisse Personen, König, Fürsten, Herren, geistliche Würdenträger, Stadtbehörden und Gerichte, besaßen das Recht, auch fremde Urkunden durch ihre Siegel zu beglaubigen. In Italien, wo ein gewerbemäßiges Notariat existierte, erlangte die Notariatsurkunde die Bedeutung einer öffentlichen Urkunde. Seit dem zwölften Jahrhundert wurde es allgemeine Sitte, daß der Notar den wesentlichen Inhalt der von ihm auszufertigenden Instrumente in ein Register eintrug. Diese Eintragungen nennt man Imbreviaturae. Die Einrichtung drang auch in das deutsche Südtirol ein. Regelrechte Notare finden sich hier zuerst in Bozen, wo bayerisches Recht galt. Von einem Bozener Notar Jakob Haas stammt das Imbreviaturbuch von 1237, das älteste, das auf rein deutschem Boden erhalten ist.

Seit dem Niedergang des Urkundenwesens hatte in nachfränkischer Zeit auch die Herstellung von Formelsammlungen ausgesetzt. Erst seit dem zwölften und dreizehnten Jahrhundert lebt diese Art von Literatur in Deutschland wiederum auf. Neben bloßen Sammlungen von Urkundenmustern entstanden Formelbücher, die ihren Formularen theoretische Auseinandersetzungen über die Urkunden und Urkundenarten beifügten, wie z. B. das Baumgartenberger Formelbuch, Formularius de modo prosandi, aus dem Anfang des vierzehnten Jahrhunderts, oder solche, die rein theoretische Ausführungen über Urkundenwesen enthalten, wie die Summa de arte prosandi des Zürchers Konrad von Mure vom Jahre 1275/76.

Hans v. Voltelini, Acta Tirolensia II: Erster Teil der Südtiroler Notariats-Imbreviaturen des 13. Jahrh. 1899 (mit lehrreicher Einleitung). Rockinger, Briefsteller und Formelbücher des 11. bis 14. Jahrh. 1863 in den Quellen und Erörterungen zur bayrischen und deutschen Geschichte IX. Bärwald, Das Baumgartenberger Formelbuch in den Fontes rerum Austriacarum 2. Abt. XXV. Konrad v. Mure, auszugsweise bei Rockinger, Quellen und Erörterungen IX 405 ff.

II. Das Staatsrecht.

§ 33. Die Thronfolge. Das Deutsche Reich war ein unteilbares Wahlreich. Doch ist der Gedanke der Erblichkeit keineswegs sofort erloschen. Jahrhunderte hindurch

ergänzten sich Wahl und Erbgang; die Königswahl hielt sich zunächst an das regierende Geschlecht, und oftmals wurde schon bei Lebzeiten des Königs der von ihm designierte Nachfolger gewählt, eine Sitte, die bei ungestörter Entwicklung zur Ausbildung des reinen Erbreiches geführt hätte. Allein während des Streites zwischen Heinrich IV. und dem Papsttum trat eine verhängnisvolle Wendung ein, indem eine Fürstenversammlung von 1077 zu Forchheim unter päpstlichem Einfluß das freie Wahlrecht im Gegensatz zum tatsächlichen Herkommen deklarierte. Es folgte eine Zeit des Kampfes zwischen den Anhängern der freien Wahl und des Erbprinzipes. Ein Versuch Heinrichs VI., die Krone in seinem Hause erblich zu machen, hatte kein Ergebnis. Mit dem Untergange der Staufer war der Sieg des reinen Wahlprinzips entschieden. Dann kam die Zeit der sogen. springenden Wahlen. Seit dem Ausgang des dreizehnten Jahrhunderts rangen die drei im Osten des Reiches zu starker Hausmacht gelangten Geschlechter der Habsburger, der Luxemburger und der Wittelsbacher mit wechselndem Erfolg um die deutsche Königskrone. Schließlich behaupteten die Habsburger das Übergewicht, aus deren Haus von 1438 bis zu dessen Aussterben (1740) der deutsche König gewählt wurde. Ansprüche auf Prüfung und Bestätigung der Wahl, die der Papst namentlich bei Doppelwahlen erhob, wies ein Beschluß des Kurvereins von Rense 1338 endgültig zurück.

Ursprünglich war die Wahl ein Recht des ganzen deutschen Volkes. Wenn es dabei auch nur auf die geistlichen und weltlichen Großen ankam, so galt doch was geschah „als Wille und Tat der Gesamtheit". Das übrige Volk war von je auf die Rolle des Umstandes und das Recht der Folge beschränkt, das dann im dreizehnten Jahrhundert hinwegfiel. Stand die Person des zu Wählenden nicht von vornherein fest (wie namentlich bei Designationen), so ging der Kur eine formlose Vorwahl voraus, in der die Großen sich über die Person des neuen Königs einigten. Bei der Kur gaben dann nur die angesehneren Wähler den Kurspruch ab, indem sie in herkömmlicher Wahlformel den Gewählten bei Namen nannten (eligere). Die übrigen stimmten mit gesamtem Munde zu (consensus, laudatio). Feste Grundsätze über das Recht der Kur haben sich bis zum Ende des zwölften Jahrhunderts nicht ausgebildet. Die Formen schwankten, doch trat bei der Königswahl von alters her die besondere Bedeutung des Erzbischofs von Mainz hervor, dem die prima vox und die Leitung der Wahl gebührte. Die Wahl verlangte Einstimmigkeit der Wähler, wobei man davon ausging, daß in der Wahlversammlung die Minderheit verpflichtet sei, der Mehrheit beizustimmen. Nur wenn getrennte Wahlversammlungen wählten, konnte es zu einer Doppelwahl kommen. Als 1198 die erste Doppelwahl stattgefunden hatte — bis dahin hatte es nur einmütige Wahlen gegeben — wurden vereinzelte Stimmen laut, daß die Kur hauptsächlich gewissen Fürsten gebühre. In der Gärung der Meinungen drang die Ansicht durch, daß das Kurrecht in erster Linie drei geistlichen und drei weltlichen Fürsten zustehe, jenen Fürsten, die bei der Krönungshandlung rechtlich beteiligt seien, nämlich den drei rheinischen Erzbischöfen und den Inhabern der Erzämter mit Ausnahme des Königs von Böhmen, der zwar des Reiches Schenke sei, aber als ein nichtdeutscher Mann bei der Kur außer Betracht bleibe. Die Krönung hatte damals staatsrechtlichen Charakter, den der Investitur in das Königstum. Erst durch sie erwarb der Gewählte die königliche Gewalt. Gerade bei den Thronstreitigkeiten Philipps und Friedrichs II. mit Otto IV. hatte die Frage der ordnungsmäßigen Krönung eine erhebliche Rolle gespielt. So konnte es geschehen, daß die rechtliche Teilnahme an der Krönungshandlung, die eine ausdrückliche Anerkennung des Königs in sich schloß, zur Entstehung einer Wahltheorie führte, die vom Verfasser des Sachsenspiegels aufgenommen und zuerst formuliert, durch den Einfluß des Rechtsbuches, und weil sie dem unbestreitbaren Bedürfnis fester Normierung der Königswahl entsprach, in der zweiten Hälfte des dreizehnten Jahrhunderts zur Geltung gelangte. Laut dem Sachsenspiegel sind aber die ersten an der Kur die Erzbischöfe von Mainz, Trier und Köln, der Pfalzgraf bei Rhein, der Herzog von Sachsen und der Markgraf von Brandenburg. Nach ihnen küren die übrigen Fürsten. Jene sechs sollen ihren Kürspruch nur für denjenigen abgeben, den die Gesamtheit der Fürsten in einer Vorwahl zum König „irwelt".

Die Wahlpraxis änderte die Angaben des Sachsenspiegels dahin ab, daß die ersten

an der Kur die ausschließlichen Wähler wurden und die Beteiligung der übrigen Fürsten hinwegfiel. Die Erzämtertheorie, d. h. die Theorie, daß das Erzamt die Grundlage des Wahlrechtes bildet, wurde dahin ausgebaut, daß man das Kurrecht der Erzbischöfe durch deren Erzkanzlerämter motivierte und daß man die Zahl der Kurfürsten auf sieben erhöhte. Und zwar wurde die siebente Kurstimme, nachdem vorübergehend der Herzog von Bayern zur Wahl zugelassen worden war, endgültig dem Schenken des Reichs, dem König von Böhmen, zugesprochen. Was die Wahlform betrifft, so trat im Anschluß an die kirchlichen Wahlgebräuche seit 1257 die Neuerung ein, daß die Kurfürsten einen aus ihrer Mitte bevollmächtigten, im Namen aller den Kurspruch abzugeben. Das geschah mindestens bis 1314, vielleicht bis zur goldenen Bulle. Im Gegensatz zum älteren Rechte gelangte unter dem Einfluß der romanistisch-kanonistischen Korporationslehre während der Kämpfe Ludwigs des Bayern mit dem Papste das Mehrheitsprinzip zur Anerkennung. Zuerst sprach es 1338 der Kurverein von Rense aus. Die goldene Bulle von 1356 stellte es reichsgrundgesetzlich fest und brachte außerdem eine eingehende Regelung des Wahlverfahrens und des Wahlrechtes. Sie bestimmte, daß der Erzbischof von Mainz die Kurfürsten der Reihe nach um ihre Stimmen befragen und schließlich selbst küren solle, daß die Kurwürden auf den Kurlanden haften, diese unteilbar seien und in den weltlichen Territorien nach dem Rechte der Erstgeburt vererben.

Seit Otto I. empfing der neue König die Salbung und Krönung, die von da ab staatsrechtliche Bedeutung erlangten. Sie fanden regelmäßig zu Aachen statt. Mit der heiligen Handlung war die Übergabe der Reichsinsignien und die Erhebung auf den Stuhl Karls des Großen verbunden. Die eigentliche Krönung war anfänglich ein Recht des Erzbischofs von Mainz, dann erlangte es der von Köln. Doch erhob auch der Trierer einen Anspruch auf Mitwirkung. Der Krönung folgte das Krönungsmahl, bei dem die Inhaber der Erzämter ihre Funktionen versahen. Seit Rudolf I. büßte die Krönung ihre staatsrechtliche Bedeutung ein. Er datierte seine Regierung schon von der Wahl ab. Unter seinen Nachfolgern schwankte die Praxis. Seit Karl IV. ist nur noch die Wahl für die Datierung maßgebend. Nach der goldenen Bulle sollte der Gewählte sich der Regierungshandlungen enthalten, so lange er nicht die Privilegien und Rechte der Kurfürsten bestätigt hat.

Die Königswürde gab den Anspruch auf die Kaiserwürde. Diese erwarb der deutsche König erst durch die Kaiserkrönung, die vom Papste vollzogen wurde. Erst von da ab hatte er den kaiserlichen Titel und die kaiserliche Gewalt. Allerdings bestimmte die Constitutio Licet iuris von 1338, daß schon die Königswahl die plenitudo imperialis potestatis verleihe. Allein praktisch ist dies im Mittelalter nicht geworden. Nach der goldenen Bulle wurde der König wie früher gewählt als rex in imperatorem promovendus, womit jener Satz von 1338 reichsgrundgesetzlich verneint und zugleich der Anspruch des deutschen Königs auf die Kaiserkrone aufrecht erhalten wurde.

§ 84. Die königliche Gewalt. Der deutsche König hatte nach dem Sprachgebrauch der königlichen Kanzlei zunächst schlechtweg den Titel rex; nach der Kaiserkrönung hieß er imperator, seit Otto III. Romanorum imperator augustus. Seit Heinrich IV. wurde für den König als solchen der Titel Romanorum rex gebräuchlich.

Der König lebte nach fränkischem Rechte. Sein Gerichtsstand war in weltlichen Sachen der Pfalzgraf bei Rhein, in geistlichen der Papst. Die Absetzung Heinrichs IV. schuf ein Präjudiz für die Absetzbarkeit des Königs. Seit die Königswahl ein ausschließliches Recht der Kurfürsten geworden, legten diese sich das Recht bei, den deutschen König abzusetzen.

Die königlichen Rechte sind in dieser Zeit im allgemeinen dieselben wie in der vorigen Periode. Ihre Zahl hat sich sogar noch vermehrt. Trotzdem ging die königliche Gewalt einer nachhaltigen Schwächung entgegen. Einerseits wurde ihr Umfang durch zahlreiche Exemtionen geschmälert, infolge deren der Inhaber der Immunität die bis dahin öffentlichen Rechte im eigenen Namen und zu eigenem Nutzen ausübte. Andererseits handhabte der König die öffentliche Gewalt, soweit er nicht selber tätig war, regelmäßig nicht

mehr durch Beamte im eigentlichen Sinne, sondern durch Lehnsleute, die das Amt zwar im Namen des Königs, aber zu eigenem Nutzen verwalteten.

Der König ist als solcher Eigentümer des Reichsgutes, das man seit dem Wechsel der Königsgeschlechter von deren jeweiligem Hausgut zu unterscheiden beginnt. Von den Reichsgütern, die bis ins dreizehnte Jahrhundert den eigentlichen Kern der königlichen Macht gebildet hatten, sind infolge von Schenkungen, Verleihungen und Verpfändungen nach dem Interregnum nur noch geringe Reste vorhanden. Um weiterer Verschleuderung des Reichsgutes vorzubeugen, wird der König in der Verfügung darüber beschränkt. Seit Rudolf I. ist es reichsrechtlich anerkannter Grundsatz, daß der König zur Veräußerung von Reichsgut der Zustimmung der Kurfürsten bedürfe, die sie in der Form von „Willebriefen" oder durch Mitbesiegelung der königlichen Urkunde erteilen.

Der König ist Dienstherr der Reichsministerialen, Stadtherr der Reichsstädte und übt als Schutzherr der Reichskirchen die dem Reiche über das Reichskirchengut zustehenden Rechte.

Der König ist oberster Lehnsherr, er gebietet als solcher seinen Lehnsleuten Hoffahrt und Heerfahrt und übt das Recht des Heimfalls aus. Dieses Recht wird aber durch die eingetretene Erblichkeit der Lehen wesentlich beschränkt. Die Lehen können bei Thronfall und bei Mannfall nicht mehr ohne weiteres eingezogen werden, sondern der Nachfolger des verstorbenen Lehnsherrn ist dem Lehnsbesitzer, der Lehnsherr dem Lehnserben die Belehnung zu erneuern verpflichtet, wenn diese zu gehöriger Zeit und in gehöriger Form darum nachsuchen. Der Heimfall wird daher nur noch praktisch, wenn ein successionsberechtigter Abkömmling des letzten Lehnsbesitzers nicht vorhanden ist. Noch weiter ging der Leihezwang bei den zu Lehen gewordenen öffentlichen Ämtern. Da das Amt einen Träger der Amtsbefugnisse und Amtspflichten verlangte, so war der Lehnsherr verpflichtet, das Amtslehen auch dann, wenn der Inhaber ohne Hinterlassung eines Lehnserben gestorben war, aufs neue durch Belehnung zu besetzen. Solcher Leihezwang bestand für den König bei den Fahnlehen, d. h. bei den zu Lehen gewordenen Fürstenämtern, die durch das Symbol der Fahne verliehen wurden. Ein ledig gewordenes Fahnlehen durfte der König nicht unbesetzt lassen, er mußte es binnen Jahr und Tag aufs neue verleihen, eine Schranke, die dem deutschen Königtum den Weg versperrte, durch Einziehung heimfallender Fahnlehen der königlichen Gewalt das Übergewicht über die Territorialgewalten zu verschaffen, wie dies dem französischen Königtum hinsichtlich der großen Kronlehen gelang.

Der König hat nach wie vor die Vertretung des Reiches nach außen, er hat die oberste Heergewalt, das Recht der Friedensbewahrung und die oberste Gerichtsgewalt.

Die höhere Gerichtsgewalt steht theoretisch allenthalben dem König zu. Er übt sie entweder selbst aus oder überträgt sie auf andere. Da aber die Gerichtslehen — die Ämter mit höherer Gerichtsbarkeit waren Lehen geworden — nicht alle vom König selbst verliehen wurden, sondern in der Mehrzahl Afterlehen bildeten, so äußerte sich seine Gerichtsgewalt wenigstens in der Bannleihe dank dem Rechtssatze, daß jeder höhere Richter den Königsbann persönlich einholen und dafür dem König Hulde schwören müsse. Die Markgrafschaften und die weltlichen Fürstentümer Süddeutschlands haben diese Beschränkung nicht gekannt. In der zweiten Hälfte des dreizehnten Jahrhunderts setzten sich die meisten Laienfürsten über das Erfordernis der königlichen Bannleihe hinweg, indem sie selbst den von ihnen bestellten Richtern mit dem Amte zugleich auch die Gerichtsgewalt übertrugen. Auch Pfaffenfürsten haben diese Befugnis entweder durch königliches Privileg oder auf dem Wege der Usurpation erworben. Im allgemeinen hat sich in den geistlichen Territorien die Bannleihe des Königs länger erhalten als in den weltlichen, weil nach kanonischem Rechte die Übertragung des Blutbannes Irregularität zur Folge hatte, eine Schranke, die Bonifaz VIII. zu Gunsten der geistlichen Fürsten allgemein beseitigte. — Die höchste Gerichtsbarkeit handhabte der König selbst als oberster Richter. Als Urteiler fungierten nicht etwa ständige Pfalzschöffen, sondern die eben am Hofe anwesenden Fürsten, Herren und Ministerialen, zumal die Reichshofbeamten. Diesem Mangel ständiger Urteilfinder sowie dem Mangel eines ständigen Amtssitzes ist es hauptsächlich zuzuschreiben, daß das

deutsche Königsgericht auf die Rechtsprechung der Volksgerichte nicht jenen nachhaltigen zentralisierenden Einfluß ausübte, den die französische und die anglonormannische curia regis durch die Entwicklung gleichmäßiger Verwaltungspraxis und fester juristischer Technik erlangte. Der König konnte im Königsgerichte einen Stellvertreter setzen. Bis ins dreizehnte Jahrhundert geschah dies von Fall zu Fall oder auf längere Zeit. 1235 schuf Friedrich II. das Amt eines ständigen Hofrichters, der den normannisch-sizilischen Titel iustitiarius erhielt. Doch blieben gewisse Sachen, namentlich die causae maiores der Fürsten und Fürstengenossen und die Verhängung der Reichsacht, dem König vorbehalten. Vor das Reichshofgericht kamen Streitigkeiten im Wege des Rechtszugs und wegen Justizverweigerung und -verzögerung, sowie alle Sachen, in denen die Untergerichte nicht kompetent waren. Außerdem konnte es jede Streitsache aus den unteren Gerichten an sich ziehen.

Als neue Rechte erwarb der König in dieser Periode das Spolienrecht, d. h. das Recht auf den beweglichen Nachlaß eines verstorbenen Prälaten, das im elften Jahrhundert entstandene Bergregal, das meistens mit dem Zollrecht verbundene Geleitrecht (ius conductus) und das Judenregal. Doch bewirkten sie keine wesentliche Erhöhung der königlichen Gewalt, zumal der König sie nicht festzuhalten vermochte, indem er teils darauf verzichtete, teils durch Veräußerung oder Belehnung oder tatsächliche Duldung sie den Landesherren einräumte, wie das auch hinsichtlich des Münzrechtes, des Rechts auf Zölle und des Marktregals geschah.

Seit in der Thronfolge das Wahlprinzip völlig durchgedrungen war, bildeten sich im dreizehnten Jahrhundert feste Grundsätze über die interimistische Ausübung der Reichsgewalt durch Reichsvikare, Reichsverweser, während der Zeit, da der Thron ledig stand. Die goldene Bulle überwies das Reichsvikariat in den Ländern des fränkischen Rechts dem Pfalzgrafen bei Rhein, in den Ländern des sächsischen Rechts dem Herzog von Sachsen. Die Verleihung von Fahnlehen und die Veräußerung von Reichsgut war in den Vikariatsrechten nicht inbegriffen.

§ 35. Heer- und Steuerwesen. Die Reichsheerfahrten wurden herkömmlich auf den Hof- und Reichstagen beraten und beschlossen. Von Heinrich V. ab bis ins dreizehnte Jahrhundert ließ sie der König von den anwesenden Großen ausdrücklich beschwören. Doch sollte die Heerpflicht dadurch nicht etwa erst begründet, sondern nur bestärkt werden, wie denn auch solche aufgeboten werden konnten, die der Versammlung fern geblieben waren und nicht geschworen hatten. Für Reichskriege verwendete man nicht mehr den allgemeinen Heerbann. Nur in Fällen der Landesnot fand ein Aufgebot zur Landwehr statt, dem jedermann, auch der Unfreie, zu folgen verpflichtet war. Theoretisch bestand zwar noch der Grundsatz der allgemeinen Wehrpflicht, allein die in der Kriegführung eingetretenen Änderungen verlangten eine andere Art des Heerdienstes, als ihn die allgemeine Wehrpflicht zu leisten vermochte. Seit Heinrich V. bestanden die Heere fast nur noch aus Reitern. Ihren Kern bildeten die schwergerüsteten Reiter, die Panzerreiter. Die Leistung des Reiterdienstes setzte größeren Grundbesitz und beständige Übung voraus. Damit ergab sich bei Reichsheerfahrten von selbst die Beschränkung des Aufgebotes auf jene Klasse der Bevölkerung, welche die militärische Ausbildung zum Lebensberufe machte. So verschwand der deutsche Bauer aus den Reichsheeren, indem er gegen Zahlung einer Heersteuer auf seiner Scholle sitzen blieb. An Stelle der allgemeinen Wehrpflicht trat die ritterliche Dienstpflicht, die auf allen Lehnsbesitzern, auf den Dienstmannen und unfreien milites und auf dem größeren allodialen Grundbesitz lastete. Das königliche Aufgebot erging jedoch — abgesehen von den Reichsministerialen und unmittelbaren Reichslehnsmannen — nicht an die Dienstpflichtigen, sondern an die geistlichen und weltlichen Großen, die ihrerseits die Mannschaft aushoben und anführten. Die Truppen der aufgebotenen Reichsstädte und die Reichsministerialen standen unter dem Befehle von Reichsvögten. Der einzelne Fürst hatte nicht etwa stets seine ganze streitbare Mannschaft aufzubieten. Anfänglich bestimmte der König die Zahl der Schilde, die zu stellen waren. Im Laufe

der Zeit bildete sich in dieser Beziehung ein bestimmtes Herkommen aus. Besonders stark war das Reichskirchengut belastet. Später wird für die Feststellung der Kontingente die Zustimmung des Reichstags verlangt. Seit dem fünfzehnten Jahrhundert beginnen die Reichsheere sich in geworbene Söldnerheere umzuwandeln und werden neben den Reitern die Landsknechte ein bedeutsamer Faktor des Heerwesens.

Allgemeine und dauernde Reichssteuern gab es nicht. Die Abgaben, mit welchen seit Feudalisierung des Heerdienstes der davon befreite bäuerliche Grundbesitz belastet wurde, fielen nicht an das Reich, sondern an die territorialen Gewalten. Doch bezog der König spätestens seit dem zwölften Jahrhundert ordentliche Steuern aus den königlichen Städten, aus den Judengemeinden, aus dem Reichskirchengut und aus den Reichsdörfern. In der königlichen Kammer bestanden besondere Matrikeln für die Veranlagung der steuerpflichtigen Orte. Neben den ordentlichen Steuern erhob der König bei besonderen Anlässen außerordentliche Steuern. So z. B. Rudolf I. zur Abhaltung von Hoftagen. Eine allgemeine Reichssteuer wurde aus Anlaß der Hussitenkriege unter Sigismund auferlegt, zuerst als gemeiner Pfennig, dann nach dem System der Matrikularumlagen. Daß es an einer durchgreifenden Finanzverfassung und an einer geregelten Finanzverwaltung fehlte, war eine der Hauptschwächen des deutschen Reichsstaatsrechts. Man lebte von der Hand in den Mund und half sich zur Not mit der Veräußerung oder Verpfändung von Einnahmequellen.

§ 36. Die Kirche. Da der König das Recht hatte, die Bischöfe zu ernennen und die Reichsabteien kraft seines Eigentums daran zu besetzen, so wurde es in nachfränkischer Zeit Politik des deutschen Königtums, in den Bischöfen die Stützen seiner Herrschaft zu suchen und die Bistümer und Reichsabteien mit öffentlichen Rechten und königlichen Besitzungen auszustatten, womit begreiflicherweise das Streben Hand in Hand ging, die Abhängigkeit der Reichskirchen zu steigern. Bistum und Reichsabtei waren Reichsämter, die den großen Vorzug besaßen, daß der König bei ihrer Besetzung nicht wie bei den weltlichen Reichsämtern Erbansprüche zu berücksichtigen hatte. Die Übergabe des Bistums und der Abtei (Investitur) erfolgte durch Darreichung des Hirtenstabs oder mittelst Ring und Stab, ohne daß dabei zwischen temporalia und spiritualia unterschieden worden wäre. Als Papst Gregor VII. in schroffem Widerspruch zu dem bestehenden Rechte die Laieninvestitur verbot, war dies eine revolutionäre Maßregel, der sich der deutsche König nicht fügen konnte, ohne einen politischen Selbstmord zu begehen. Durch das Wormser Konkordat, das den Investiturstreit zum Abschluß brachte, wurde zwar die kanonische Wahlform anerkannt und die Investitur mit Ring und Stab beseitigt, zugleich aber im Sinne der kaiserlichen Partei die Unterscheidung der spiritualia und der temporalia praktisch durchgeführt, indem bestimmt wurde, daß der Gewählte — in Deutschland vor der Weihe — gegen Treueid und homagium vom König die Regalien per sceptrum empfangen solle. Als Regalien faßte man aber die Gesamtheit aller den einzelnen Bistümern zugehörigen Gütermassen und weltlichen Rechte ohne Unterscheidung des Erwerbstitels zusammen.

An den Rechten des Königs über das Reichskirchengut und die sonstigen der Kirche zustehenden Regalien hat der Ausgang des Investiturstreites im wesentlichen nichts geändert, wohl aber eine Umwandlung angebahnt, welche die rechtliche Auffassung des Verhältnisses der Reichskirchen zum Reiche betrifft. Das Reichskirchengut war tatsächlich von je ein dem echten Lehen verwandtes Besitzverhältnis. Es wurde aber nicht von Anfang an als Lehen aufgefaßt, obwohl es dem Inhaber Pflichten und Beschränkungen auferlegte, die zum Teil über das echte Lehen hinausgehen und in letzter Linie auf Grundsätze des germanischen Schenkungsbegriffes zurückführen. König oder Reich galten nicht etwa als Eigentümer des Kirchengutes, allein es wurde in der Hand des jeweiligen Amtsinhabers wie ein vom König geschenktes Gut behandelt. Der König übte die Rechte des Gebers. Zu Veräußerungen und zu Belastungen war seine Zustimmung erforderlich. Starb der Amtsinhaber, so hatte der König das Recht der Investitur des Nachfolgers; seit Friedrich I. nahm er auch das aus dem Eigenkirchenrechte stammende ius spolii in Anspruch. Sede

vacante fielen die Nutzungen des Kirchengutes an den König (ius regalium); ebenso im Fall der Regalienſperre, die er wegen Verletzung des Treueides verhängen konnte.

Seit der zweiten Hälfte des zwölften Jahrhunderts drangen Grundſätze des reinen Lehnrechts in die Stellung der Reichskirchen ein. Die Inveſtitur mit den Temporalien wurde als Belehnung aufgefaßt, Biſchöfe und Äbte galten für Lehnsmannen des Reichs, wie ſie denn auch von den Rechtsbüchern in das Syſtem der Heerſchilde eingegliedert wurden. Auf einzelne Befugniſſe, auf das ius regalium und auf das ius spolii, haben Otto IV. und Friedrich II. ausdrücklich verzichtet. Staatsrechtlich werden die geiſtlichen Fürſtentümer nun mehr als eine ausgezeichnete Art der Reichslehen, nämlich als Szepterlehen, behandelt und nur noch vereinzelte Überbleibſel erinnern an die frühere Stellung des Reichskirchengutes.

Erſt etliche Zeit nach Beendigung des Inveſtiturſtreites eröffnete die Kirche mit kluger Vorſicht den zunächſt aus taktiſchen Gründen vertagten Feldzug gegen das Laieneigentum am niederen Kirchengut. Das Eigenkirchenrecht verwandelte ſich ſeit Alexander III. in ein Patronatsrecht, deſſen Bedeutung in der Folge mehr und mehr abgeſchwächt worden iſt.

Abgeſehen von dem Kampfe, den die Kirche zur Erweiterung ihrer Macht gegen das deutſche Königtum und gegen das germaniſche Eigenkirchenrecht angriffsweiſe führte, hatten die einzelnen Kirchen vielfältigen Anlaß, ſich gegen Übergriffe örtlicher Gewalten, namentlich der Kirchenvögte, zu verteidigen. Nach den Ordnungen des karolingiſchen Reiches mußten die Kirchen Vögte haben. Der Vogt übte die der Kirche kraft der Immunität zuſtehende Gerichtsbarkeit über deren Hinterſaſſen aus; außerdem hatte er die Kirche nach außen hin, insbeſondere bei Rechtsgeſchäften und in Rechtshändeln, zu vertreten und zu ſchützen. Nicht ſelten hatte eine Kirche mehrere Vögte (Teilvogtei). Die Vögte größerer Kirchen verwalteten häufig die Vogtei nicht ſelbſt, ſondern ſetzten Unter- oder Vizevögte. Der Obervogt hieß dann archiadvocatus, summus, primus advocatus. Hatte die Kirche die höhere Gerichtsbarkeit, ſo bedurfte der Vogt, der ſie ausüben ſollte, der königlichen Bannleihe. Die Vogtei war ein nutzbares Recht. Der Vogt hatte Anteil an den Gerichtsgefällen, er bezog von den Hinterſaſſen Abgaben und den Unterhalt bei den Gerichtstagen, er hatte Anſpruch auf einen Schutzzins oder auf die Nutzung von Ländereien, die mit der Vogtei als ſolcher verbunden waren. Das von Hauſe aus der Kirche zuſtehende Recht der freien Vogtwahl kam ſeit dem elften Jahrhundert abhanden. Die Vogtei wurde ein erbliches Lehen. Die Vögte waren nicht ſelten mächtige Herren. Über manche Kirchen hatte der König die Vogtei. Herzöge und Grafen ſuchten die Vogteien ihres Gebietes planmäßig an ſich zu bringen. Je mehr der Wohlſtand der Kirchen ſtieg, deſto mehr wurde die Vogtei eine Quelle von Bedrückungen und Mißbräuchen. Die Vögte bemächtigten ſich der Kirchengüter oder ihrer Einkünfte, eigneten ſich den ganzen Ertrag der Gerichtsbarkeit an, forderten von den Hinterſaſſen widerrechtliche Leiſtungen. Daher erwuchs bei den Kirchen das Streben nach Beſchränkung oder Beſeitigung der Vögte oder doch wenigſtens der Untervögte, die, weil ſie der Kirche unmittelbar auf dem Nacken ſaßen, beſonders läſtig wurden. Seit dem zwölften Jahrhundert verſchafften ſich zahlreiche Kirchen gefälſchte oder echte Privilegien, welche die Rechte der Vögte begrenzten oder die Einſetzung von Untervögten verboten oder eine vollſtändige Entvogtung der Kirche herbeiführten, die darin beſtand, daß die Kirche die Vögte durch eigene Amtleute erſetzte, während der Schutz der Kirche nach außen vom König oder vom Landesherrn ohne Entgelt zugeſichert wurde (ſogen. Schirmvogtei im Gegenſatz zur Gerichtsvogtei).

§ 37. Der Hof des Königs und die Reichsverwaltung. Gleich dem fränkiſchen hatte auch der deutſche König keine ſtändige Reſidenz. Er zog von Pfalz zu Pfalz, von Stadt zu Stadt und mit ihm der Hof und die Reichsverwaltung.

Das Ämterweſen am Hofe des Königs erlangte nicht nur keine feſtere Geſtaltung, ſondern wurde zunächſt noch weiter desorganiſiert, indem das Amt des Pfalzgrafen den Charakter des Hofamtes verlor und indem einzelne Hofämter in die Hände von Beamten

gelangten, die keinen Teil des Hofstaates bildeten. So kam die oberste Leitung der Reichskanzlei, das Erzkanzleramt, an den Erzbischof von Mainz. Er behielt es, von kürzeren Unterbrechungen abgesehen, für Deutschland, während ein Erzkanzleramt für Italien von Konrad II. mit dem Erzbistum Köln, ein Erzkanzleramt für Burgund gegen Ende des dreizehnten Jahrhunderts mit dem Erzbistum Trier verbunden wurde. Die Erzkanzler fungierten als solche nur bei wichtigen und bei besonders feierlichen Anlässen. Die eigentlichen Kanzleigeschäfte leitete der vom König ernannte Hofkanzler. Unter den Hofkanzlern standen die Protonotare, denen eine Anzahl von Notaren und Schreibern unterstellt war. Die pfalzgräfliche Kanzlei, wie sie in karolingischer Zeit entstanden war, fiel mit dem Hofamte des Pfalzgrafen hinweg. Dagegen erhielt der 1235 geschaffene oberste Hofrichter eine besondere Gerichtskanzlei.

Die Funktionen der vier alten Hofbeamten, des Truchseß, des Marschalls, des Kämmerers und des Schenken, wurden bei besonders feierlichen Gelegenheiten, so bei der Krönung, von den Inhabern der Erzämter versehen. Den täglichen Dienst am Hof leisteten Reichsministerialen. Zu den vier alten Hofämtern trat unter Philipp das des Küchenmeisters hinzu. Im Laufe der Zeit sind diese Hofämter Erbämter bestimmter Familien geworden.

Die neuen Ämter, die seit dem dreizehnten Jahrhundert am Hofe des Königs entstanden, wurden der Territorialverwaltung entlehnt, ein deutliches Zeichen, daß das Reich als solches aufgehört hatte, die treibende Kraft für die Fortbildung des Ämterwesens zu sein. Dahin gehören das dem Königreich Neapel und Sicilien entlehnte Amt des obersten Hofrichters und das an oberdeutschen Fürstenhöfen vorgebildete Amt des Hofmeisters, das seit Anfang des vierzehnten Jahrhunderts auch am Königshofe erscheint. Ursprünglich ein rein wirtschaftlicher Beamter, erlangte der Hofmeister (magister curiae) neben der obersten Leitung des Hofhalts wesentlichen Anteil an den Regierungsgeschäften. Unter Ruprecht wurde das Amt nach territorialem Vorbilde gespalten, indem die wirtschaftlichen Aufgaben einem Haushofmeister, die Regierungsgeschäfte einem Obersthofmeister zugewiesen wurden. Dieser erhielt zugleich die erste Stelle im königlichen Hofrat, einem Kollegium, zu welchem der König seit dem vierzehnten Jahrhundert eine Anzahl ständiger Ratgeber und Vertrauensmänner zusammenzufassen begann.

Aus Italien stammt das Amt eines Hofpfalzgrafen, das in Deutschland seit Karl IV. vom König verliehen wird und zur Ernennung von Notaren, zur Legitimation unehelicher Kinder und zu anderen Akten freiwilliger Gerichtsbarkeit ermächtigt.

Wie in fränkischer Zeit pflegte der König wichtigere Reichsangelegenheiten mit den geistlichen und weltlichen Großen des Reichs auf Hof- oder Reichstagen zu beraten. Die Grenze zwischen Hof- und Reichstagen war eine fließende. Reichstag war ein Hoftag von allgemeinerer Bedeutung. Bischöfe, Reichsäbte und Lehnsmannen des Königs waren verpflichtet, auf den Hoftagen zu erscheinen und solange zu verweilen, bis der König sie entließ. Die Berufung eines Hoftages und die Auswahl der Geladenen lag im Belieben des Königs. Eine Pflicht, die Großen um ihren Rat zu fragen oder ihn zu befolgen, bestand für den König anfänglich nicht. Allein seit dem zwölften Jahrhundert wurde aus dem Beirat der Großen allmählich ein Recht der Beschlußfassung, aus der ursprünglichen Verwaltungsmaßregel ein Grundsatz der Reichsverfassung, aus der Pflicht der Hoffahrt ein Recht der Reichsstandschaft, d. h. das Recht, an den Verhandlungen der Reichstage mit Sitz und Stimme teilzunehmen. Dieses Recht erlangten die Kurfürsten, die Fürsten und Herren, aber nicht die Reichsministerialen, die namentlich in staufischer Zeit auf den Reichstagen erschienen waren. Seit Wilhelm von Holland sind auch Städte auf den Reichstagen vertreten, aber als minderberechtigte Teilnehmer, indem sie nur bei gewissen Anlässen, wie bei Landfriedensaufrichtungen, zugezogen werden, dagegen in Sachen, die sie nicht unmittelbar angehen, kein Votum haben. Auch diese beschränkte Reichsstandschaft erwarben nur die Reichsstädte und die bischöflichen Städte. Kraft alten Herkommens konnten Reichstage nur in Reichsstädten und in bischöflichen Städten stattfinden. Die Beschlußfassung erfolgte in der Form der gerichtlichen Urteilfindung. Seit

dem vierzehnten Jahrhundert findet sich, daß die Kurfürsten, die Fürsten und Herren und die Städte sich in gesonderter Beratung schlüssig machen.

§ 38. Das Ämterwesen in den einzelnen Teilen des Reiches. Nach Auflösung der fränkischen Monarchie blieb in Deutschland das fränkische Ämterwesen bestehen, soweit es in den einzelnen Stammesgebieten durchgedrungen war. Nach wie vor waltete als ordentlicher Richter in den Grafschaften der Graf, in seiner richterlichen Tätigkeit auch Landrichter, iudex provincialis, genannt. Der Unterbezirk der Grafschaft, die Hundertschaft oder Zent, in Sachsen Go, stand unter dem centenarius, zentenaere, zentgrâve, in Sachsen unter dem gôgreve. Vollzugsorgan des Grafen war der gräfliche Schultheiß, Schulze oder Frone (fries. skelta oder frana). Doch ist der Schulze, indem sein Amt mit dem des Centenars verschmolz, häufig zum Unterrichter geworden. Eine höhere Stellung nahm er bei den ostfälischen Sachsen ein, wo ihm die Vertretung des Grafen und der Mitvorsitz vor Gericht gebührte, während als Vollzugsorgan der vom Grafen eingesetzte Fronbote fungierte. Die fränkische Schöffenverfassung ist nicht überall durchgedrungen oder in Bestand geblieben. Bei den Friesen erhielten sich als ständige Urteilfinder die ihnen eigentümlichen Asegen. In Bayern berief der Richter zur Findung des Urteils eine Anzahl von Beisitzern aus den Dinggenossen, die sogen. Vorsprecher des Rechtes.

Die karolingische Einrichtung der königlichen Missi hat sich in den deutschen Stammlanden nicht erhalten. Doch schob sich um die Wende des neunten Jahrhunderts zwischen das Königtum und die gräfliche Gewalt eine neue politische Macht ein, das Stammesherzogtum. Der Stammesherzog hatte die Führung der militärischen Kräfte des Stammes, er übte für den Umfang seines Herzogtums eine übergeordnete Gerichtsbarkeit aus, hielt Hoftage ab, auf welchen die ihm untergebenen Grafen, in Bayern auch Bischöfe und Markgrafen, zu erscheinen hatten. Um der herzoglichen Gewalt ein Gegengewicht zu schaffen, schritt das Königtum seit Otto I. zur Bestellung von Stammespfalzgrafen, deren Amt an das der ständigen missi regis Italiens anknüpft. Der Pfalzgraf hatte in Vertretung des Königs dessen Rechte innerhalb des Stammesgebietes wahrzunehmen, insbesondere oblag ihm die Aufsicht über die königlichen Güter und Einkünfte. Im Kampfe gegen das widerspenstige Stammesherzogtum fand der deutsche König einen Bundesgenossen an den Fürsten, die dem Herzog untergeordnet waren. Dem doppelten Drucke von oben und von unten vermochte es auf die Dauer nicht zu widerstehen. Mit dem Sturze Heinrichs des Löwen ist die Zertrümmerung des Stammesherzogtums entschieden.

Die Landfriedensvereinigungen führten zur Ausbildung kommissarischer Landfriedensgerichte für bestimmte Bezirke. Auf den Vorsitz in solchen Gerichten scheint die hervorragende Stellung des Landgrafen von Thüringen zurückzugehen, während im übrigen der Titel Landgraf solchen Grafen zuteil wurde, die nach Auflösung der Gauverfassung die höhere Gerichtsbarkeit und gewisse andere gräfliche Rechte im Umfang des alten Amtsbezirkes behauptet hatten.

Eine selbständigere Stellung und eine straffere Gewalt als die übrigen Grafen besaßen die Markgrafen. Sie übten die höhere Gerichtsbarkeit persönlich oder durch stellvertretende Beamte aus, ohne daß für diese das Erfordernis der königlichen Bannleihe bestand. Sie dingten, wie der Sachsenspiegel sagt, bei eigenen Hulden.

Über größere Komplexe von Krongütern und über königliche Abteien waren Reichsvögte gesetzt als Verwaltungsbeamte und zur Handhabung der gräflichen Gerichtsbarkeit.

§ 39. Die Landeshoheit. Eine vollständige Änderung seiner staatsrechtlichen Grundlagen erlitt das Reich durch die Ausbildung der Landesherrlichkeit oder Landeshoheit. Die wesentlichen Ursachen dieses Prozesses, der in der gräflichen Gewalt seinen eigentlichen Ausgangspunkt hat, sind in kurzem folgende. Die gleichmäßige Einteilung des Reichs in Grafschaftsgaue verschwand (sogen. Gauauflösung). Die zahlreich emporschießenden Immunitäten zerschnitten oder durchlöcherten die gräflichen Amtssprengel. Grafschaftsgaue spalteten sich in mehrere Grafschaften. Andrerseits wurden mitunter

mehrere Grafschaften in einer Hand vereinigt und mit der gräflichen Gewalt nicht selten Immunitätsrechte verbunden. Gräfliche Rechte wurden geistlichen Stiftern oder weltlichen Herren, ganze Grafschaften größeren Kirchen übertragen. Am schwersten fällt die Umwandlung der Ämter in erbliche Lehen ins Gewicht; sie gestaltete, da der Inhaber des Amtes die öffentlichen Rechte zwar im Namen des Königs, aber zu eigenem Nutzen ausübte, die Amtsbefugnisse zum nutzbaren Rechte.

Als das Stammesherzogtum fiel, erntete nicht das Königtum, sondern die fürstliche Gewalt die Früchte des Sieges. Seit dieser Zeit findet sich auch zuerst in Urkunden der Ausdruck dominus terrae. Wesentlichen Vorschub erhielt das Aufkeimen der Landesherrlichkeit durch die auf Italien gerichtete Politik der deutschen Könige. Um hier augenblickliche Erfolge zu erringen, fanden sich die Könige mit den Fürsten ab, so gut es eben ging. Dagegen wurde die einzige Macht, die der fürstlichen noch ein Gegengewicht bieten konnte, das deutsche Städtewesen, in seiner Entwicklung gehemmt. Dieser Politik verdanken namentlich zwei Reichsgesetze des dreizehnten Jahrhunderts ihre Entstehung, das Privilegium für die geistlichen Fürsten von 1220 und das Statutum in favorem principum von 1231—32, in welchen der König zugunsten der Fürsten auf wichtige Rechte verzichtet, deren sich diese freilich zum Teil schon tatsächlich bemächtigt hatten, während zugleich zum Vorteil der Landesherren eine Reihe städtefeindlicher Bestimmungen erlassen wird.

Die hiermit reichsgesetzlich sanktionierte Landesherrlichkeit wucherte dann rasch empor, während des Interregnums infolge des Mangels, darnach infolge der Schwäche der königlichen Gewalt. War sie früher unter dem Schutze des Lehnwesens gewachsen, so trat sie nunmehr in ein zweites Stadium der Entwicklung, in dem sie die Schranken des Lehnrechts durchbrach. Das Erfordernis der Bannleihe für die höheren Richter der Territorien fiel hinweg. Nachdem die Umwandlung der Ämter in Lehen als wichtigster Hebel für die Ausbildung der Landesherrlichkeit gedient hatte, verstand es diese, innerhalb der Territorien mit dem Lehnwesen zu brechen. Nach dem Reichslehnrechte war der Inhaber eines Gerichtslehens verpflichtet, die darin enthaltenen Afterlehen weiter zu verleihen. Diesen Rechtssatz setzten die Landesherren nach dem Wegfall der Bannleihe außer Kraft, indem sie die Gerichte ihrer Territorien nicht mehr zu Lehen gaben, sondern besoldete Landrichter, Vögte oder Amtleute bestellten, somit die Lehen in Ämter im eigentlichen Sinne des Wortes verwandelten. Also haben, während der König bei Erledigung von Fürstenämtern nach wie vor an den Leihezwang gebunden blieb, die Fürsten ihrerseits den sie beschränkenden Leihezwang beseitigt. Neue Errungenschaften machte die Landesherrlichkeit vorerst für die kurfürstlichen Territorien durch die goldene Bulle von 1356. Münzrecht, Bergregal, Recht auf Zölle und Judenschutz wurden darin den Kurfürsten ausdrücklich zugesprochen. Sie erlangten ferner die Privilegien de non evocando und de non appellando. Endlich wurde die Unzertrennlichkeit der Kurlande und die Primogeniturfolge festgestellt. Das den Kurfürsten gewährte Maß von Unabhängigkeit steckten sich auch die übrigen Landesherren, zum Teil in rücksichtslosester Weise, zum Ziel. Im fünfzehnten Jahrhundert wurde das ius evocandi des Reichshofgerichtes bereits grundsätzlich bestritten und 1487 dem damaligen königlichen Kammergerichte schlechtweg versagt.

Wie nach oben hin schloß sich die Landesherrlichkeit auch nach unten hin ab. Der Komplex ihrer herzoglichen, gräflichen, lehnsherrlichen, Immunitäts-, grund- oder dienstherrlichen und vogteilichen Rechte und der auf sie übergegangenen königlichen Regalien bildete sich zum allgemeinen Begriffe der Staatsgewalt aus. Indem man die einzelnen Rechte nicht mehr ihrem historischen Ursprunge nach unterschied, erschienen sie als Konsequenz einer ihrem Wesen nach einheitlichen obrigkeitlichen Gewalt über das ganze Land.

Die Nachfolge in die weltlichen Territorien gestaltete sich zunächst nach den Grundsätzen des Lehnrechtes als Individualsuccession. Als die Landesherren sich über die Schranken des Lehnrechtes hinwegsetzten, betrachteten sie es vorerst als eine Errungenschaft, das Land wie Eigengut unter gleich nahe Erben zu teilen. Allein die Erfahrung, daß die Teilungen das Hausinteresse schädigten und die fürstliche Macht zu pulverisieren drohten, erweckte in zahlreichen Territorien das Bestreben, deren staatsrechtliche Unteil-

barkeit durch Hausgesetze, Familienverträge oder kaiserliche Privilegien festzustellen und nach dem Vorbilde der weltlichen Kurlande die Primogeniturfolge einzuführen.

Das Ämterwesen war in den einzelnen Territorien ein verschiedenartiges. Als Organe der Zentralverwaltung begegnen in der Regel der Hofmeister, gewissermaßen eine verkleinerte Auflage des fränkischen Hausmeiers, ferner der Kanzler, von den Inhabern der Hausämter der Marschall und der Kämmerer, die beide von Beamten der Hofverwaltung zu Beamten der Landesverwaltung emporwuchsen. Außerdem gab es Hofleute, die dem Landesherrn im Bedürfnisfall zum Beirate verpflichtet waren. Seit dem vierzehnten Jahrhundert wurden daraus in einzelnen Territorien landesherrliche Ratskollegien mit dem Charakter kommissarischer Behörden. An der Spitze der territorialen Verwaltungsbezirke standen als landesherrliche Beamte Landrichter, Vögte, Amtmänner oder Pfleger. Dabei blieben Verwaltung und Rechtspflege regelmäßig in derselben Hand. Doch schieden sie sich in einem Teile des Reiches, so namentlich in Westdeutschland und in Bayern, indem zur Handhabung der Rechtspflege dem Verwaltungsbeamten, dem Amtmann oder Pfleger ein beamteter Richter unterstellt wurde.

In der Gerichtsverfassung trat etwa seit dem dreizehnten Jahrhundert insofern eine grundsätzliche Wandelung ein, als die Zuständigkeit der gräflichen Gerichte (Landgerichte) im Gegensatz zu den Niedergerichten nicht mehr durch den Begriff der causae maiores (Blut, Freiheit, Eigen), sondern durch die ständische Stellung der Parteien bestimmt wurde. Die Niedergerichte verloren jede Kompetenz über sendmäßige Leute. Diese zogen die (höheren) Landgerichte an sich, während die Untergerichte (niederen Landgerichte) den Blutbann über die geringeren Bevölkerungsklassen und die Gerichtsbarkeit über bäuerliches Eigen erlangten. Aus den Landgerichten, denen die Landesherren persönlich vorsaßen, oder auch aus den alten Landfriedensgerichten entwickelten sich als Gerichte für den Adel und als Berufungsgerichte landesfürstliche Hofgerichte, an welchen zur Vertretung der Fürsten ständige Hofrichter bestellt wurden.

Ihren Ausbau erhielt die Verfassung der Territorien durch die Entwicklung der Landstände. Wie die Könige, pflegten auch die Fürsten auf ihren Hoftagen, zu welchen sie Hoffahrt geboten, Landesangelegenheiten mit den Großen des Landes (maiores terrae) zu beraten. Im Anschluß an diese Hoftage bildete sich, gefördert durch die steigende Geldnot der Landesherren und durch Einungen, welche die Herren, Ritter und Städte eingingen, die landständische Verfassung aus. Das wichtigste Organ der Landstände wurden die Landtage, regelmäßige ständische Versammlungen mit dem Rechte der Mitwirkung in wichtigeren Angelegenheiten des Landes. Das Recht der Landstandschaft erwarben die geistlichen und die weltlichen Großgrundbesitzer (Prälaten und Herren), die Ritterschaft und die Städte, nur ausnahmsweise auch die Bauern. Den Kern der landständischen Rechte bildete die Bewilligung von Steuern (Beden), die von den Ständen namentlich bei finanziellen Verlegenheiten der Landesherren zur Erringung weitgehender Befugnisse ständischer Mitregierung benutzt wurde. Das Emporkommen der Landstände hatte zwar eine vorübergehende Schwächung der landesherrlichen Gewalt zur Folge; es führte in manchen Territorien sogar zu lehnrechtlichen Rückbildungen auf dem Gebiete des örtlichen Ämterwesens und zu einer Steigerung der Grundherrlichkeit, da die Landesherren, um die Großen des Landes bei guter Laune zu halten, ihnen die kleinen Leute preisgeben mußten. Andererseits aber bewirkte die bewußte Interessengemeinschaft der führenden Klassen eine stärkere Abschließung des Landes nach außen und damit eine Konsolidierung der Einheit und Selbständigkeit des Territoriums.[1]

§ 40. Staatsrechtliche Sonderbildungen. Einzelne von den Übergangsformen, welche die Umbildung der Amtsgewalt zur Landeshoheit, des Amtsbezirks zum Territorium durchmachte, erhielten sich in verschiedenen Gegenden des Reiches länger als anderwärts und gaben daselbst den Anlaß zur Ausbildung eigenartiger Institutionen. Hier und da bewahrten die höheren Gerichte den unmittelbaren Zusammenhang mit Kaiser und Reich und stellten sich dadurch in Gegensatz zu den rein territorial gewordenen Gerichten. Das war insbesondere der Fall im Herzogtum Westfalen, wo nach der Ächtung Heinrichs des

Löwen der Erzbischof von Köln die herzogliche Gewalt erlangt hatte, und in den Bistümern Münster, Osnabrück und Minden. Länger als anderwärts blieb hier das Erfordernis der königlichen Bannleihe für die höheren Richter, die sogen. Freigrafen in Kraft. Dies bot den Ausgangspunkt für die eigenartige Verfassung der Femgerichte, die auf Grund eines Geheimbundes nur mit Wissenden besetzt sein durften, d. h. mit Personen, die in die Geheimnisse der Feme eingeweiht waren. Als königliche Gerichte legten sie sich die Befugnis bei, im ganzen Reiche zu richten, wenn der ordentliche Richter das Recht zu gewähren nicht willens oder nicht im Stande war. Im vierzehnten Jahrhundert haben die Femgerichte durch prompte Strafjustiz eine heilsame Wirksamkeit entfaltet. Allein die schrankenlose Macht, die sie schließlich erlangten, führte zu Mißbräuchen und Übergriffen. Städte und Fürsten vereinigten sich zu gemeinsamer Abwehr. Die allgemeine Reform des Strafverfahrens machte ihr Eingreifen in die Justiz auswärtiger Gerichtsbezirke entbehrlich. So teilten sie denn endlich das Schicksal, das die meisten anderen Gerichte bei Königsbann bereits viel früher erlitten hatten. Sie wurden seit dem sechzehnten Jahrhundert zu landesherrlichen Gerichten herabgedrückt, als welche sie bis ins neunzehnte mit einer sehr verkümmerten Kompetenz ihr Fortleben fristeten.

Reichsvogteien, seit der Ausbildung der Städteverfassung in Stadt- und Landvogteien geschieden, bestanden nicht nur auf Reichsgütern und in Reichsstädten, sondern auch dort, wo der König als Obervogt einer Kirche das Recht bewahrt hatte, den Vogt zu ernennen. Reichsvögte erhielten auch einzelne Gebiete, in denen es gelang, die Ausbildung einer erblichen Grafschaft zu verhindern. Die Reichslandvogteien wurden seit dem Ausgang des dreizehnten Jahrhunderts reorganisiert. In der Schweiz vermittelte die Reichslandvogtei den Übergang von den Anfängen der Landeshoheit zur vollen Unabhängigkeit. In den Gemeinden Uri, Schwyz und Unterwalden besaßen die Habsburger erbvogteiliche, gräfliche und grundherrliche Rechte. Der Versuch, sie zu voller Landeshoheit umzugestalten, gab den Anlaß zur Bildung der Eidgenossenschaft. Die nachmaligen Urkantone erlangten von Heinrich VII. die Anerkennung ihrer Unmittelbarkeit und die Ausschließung jeder Gerichtsbarkeit mit Ausnahme der des Reichshofgerichtes und des Reichslandvogtes. Auch von der letzteren wurden sie befreit, indem Wenzel 1389 den Urnern das Recht gab, einen Richter zu wählen, der mit Königsbann zu richten befugt sei, und indem Sigismund 1415 Schwyz und Unterwalden mit dem Blutbann belehnte. Im Kampf mit den Habsburgern wußte die Eidgenossenschaft ihre Reichsunmittelbarkeit zu behaupten und ihr Gebiet zu erweitern und abzurunden. Ende des fünfzehnten Jahrhunderts machte die Schweiz gegen Kaiser und Reich die Freiheit von Reichssteuern und Reichsgerichten geltend. Indem sie ihre Ansprüche im sogen. Schwabenkriege 1499 durchsetzte, löste sie tatsächlich jede Verbindung mit dem Deutschen Reiche auf.

Eigenartige Verhältnisse weisen vorübergehend die friesischen Landschaften zwischen Fli und Weser auf, ohne sich dadurch in grundsätzlichen Gegensatz zur allgemeinen Verfassungsentwicklung Deutschlands zu stellen. Die Landeshoheit ist hier erst verhältnismäßig spät zur Ausbildung gelangt, während die königliche Gewalt weniger als anderwärts durchgriff. Da ein Herzogtum fehlte, die Grafschaften meist an auswärtige Herrengeschlechter und Bistümer verliehen waren und die Grafen regelmäßig außerhalb des Landes wohnten, gelangten die friesischen Landschaften zu einer weitgehenden Selbständigkeit. Zum Schutze des Landesfriedens und zur Abwehr äußerer Feinde schlossen sie einen Landfriedensbund, von dem schon oben S. 216 bei Erörterung der friesischen Rechtsquellen die Rede war. Mit Unrecht hat man aus den Vereinigungen der friesischen Gaue den Schluß gezogen, daß sie von alters her einen Freistaat gebildet hätten, der die republikanische Verfassung der Urzeit im wesentlichen bewahrt habe, eine Auffassung, die in politischer Tendenz nach der heldenmütigen Befreiung der Niederlande vom spanischen Joche in Umlauf gesetzt worden war.

Eine hierarchisch militärische Verfassung hatte das vom deutschen Orden infolge eines Kreuzzuges gegen seine heidnischen Bewohner 1230—1283 eroberte Preußen. An der Spitze des Ordens, der in Ritterbrüder, Priesterbrüder und in dienende Brüder zerfiel, stand der Hochmeister. Er zählte zu den Reichsfürsten und war von vornherein im Be-

sitze der vollen Landeshoheit. Der Orden vollzog die Kolonisation des eroberten Landes durch Gründung deutscher Städte, die teils nach magdeburgischem, teils nach lübischem Rechte lebten, durch Ansiedlung deutscher Ritter, die dem Orden nicht angehörten, und durch Heranziehung deutscher Bauern, die sich in geschlossenen Dorfschaften niederließen. Das Land war in militärische Bezirke eingeteilt. Die Landesverwaltung war so sehr zentralisiert, daß man den Ordensstaat nicht mit Unrecht als den modernsten Staat des dreizehnten und vierzehnten Jahrhunderts bezeichnet. Gelähmt durch Zwistigkeiten mit den Städten und mit der landsässigen Ritterschaft unterlag der Orden in den Kämpfen mit Litauern und Polen. Durch den Thorner Frieden von 1466 wurde Westpreußen an Polen abgetreten und wurde Ostpreußen polnisches Lehen.

§ 41. Die Städte. Als besondere Verwaltungsbezirke und als politische Körperschaften treten in nachfränkischer Zeit die Städte aus dem allgemeinen Rahmen des Reichs- und Landesstaatsrechtes heraus. Die Entwickelung der deutschen Städteverfassung, seit langem Gegenstand einer lebhaften wissenschaftlichen Kontroverse, schließt sich nicht, wie manche annehmen, an die untergegangene römische Städteverfassung an, sondern hat in germanischen Einrichtungen ihre Keime getrieben. Im fränkischen Reiche waren die Städte ohne administrative Sonderstellung in die Gau- und Hundertschaftsverfassung einbezogen, so daß ein öffentlich-rechtlicher Unterschied zwischen Stadt und Land nicht obwaltete. Als der Begriff der Stadt im Rechtssinn sich ausgebildet hatte, gehörten zu ihren Merkmalen das Marktrecht, das Stadtgericht, das Recht der Befestigung und das Dasein einer Stadtgemeinde. Den Ausgangspunkt bildete für die Entstehung der Städte das Marktrecht, dessen Verleihung dem Könige zustand. Mit dem Markte verband sich ein besonderer Friede, regelmäßig Marktzoll und Münze und die Befugnis, in Marktsachen bei Königsbann zu richten. Die römischen Städte, die auf deutscher Erde die Stürme der Völkerwanderung überdauert hatten, besaßen das Marktrecht meist von alters her. Andere Orte sind im Anschluß an Pfalzen und Burgen auf Grund des Marktverkehrs allmählich zu Städten erwachsen. Dagegen sind zahlreiche Städte durch Gründung von Marktorten in der Weise entstanden, daß diese an eine ältere mit Immunität ausgestattete Niederlassung angeschlossen und mit freien Kaufleuten und Handwerkern besiedelt wurden, die ihre Hausstätten gegen Zins oder wohl auch als zinsfreies Eigen erhielten und im Gegensatz zu einer alten grundherrlichen Gemeinde zunächst eine gesonderte handelsgewerbliche Gemeinde bildeten.

Jede Stadt hat einen Stadtherrn. Er ist Marktherr, ihm gebühren Zoll und Münze. Im ganzen Stadtgebiete oder in einem Teile davon ist er Grundherr und Gerichtsherr, sei es nun zu eigenem, sei es zu abgeleitetem Rechte. Je nachdem der König selbst oder ein geistlicher oder weltlicher Großer Stadtherr ist, unterscheidet man königliche Städte wie Frankfurt a. M. und Nürnberg, bischöfliche wie Köln und Magdeburg, bezw. Abteistädte und landesherrliche wie Freiburg im Breisgau, Wien und ursprünglich auch Lübeck. Die Städte, die Sitze von Bistümern oder von größeren Abteien waren, sind den übrigen in der ersten Phase der städtischen Entwickelung vorangeeilt. Die Politik der deutschen Könige, welche die hohe Prälatur zur Hauptstütze der Reichsgewalt machte, gab ihnen erhöhte Bedeutung.

Selbständiger Gerichtsbezirk wurde die Stadt kraft der durch die Marktgerichtsbarkeit gesteigerten Immunität, die dem zum Stadtherrn gewordenen Grundherrn entweder von vornherein zustand oder mit der Verleihung des Marktrechts gewährt wurde. Das Stadtgericht war nicht nur in Zivilsachen und mindestens in niederen Strafsachen der Bürger, sondern zur Marktzeit auch für alle Marktbesucher und in allen Marktfreveln zuständig. Als Richter fungierte ein vom Stadtherrn eingesetzter Verwaltungsbeamter, der Schultheiß, iudex oder Stadtrichter. Die höhere Gerichtsbarkeit stand zwar an sich nach wie vor dem Grafen zu. Allein in den bischöflichen Städten hatte der Bischof regelmäßig die gräflichen Rechte, die er durch seinen Vogt, in größeren Städten wohl auch durch einen in der Stadt wohnenden Burggrafen ausüben ließ, während sie in den königlichen Städten durch Reichsvögte verwaltet wurden.

Die Städte waren regelmäßig befestigte Orte. Burg war die älteste deutsche Bezeichnung der Stadt. Doch gab es einerseits Burgen, die nur Kastelle, nicht Städte waren, und einzelne Städte, die offene Vororte von Burgen bildeten. Im dreizehnten Jahrhundert begann man die Ummauerung als rechtliches Erfordernis der Städte anzusehen.

Seit dem zwölften Jahrhundert wurden aus wirtschaftlichen und politischen Gründen Städte „aus wilder Wurzel" gegründet und Dörfer oder stadtähnliche Anlagen zu Städten erhoben, indem man die typisch gewordene Städteverfassung auf sie übertrug.

In der ersten Phase seiner Entwickelung entfaltete sich das Städtewesen unter dem Schutze der Stadtherrschaft. Seit dem Ausgang des zwölften Jahrhunderts beginnt eine zweite Periode der städtischen Verfassungsgeschichte, die Periode, in der die Städte auf Kosten und zum Teil gegen den Willen des Stadtherrn ein mehr oder minder ausgedehntes Recht der Selbstverwaltung gewinnen. Als Organ der aufstrebenden Bürgerschaft erscheint allenthalben der Stadtrat, dessen Entstehungsgeschichte streitig ist. Er scheint in den einzelnen Städten auf verschiedenartigen Grundlagen erwachsen zu sein. Zu Anfang des dreizehnten Jahrhunderts entspannen sich um des Stadtrats willen, namentlich in den bischöflichen Städten, heftige Kämpfe zwischen dem Stadtherrn und der Bürgerschaft. Abgesehen von den landesherrlichen Städten, in denen der Landesherr nicht selten die Ernennung oder doch die Bestätigung der Stadträte geltend machte, war der Ausgang der kommunalen Bewegungen der, daß die Bürgerschaft sich von der Stadtherrschaft im wesentlichen befreite, während die Ratmannen, den Bürgermeister an der Spitze, sich als Vertreter der Bürgerschaft zur eigentlichen Stadtobrigkeit aufschwangen. Besteuerungsrecht, Gerichtsbarkeit, Zoll und Münze und die übrigen Hoheitsrechte des Stadtherrn fielen der Reihe nach an die Stadt; die von jenem eingesetzten Magistrate wurden beseitigt und durch die Organe der Bürgerschaft ersetzt, welche ihre Befugnisse nicht als subjektives Privatrecht, sondern kraft ihres Amtes im Namen der Stadtgemeinde verwalteten. Die Städte dehnten ihre Gewalt über das eigentliche Weichbild aus, indem sie außerhalb der Stadt wohnende Personen in den Bürgerverband aufnahmen. Die wachsende Macht der Städte weckte den Widerstand der Fürsten, unter deren Druck das auf ihre Hilfe angewiesene Königtum zeitweise sich zu städtefeindlichen Gesetzen herbeiließ; doch wurden sie durch Verwaltungsmaßregeln zu gunsten der Städte teilweise aufgewogen und vermochten die Entwickelung des Städtewesens nicht mehr rückgängig zu machen. Denn die politische Bedeutung der Städte beruhte im Verhältnis zu den Landesherren hauptsächlich auf ihrem finanziellen Übergewicht, das durch die Reichsgesetzgebung nicht betroffen wurde. Die Städte waren die Geldmächte jener Zeit, eine Tatsache, die sich aus der Ausbildung der Geldwirtschaft, aus dem Vorhandensein eines zahlreichen leistungsfähigen Mittelstandes und aus dem städtischen Steuerwesen erklärt. Dieses beruhte zum Teil auf indirekten Abgaben, auf dem sogen. Ungeld. Daneben kannte man die direkte Besteuerung, Schatzung; doch trat diese in manchen Städten nur ausnahmsweise ein. Seit dem vierzehnten Jahrhundert begannen die Städte im Wege der Leibrentenverkäufe und anderer Kreditgeschäfte städtische Anlehen aufzunehmen.

Der Gegensatz zu den Fürsten drängte die Städte zu vereinigtem Handeln. Sie traten vom dreizehnten Jahrhundert ab zu Städtebündnissen zusammen, die in entscheidender Weise in die Reichsangelegenheiten eingriffen und die Heranziehung der Städte zu den Reichstagen zur Folge hatten. So haben die bischöflichen Städte und die auf ursprünglichem Königsgute im Anschluß an königliche Pfalzen und Burgen erwachsenen Reichsstädte die Reichsstandschaft erworben, die dagegen den landesherrlichen Städten versagt blieb. Unter den zahlreichen Städtebünden sind aus dem dreizehnten Jahrhundert der große rheinische Städtebund und die Hanse hervorzuheben. Jener, zu politischen Zwecken und zur Erhaltung des Landfriedens gegründet, gab sich 1254 eine feste bundesstaatliche Organisation, hat aber nach kraftvollem Eingreifen in die Reichspolitik seine Bedeutung rasch wieder verloren, nachdem er durch den Beitritt von Fürsten und Herren den rein städtischen Charakter eingebüßt hatte. Dagegen war die Hanse eine Verbindung niederdeutscher Städte zu Handelszwecken und zum Schutz des gemeinen deutschen Kauf-

mannes im Ausland, welche ohne feste Organisation unter der tatsächlichen Oberleitung Lübecks dauernde politische Bedeutung erlangte. Ende des vierzehnten Jahrhunderts stellte sich in Süddeutschland der schwäbische Städtebund an die Spitze einer politischen Bewegung, die gegen die übergreifende Macht der Landesherren gerichtet war, aber mit der Niederlage der schwäbischen (Schlacht bei Döffingen 1388) und der mit ihnen verbündeten rheinischen Städte endigte. Seit diesem Siege der Landeshoheit tritt ein merklicher Rückgang der städtischen Macht ein. Die Landeshoheit wird die ausschließliche Basis der deutschen Verfassung und die Städte fügen sich ihr als kleinere Territorien von minderer Bedeutung ein, in denen die Landeshoheit den Stadtobrigkeiten zusteht.

Im Laufe des vierzehnten Jahrhunderts hat sich zuerst in den süddeutschen, später in den norddeutschen Städten eine Änderung der Stadtverfassung vollzogen. War vordem das Stadtregiment im Alleinbesitz der Vollbürger gewesen, so erreichten die Handwerker durch den Ausgang der Zunftkämpfe Zutritt zu den städtischen Ämtern und in die Ratskollegien. Wo der Sieg der Zünfte ein vollständiger war, wurde die Zunftverfassung zur Stadtverfassung, indem von allen Bürgern der Eintritt in eine Zunft gefordert wurde. Anderwärts wurde dem alten Rat ein neuer, von den Zünften gebildeter Rat zur Seite gesetzt; oder aber es wurden Zünftige schlechthin oder nach bestimmtem Zahlenverhältnis in den bisherigen Rat aufgenommen. Der Umschwung der Verfassungsverhältnisse bekundet sich durch ein verändertes Auftreten der Städte nach außen hin. An Stelle einer nach patrizischen Traditionen geleiteten, oft engherzigen aber stetigen Staatskunst tritt eine etwas sprunghafte und wechselvolle Politik, welche die Niederlagen der Städte gegen Ende des vierzehnten Jahrhunderts zum Teil mitverschuldet hat.

III. Das Strafrecht.

§ 42. Das Strafrecht dieser Zeit nährt sich im wesentlichen von den Prinzipien, die die fränkische Periode erzeugt hatte; anfänglich fand sogar eine rückläufige Bewegung statt, indem die Volkssitte zum Teil wieder in jene Bahnen einlenkte, aus welchen sie durch die Volksrechte und das fränkische Reichsrecht verdrängt werden sollte. Die Ausdehnung der öffentlichen Strafen auf Kosten des Bußensystems, die schon in karolingischer Zeit begonnen hatte, machte weitere Fortschritte. Mit nachhaltigem Erfolge arbeitete die Landfriedensgesetzgebung in dieser Richtung. Die Zersplitterung der Gerichtsbarkeit und die zunehmende Schwäche der Reichsgewalt führten den Übelstand mit sich, daß die höheren Stände sich der Anwendung des Strafrechts tatsächlich entzogen und nur innerhalb der Territorien eine kräftige Handhabung der Strafjustiz Platz greifen konnte.

Unter den strafbaren Handlungen unterschied man Ungerichte und Frevel. Ungerichte waren die Missetaten, die eine Strafe zu Hals oder Hand, d. h. die Todesstrafe oder eine verstümmelnde Strafe nach sich zogen, Frevel leichtere Vergehen, die zu Haut und Haar bestraft wurden oder nur eine Vermögensstrafe (Buße und Wette) zur Folge hatten. Doch wird der Begriff der Ungerichte in manchen Quellen weiter gefaßt, so daß er auch die zu Haut und Haar strafbaren Fälle in sich schließt und ihm nur die eigentlichen Bußsachen gegenüberstehen. Als Todesstrafen kennt der Sachsenspiegel den Galgen, die Enthauptung und den Feuertod. Andere Quellen, namentlich die süddeutschen, zeigen größere Mannigfaltigkeit der Todesstrafen, wie denn z. B. im sogen. Schwabenspiegel das Ertränken und das Lebendigbegraben hinzutreten. Während das sächsische Strafrecht des zehnten Jahrhunderts wegen der häufigen Anwendung der Todesstrafe als grausam verrufen war, ist das Strafrecht des Sachsenspiegels milder als das des Schwabenspiegels. Gegen Ausgang des Mittelalters riß in Süddeutschland durch Härte und Willkür geradezu eine Verwilderung der Strafjustiz ein.

Die Ablösung der Strafe um Geld war bei Ungerichten, die zu Hals oder Hand geahndet wurden, an die Einwilligung des Richters und des Klägers gebunden. Dagegen konnte die Strafe zu Haut und Haar stets nach freiem Belieben des Schuldigen gelediqt werden. Die Verurteilung zu einer ehrenkränkenden Strafe, mag diese nun vollzogen

oder abgelöst worden sein, minderte die volle Rechtsfähigkeit, sie machte rechtlos. In bestimmten Fällen hatte schon die (unehrliche) Missetat an sich diesen Nachteil zur unmittelbaren Folge. Aus dem Strafablösungsrechte entstand, indem man die Lösungssumme und die Zustimmung des Klägers fallen ließ, ein richterliches Begnadigungsrecht, das unter der Voraussetzung Platz greifen konnte, daß der Schuldige sich mit freiwilligem Geständnis in die Gnade des Richters begab. Doch vermochte die Begnadigung ebensowenig wie früher die Ledigung der Strafe den Eintritt der Rechtlosigkeit auszuschließen.

Das Wergeld des alten Rechtes büßte zum größten Teile seine praktische Bedeutung ein, eine Entwicklung, die sich u. a. darin spiegelt, daß seine Abstufungen mit der Neubildung der landrechtlichen Stände nicht mehr gleichen Schritt hielten. Es entfiel nur noch bei Tötungen, die sich als Ungefährwerk darstellten. Andere Tötungen wurden als Ungerichte peinlich bestraft. Bei der Totschlagsühne hielt man sich im größeren Teile Deutschlands nicht mehr an feste Wergeldsätze; vielmehr mußte sich der Totschläger zu feierlicher Abbitte, zu Pilgerfahrten, die wieder hier und da um herkömmlich fixierte Geldsummen abgelöst werden konnten, zur Zahlung von Seelenmessen oder zu frommen Stiftungen für das Seelenheil des Erschlagenen verstehen. Die Sühne durch Zahlung eines Sühngeldes behauptete sich fast nur noch in den niederdeutschen Landschaften. — Die dem Verletzten gebührende Buße nahm den ausschließlichen Charakter des Strafgeldes an. Der Schadenersatz, den die compositio der Volksrechte mitumfaßt hatte, wird nunmehr neben der Buße geltend gemacht. Die Geldsumme, die der Missetäter dem Richter zu zahlen hat, heißt jetzt in Niederdeutschland Wette, Gewette, anderwärts auch Wandel. Sie schließt den alten fredus und den bannus in sich.

IV. Der Rechtsgang.

§ 43. Im Gebiete der Selbsthülfe hat sich die Fehde zum Zweck der Rache für den Fall des Totschlags erhalten. Die beleidigte Familie war befugt, Blutrache zu üben, sofern es nicht im einzelnen Falle der öffentlichen Gewalt gelang, von den verfeindeten Parteien einen vorläufigen Frieden auf bestimmte Zeit (treuga, trêve) zu erzwingen oder eine endgültige Sühne zu vermitteln. In einzelnen Teilen des sächsischen Rechtsgebietes, bei den Friesen, insbesondere aber in Holland, Seeland und Flandern, hat sich die Haftung der Magen für das verwirkte Sühngeld behauptet, ja in Holland sogar eine Ausdehnung auf dessen gesamten Betrag erfahren, da das Gut des Totschlägers selbst vom Grafen eingezogen wurde.

Seit der Ausbildung des Reiterwesens durchbrach die Fehdeübung allenthalben die durch das ältere Recht gezogenen Schranken. In den Kreisen des Rittertums bildete sich die Unsitte und die Auffassung aus, daß man nicht bloß in Fällen der Blutrache, sondern wegen jeder Verletzung zur Selbsthilfe greifen und Fehde üben könne. Die Reichsgewalt sah sich genötigt, mit den tatsächlichen Zuständen und den Anschauungen des Kriegerstandes zu rechnen und sich auf die Eindämmung des Fehdewesens zu beschränken. Dasselbe Ziel verfolgte seit dem elften Jahrhundert die deutsche Kirche durch die Verkündigung von Gottesfrieden (treuga Dei), kraft deren zu bestimmten Zeiten, insbesondere an gewissen Wochentagen jede Fehde ruhen sollte, gewisse Personen und Orte dauernden Frieden haben sollten. Die Vorschriften der Gottesfrieden wurden von der Landfriedensgesetzgebung aufgenommen. Friedrich I. sprach in seinen älteren Landfriedensgesetzen ein absolutes Verbot der Fehde aus. Es erwies sich aber als unausführbar. Die jüngere Gesetzgebung begnügte sich daher, die Fehdeübung an gewisse Voraussetzungen zu binden. Noch Friedrich I. knüpfte sie an die Bedingung, daß die Fehde rechtzeitig durch einen Fehdeboten angekündigt werde. Seit dem vierten Jahrzehnt des dreizehnten Jahrhunderts verbieten die Landfrieden jede Fehde, wenn nicht vorher der Rechtsweg vergeblich beschritten worden war. Damit ist ein subsidiäres Fehderecht, nämlich ein Fehderecht in Ermangelung ordentlicher Rechtshilfe anerkannt. Erst der ewige Landfriede von 1495 hat das Fehderecht unbedingt, ausnahmslos und endgültig beseitigt.

Das Verfahren vor Gericht kennzeichnet sich durch einen fast überkünstelten Formalismus, der bis in die minutiösesten Details ausgebildet wurde. Für alle, die vor Gericht anwesend waren, zumal aber für die Parteien, äußerte er sich als vare, Gefahr, welcher technische Ausdruck „den Formalismus in seinen Anforderungen und Wirkungen" bezeichnete. Grundsätze, die bereits den altdeutschen Prozeß beherrschten, traten nunmehr in ihrer ganzen Schärfe zu Tage. Zahlreiche Förmlichkeiten, die namentlich bei den Formalakten des Eides und der Schelte gefährlich wurden, erschwerten die Bewegung vor Gericht. Auf die Prozeßreden wurde das Prinzip der strikteſten Wortinterpretation angewendet. Ein Fehler in der Rede konnte nach dem Grundsatze „ein Mann ein Wort" von der Partei nicht mehr gebessert werden. Darum ließ man Vorsprecher für sich reden, deren Worte die Partei unter gewissen Voraussetzungen zu desavouieren und zu verbessern berechtigt war (Recht der Erholung und Wandelung). Doch zahlte der Vorsprecher in diesem Falle eine Buße, weil er formell ohne den Auftrag seines Herrn und somit eigenmächtig, ohne das Recht zur Rede, gesprochen hatte. Erst allmählich brach sich die Überzeugung Bahn, daß diese Strenge der Form den Anforderungen des materiellen Rechts widerspreche, und schritt man hier früher, dort später zur Beseitigung oder doch zur Milderung der Gefahr.

Während eine Vertretung im Worte zulässig war, blieb die Vertretung im Rechtsstreite, die Durchführung eines Prozesses durch einen Gewalthaber, Klagführer, Klagboten, Anwalt, Machtmann, procurator oder mandatarius, auch in dieser Periode selbstmündigen Personen im allgemeinen versagt. Keine Ausnahme machte der Kampfvormund des Lahmen, denn dieser galt von Rechts wegen in Bezug auf den gerichtlichen Zweikampf für unmündig. Das Königsgericht gewährte das Recht der Vertretung im Falle echter Not. Nur sehr vereinzelt gestatteten schon Stadtrechte des dreizehnten Jahrhunderts unter gewissen Voraussetzungen, einen Vertreter zu bestellen, die Klage einem andern „an die Hand zu setzen", „die Klage aufzugeben". In einigen Landesrechten wurde dagegen das Aufgeben der Klage bis in das siebzehnte Jahrhundert hinein für unzulässig gehalten.

Die allgemeine Struktur des Verfahrens entspricht zwar insofern den Neuerungen des fränkischen Amtsrechtes, als der unmittelbare Wechselverkehr der Parteien vor Gericht, wie ihn das alte Volksrecht kannte, beseitigt ist, und diese sich in ihren Reden und Anträgen stets an den Richter wenden müssen. Allein der Richter ist in seiner prozeßleitenden Tätigkeit an die Voraussetzungen des Volksrechts gebunden; er handelt nicht aus eigener Macht, sondern fragt über jeden Antrag um ein Urteil der Schöffen. Auf dem durch ein Urteil festgestellten Satz wird durch neue Urteilsfragen weiter gebaut, so daß das ganze Verfahren von Urteil zu Urteil vorwärts schreitet.

Das Beweisverfahren behielt seinen formalen Charakter. Als Beweismittel kamen der Parteieid (Eineid oder mit Eidhelfern), der Eid der Zeugen, die Urkunde, der Zweikampf und das einseitige Ordal in Anwendung. Der Zeugenbeweis, dessen Zulässigkeit namentlich im Sachsenrechte eine sehr beschränkte war, erfuhr im jüngeren Mittelalter eine allmähliche Ausdehnung. Im Verfahren bei handhafter Tat gelangte man zu einem materiellen Beweisverfahren, indem man von den Schreimannen, die früher als Eidhelfer auftraten, die Wissenschaft der Tat verlangte, so daß sie sich in Zeugen umwandelten. Nach dem Vorbilde der handhaften wurde die notorische Tat behandelt und die Notorietät in bestimmten Fällen durch die Aussage von Zeugen hergestellt. — Ein Beweis mittels Privaturkunden ist den sächsischen Land- und Lehnrechtsbüchern noch völlig fremd. Selbst einige niederdeutsche Stadtrechte, wie z. B. das von Bremen, versagen bis in das fünfzehnte Jahrhundert der Privaturkunde die selbständige Beweiskraft. Dagegen hat sich in Süddeutschland der Grundsatz ausgebildet, daß das Privatsiegel die Urkunde beweiskräftig mache, eine Neuerung, die dann auch im Gebiete des sächsischen Rechtes zur Aufnahme gelangte. Was die Ordalien betrifft, so wurden diese im Jahre 1215, nachdem sich bereits vereinzelte Spuren von der Erschütterung des Glaubens an die Ordalien bemerkbar machten, von der Kirche verboten, ohne aber deshalb sofort in Deutschland außer Gebrauch zu kommen.

Die in der fränkischen Zeit dem Königsgerichte vorbehaltenen Beweismittel des Inquisitionsbeweises und des Gerichtszeugnisses haben ihre exzeptionelle Stellung verloren und sind auch außerhalb des Königsgerichtes in Gebrauch. Der Inquisitionsbeweis findet sich in Sachsen als Befragung der Umsassen, in Süddeutschland als Kundschaft, Sage ehrbarer Kundschaft bei Besitzstandfragen, außerdem kommt er vor zur Feststellung des geltenden Rechtes durch Aufnahme von Weistümern. Bei der Landfrage über gemeinschädliche Verbrecher wird er in Süddeutschland als Schuldbeweis verwendet. Das Gerichtszeugnis erscheint in zwei Hauptformen, nämlich als eigentliches Dingzeugnis (so nach dem Sachsenspiegel), welches das Gericht als solches, repräsentiert durch Richter und Schöffen, auf Begehren der Partei abgibt, und als Dingmannenzeugnis (so nach dem Schwabenspiegel), ein Beweis, den die Partei selbst mit zwei oder mehreren Dingleuten dem Gerichte gegenüber erbringt. In die Beweiskraft des Gerichtszeugnisses teilen sich die vom Gerichte ausgestellten Gerichtsurkunden oder Gerichtsbriefe, nach Stadtrecht die Eintragungen in die öffentlichen Bücher und vielfach auch die vom Stadtrat ausgestellten Handfesten oder Stadtbriefe. Mit Rücksicht auf seine Unanfechtbarkeit erringen das Gerichtszeugnis und dessen Beurkundung eine über das Beweisverfahren weit hinausgreifende Bedeutung. Durch Vermittlung des Scheinprozesses zieht sie das Verkehrsleben in seinen Dienst zur Feststellung von Rechtsgeschäften aller Art, so von Eigentumsübertragungen, Satzungen, Rentenbestellungen, Schuldverträgen und Zahlungen. Im weiteren Verlauf der Entwicklung wird die ursprünglich durch das Beweisbedürfnis verlangte Gerichtlichkeit und amtliche Beurkundung des Rechtsgeschäftes zu einer privatrechtlich ausgezeichneten oder schlechthin notwendigen Form. So trieb denn das Privatrecht, und zwar zunächst das städtische Privatrecht, aus dieser prozessualischen Wurzel eine Reihe von praktisch höchst bedeutsamen Institutionen des Sachenrechtes und des Vertragsrechtes hervor.

Bei der Einteilung der Klagen sieht das deutsche Recht nicht wie das römische auf den Rechtsgrund, sondern auf den Klagezweck. Sie scheiden sich daher nach dem Gegenstande, auf den das Begehren des Klägers gerichtet ist, in peinliche, wenn dieser auf peinliche Bestrafung des Beklagten bringt, und in bürgerliche, wenn dies nicht der Fall ist. Eine Zwitterstellung haben die vermischten Klagen, bei denen während der Verhandlung eine Änderung des ursprünglich peinlichen oder bürgerlichen Klagzweckes eintritt.

Von den bürgerlichen Klagen gliederten sich die vermögensrechtlichen Klagen nach dem Objekte als Klagen um Schuld, um fahrende Habe und um Liegenschaften. Der Kläger konnte sein Begehren schlechthin stellen, ohne einen Rechtsgrund anzugeben; dann lag eine schlichte Klage vor, deren sich der Beklagte mit seinem Eide entredete. Wollte es der Kläger nicht darauf ankommen lassen, so mußte er seine Klage motivieren, d. h. bestimmte positive Rechtsgründe angeben, aus welchen die dem Klagbegehren entsprechende Verpflichtung des Beklagten folgte. Gegen die Fundierung der Klage konnte der Beklagte auch seinerseits Tatsachen anführen, kraft deren er die behauptete Verpflichtung bestritt. Die für die Entscheidung des Prozesses maßgebende Tatsache wurde dann durch Beweisurteil nach bestimmten Regeln zum Beweise gestellt, und zwar mit prinzipieller Begünstigung des Beklagten und mit Rücksicht auf die größere oder geringere Beweiskraft der beiderseits angebotenen Beweismittel. Eine Eigentümlichkeit des sächsischen Rechtsganges war es, daß er bei Klagen um Schuld mit Ausnahme des Gerichtszeugnisses jeden Zeugenbeweis gegen den Schuldner ausschloß. — Die Zwangsvollstreckung zerfiel in zwei scharf geschiedene Akte, von welchen der erste durch Pfändung der Fahrnis, durch Fronung des Grundstücks die Sicherstellung, der zweite die Befriedigung des Gläubigers herbeiführen sollte. Die Fronung schloß sich an die fränkische missio in bannum an und hatte die Bedeutung eines Veräußerungsverbotes und der Ausweisung des Schuldners aus dem Besitz. Die Befriedigung des Gläubigers erfolgte in der Weise, daß ihm die als Pfand genommene Fahrhabe „gewaldigt", das gefronte Grundstück (durch Anleite, Insatz) übereignet oder (im Wege des Distraktionsverfahrens) versilbert wurde.

Peinliche Klagen mußten, gewisse Fälle ausgenommen, mit Gerüfte, mit Zetergeschrei erhoben werden. Die wirksamste Kriminalklage war die auf Grund hand-

hafter Tat. Zum Begriff der handhaften Tat gehörte, daß aus Anlaß der Tat das Gerüfte geschrien und der Täter auf der Tat oder auf der Flucht der Tat ergriffen wurde. Die Klage um handhafte Tat mußte vor übernächtiger Tat und mit leiblicher Beweisung des Faktums erhoben werden. War der Beklagte nicht ergriffen worden, so konnte unter Beobachtung bestimmter Förmlichkeiten eine kampfliche Ansprache stattfinden. Gegen die peinliche Klage, die nicht um handhafte Tat und ohne kampflichen Gruß erhoben wurde, mochte sich der Beklagte mit Eidhelfern verteidigen. Dem Verletzten stand es übrigens frei, die peinliche Klage zu verschmähen und eine bürgerliche (schlichte oder mit Zeugnis verstärkte) Klage anzustrengen. Er mochte auch, wenn er wollte, seinen Schaden völlig verschweigen. Doch kannten manche Stadtrechte einen Anklagezwang, indem der Rat den Verletzten zwingen konnte, wegen gemeinschädlicher Missetat Klage zu erheben. Anderwärts wurde es üblich, daß in Fällen, in welchen weder eine Privatklage, noch eine Rüge vorlag, das Gericht von Amts wegen einschritt, indem der Richter selbst die Anklage erhob oder zur Wahrung der Form einen Ankläger bestellte.

Wenn der Beklagte auf mehrmalige Vorladung nicht vor Gericht erschien, so wurde er verfestet, er verlor in dem Sprengel des verfestenden Gerichts die Fähigkeit, gerichtliche Handlungen vorzunehmen. Betraf man ihn, so durfte man ihn binden und vor Gericht bringen, wo er behandelt wurde wie ein auf handhafter Tat ertappter Missetäter. Der Kläger wurde gegen ihn sofort zum Beweise zugelassen. Verurteilt, konnte er das Urteil, das ihm stets an den Hals ging, nicht schelten und die zuerkannte Strafe nicht ablösen. Bei andauernder Kontumaz wurde die Verfestung zur Reichsacht ausgedehnt, welche für das ganze Reich dieselben Wirkungen hatte, wie die Verfestung für den einzelnen Gerichtssprengel. Blieb jemand durch Jahr und Tag in der Reichsacht, so verfiel er in die Oberacht, er wurde friedlos und konnte von jedermann bußlos getötet werden.

Während für die karolingische Zeit ein periodisch wiederkehrendes Rügeverfahren sich nicht nachweisen, wenn auch vermuten läßt, sind uns in nachfränkischer Zeit regelmäßige Rügegerichte bezeugt. Die Rüge findet auf dem echten Dinge statt. Sie wird auf die richterliche Frage hin erbracht. Entweder ist die Gesamtheit der Dinggenossen, oder es sind die Gemeindevorsteher, Heimburgen oder Bauermeister rügepflichtig. Nach der Fragestellung ziehen sich die Rügepflichtigen zu einem Gespräche zurück, um dann durch einen aus ihrer Mitte die Rüge abzugeben. Neben dem Rügen auf Verdacht, von dem der Gerügte sich reinigen mag, kannte man ein Rügen auf Wahrheit, das als Überführungsbeweis behandelt wurde. In Oberbayern wurde das Rügeverfahren 1346 beseitigt.

Besondere Grundsätze des Verfahrens beobachteten die *westfälischen Femgerichte*. In Westfalen hatte sich die karolingische Gerichtsverfassung länger als anderwärts erhalten, indem hier der Stand der Gemeinfreien der allgemeinen Zersetzung des Ständewesens einen zäheren Widerstand entgegensetzte. Während sonst in Deutschland das Erfordernis der königlichen Bannleihe für die höheren Richter hinwegfiel, haben die westfälischen Freigrafen nach wie vor den Gerichtsbann direkt vom König empfangen. Da in den Frei- oder Femgerichten demnach bei Königsbann gerichtet wurde, galten sie als königliche und nicht als landesherrliche Gerichte, eine Stellung, die sie infolge der bereits erlangten festen Organisation auch dann noch behaupteten, als König Wenzel 1382 dem Erzbischof von Köln als Herzog von Westfalen das Recht verlieh, den von ihm bestellten Freigrafen den Blutbann selbst zu übertragen. Die Gerichte, die bei Königsbann gehegt wurden, zeichneten sich von je durch gewisse Förmlichkeiten aus, die sich in den westfälischen Freigerichten erhielten und allmählich den Charakter des Geheimnisvollen annahmen. So konnte es kommen, daß die Femgerichte, welche ihre Einrichtung auf Karl den Großen zurückführten, sich im Bewußtsein ihres Gegensatzes zu den landesherrlichen Gerichten nach Art eines Geheimbundes organisierten. An der Spitze jeder Freigrafschaft stand ein Freigraf, der ebenso wie die Freischöffen ein freier Mann sein mußte. Die Aufnahme als Freischöffe konnte nur auf roter (westfälischer) Erde geschehen; sie erfolgte in feierlicher Form, indem der Aufzunehmende in die Geheimnisse der Feme eingeweiht wurde und einen Eid ablegte, die Feme geheimzuhalten vor Weib und Kind, vor Sand

und Wind. Als eigentlich königliche Gerichte dehnten die Femgerichte ihre Jurisdiktion über das ganze Reich aus. Die Gerichtsversammlungen waren teils offene (gemeine), teils heimliche Dinge. Zu jenen wurden alle Gerichtspflichtigen, zu diesen nur die Wissenden geladen. Die Stillgerichte fanden anfangs nur statt, wenn es sich um Verurteilung eines Wissenden handelte oder ein Unwissender auf die Vorladung nicht erschien. Da man seit Ausgang des vierzehnten Jahrhunderts die Unwissenden nicht mehr zur Teilnahme an den Femdingen zu berufen pflegte, wurden die Stillgerichte allgemein. Die Feme befaßte sich hauptsächlich mit Strafgerichtsbarkeit. Wer von mindestens drei Freischöffen auf handhafter Tat ergriffen wurde, konnte von ihnen sofort aufgehängt werden. Das Verfahren bei nicht handhaften Straffachen ist aus dem karolingischen Rügeverfahren hervorgegangen. Das Femding erscheint außerhalb Westfalens, so z. B. in Braunschweig (Rechtsaufzeichnung von ca. 1312), als ein Rügegericht mit deutlichen Anklängen an die aus derselben Wurzel hervorgegangene anglonormannische Rügejury. In Westfalen hat die Einrichtung ausgedehntere Anwendung gefunden, festere und mehr amtliche Formen erhalten und Momente des Anklageverfahrens in sich aufgenommen. Die Freischöffen haben hier die Stellung von ständigen und amtlichen Rügegeschworenen, welche von dritten Personen Anzeigen entgegennehmen. Sie sind bei ihrem Eide verpflichtet, als Ankläger aufzutreten, d. h. die Rüge zu erheben, und ausschließlich hierzu berechtigt. War die Tat eine Femrüge (wroge), so erfolgte die Vorladung vor das offene bezw. heimliche Ding. Den Ungehorsamen traf, wenn der Kläger seine Schuld selbsiebent beschwor (ihn übersiebnete) die Verfemung, die für die Person des Verfemten die Wirkung der Oberacht hatte. Zur Vollstreckung wurde ein Schöffe bestellt, dem sämtliche Wissende beizustehen verpflichtet waren. Sie erfolgte durch Aufknüpfen des Verurteilten. Im Beweisverfahren war (wie schon bei dem fränkischen Rügeverfahren) der Zweikampf ausgeschlossen. Der Ausschluß der Ordalien war selbstverständliche Folge des kirchlichen Verbotes. Als Reinigungsmittel diente der Eid mit Helfern (als welche nur Schöffen dienen konnten); doch fand zwischen dem Ankläger und Beklagten ein Überbieten mit Eidhelfern statt, wodurch es bis zu einem Eide mit 21 Eidhelfern kommen konnte.

Im Anschuß an die Landfriedensbewegung entwickelte sich am Reichshofgericht, hauptsächlich aber in Süddeutschland ein besonderes Verfahren gegen Gewohnheitsverbrecher, landschädliche Leute, homines damnosi. Solchen wurde, wenn ihr schlechter Leumund durch Zeugen festgestellt war, die Reinigung erschwert. Auf Grundlage des Leumundsbeweises konnte eine richterliche Schädlichkeitskündigung erfolgen, in der das Gericht den Angeschuldigten für einen schädlichen Mann erklärte. Einem solchen wurde von da ab gegen jede Klage der Unschuldsbeweis erschwert. Stellte er sich auf eine Klage hin nicht vor Gericht, so konnte er sofort geächtet werden. Räuber und Diebe, die man für Gewohnheitsverbrecher hielt, durften verhaftet, und wenn sie als schädliche Leute übersiebnet wurden, sofort verurteilt werden. Um das Land von schädlichen Leuten zu säubern, wendete man in Österreich und in Bayern ein besonderes summarisches Verfahren an, das als Landfrage, stille Frage, Geräune bezeichnet wurde. Es bestand darin, daß von Zeit zu Zeit der zuständige Richter eine Inquisitio vornahm, in der er nach gewohnheitsmäßigen Verbrechern, insbesondere nach Straßenräubern, Dieben und Mördern, fragte. Wurde der, den die Rüge bezichtigte, durch die Aussage von sieben Geschworenen als ein schädlicher Mann übersagt, so konnte er ohne Gehör verurteilt werden.

Zweiter Abschnitt.

Geschichte des Privatrechts bis zur Aufnahme der fremden Rechte.

§ 44. Allgemeine Bemerkungen. Zu einer vollständigen Differenzierung des öffentlichen und des Privatrechtes ist die deutsche Rechtsentwicklung in der Zeit ihrer Selbständigkeit nicht durchgedrungen. Verschiedene Rechtsinstitute tragen durch ihre Zugehörigkeit zu beiden Rechtsgebieten ein gemischtes Gepräge an sich. Doch ist die Scheidung der Sache nach weit mehr vorhanden, als sie in der Überlieferung zum theoretischen Ausdruck gelangt. Erst gegen Ende dieser Periode hat in den Rechtsquellen, zumal in den städtischen, der Prozeß der begrifflichen Auseinandersetzung begonnen. Soweit übrigens diese den Versuch einer systematischen Darstellung des Rechtes machen, findet man nicht sowohl ein System der Rechtsverhältnisse als vielmehr der Lebensverhältnisse, nicht sowohl ein juristisches als ein wirtschaftliches System, das die im Leben nebeneinander liegenden Erscheinungen im Zusammenhang ihrer natürlichen Verwandtschaft behandelt.

Gleich dem römischen hat sich auch das deutsche Privatrecht im engsten Anschluß an das Prozeßrecht entwickelt. So bildete z. B. die grundsätzliche Unzulässigkeit der gerichtlichen Stellvertretung den Ausgangspunkt für eine Reihe bedeutsamer Institutionen des Vertragsrechtes. Die jüngere Form des Pfandrechtes an Immobilien hat sich anknüpfend an das Vollstreckungsverfahren in Liegenschaften ausgestaltet. Die Rechtssätze über den Schutz des Eigentums an der Fahrhabe stehen in Zusammenhang mit der Form der Eigentumsklage. Auf die schriftliche Fixierung des Gerichtszeugnisses geht die Eintragung der Immobiliargeschäfte in öffentliche Bücher und damit das moderne Grundbuchwesen zurück. Wie das Gerichtsverfahren und das Strafrecht, hat auch das Privatrecht einen typischen und daher formalistischen Zuschnitt, indem die äußerlich erkennbare Erscheinung für Begründung und Wesen der Rechtsverhältnisse maßgebend ist. Daher das Erfordernis der Form für die Privatrechtsgeschäfte, daher die typischen Merkmale des bösen Glaubens, daher die Bedeutung der Gewere im Sachenrecht, der Hausgemeinschaft im Familien- und Erbrecht, daher zum Teile der tiefgreifende Unterschied zwischen Fahrnis- und Liegenschaftsrecht, daher die wahrscheinlich aus Gewaltverhältniffen über Personen oder Sachen hervorgegangenen Arten der Schuldhaftung.

Die Fortbildung des Privatrechtes beruht darin, daß die typische Ausprägung der Rechtssätze abgeschwächt oder abgestreift wird und neben der Form der rechtsgeschäftliche Wille zu größerer Berücksichtigung gelangt. Dabei machte sich nicht selten eine Spaltung zwischen der inneren und der äußeren Seite der Rechtsverhältnisse geltend, indem im Interesse des Rechtsverkehrs zu gunsten Dritter an der typischen Ausprägung mehr oder minder festgehalten wurde, ein Gegensatz, der bislang hauptsächlich für einzelne Institute des modernen Handelsrechtes hervorgehoben zu werden pflegte, aber auch das sonstige deutsche Privatrecht in den verschiedenen Stadien seiner Entwicklung durchdringt.

Auch die Gestaltung des Privatrechtes war in den verschiedenen Rechten eine sehr mannigfaltige. Doch dürfen immerhin die Grundlagen der bedeutsamsten Rechtsinstitute als Gemeingut des ganzen Volkes angesehen werden.

I. Die Rechtsfähigkeit.

§ 45. Grundlagen der vollen Rechtsfähigkeit waren die Freiheit, die Volksgenossenschaft, die Friedensgemeinschaft, der volle Genuß der Ehre und die Standesgleichheit (Ebenbürtigkeit).

Das freigeborene Kind trat in ältester Zeit nicht sofort mit der Geburt in die volle Rechtsfähigkeit ein, sondern erst mit der Namengebung, die binnen neun Nächten zu erfolgen pflegte und schon in heidnischer Zeit mit Wassertaufe oder Wasserbegießung verbunden war. Bis dahin mochte der Vater dem neugeborenen Kinde die Aufnahme in sein Haus verweigern und es aussetzen lassen. An den Akt der Namengebung war ursprünglich auch der Eintritt in das volle Wergeld und die durch die Hausgemeinschaft bedingte Erbfähigkeit geknüpft.

Auf daß ein Kind für lebendig geboren gelte, forderte das ältere Recht gewisse typische Lebenszeichen. Da der Beweis durch das Zeugnis von Männern erbracht werden mußte und diese aus Schicklichkeitsgründen nicht Augenzeugen des Geburtsaktes sein konnten, bedurfte es nach zahlreichen, insbesondere nach niederdeutschen Rechten des Ohrenzeugnisses, daß das Kind die vier Wände des Hauses beschrieen habe, während oberdeutsche Rechte den Beweis verlangten, daß es das Dach des Hauses und die vier Wände erblickt habe. Jüngere Quellen gestatten oder verlangen den Beweis der lebendigen Geburt durch das Zeugnis von Frauen, die dabei zugegen waren.

Der Freiheit darbten die Knechte und die Halbfreien (Hörigen). Die Knechte, ursprünglich völlig rechtlos, erlangten im Laufe der Zeit eine Schritt für Schritt sich ausdehnende beschränkte Rechtsfähigkeit. Ebenso erfuhr der Umfang der Knechtschaft eine weitgehende Einschränkung. Sie verschwand in den Städten gemäß dem Satze: Luft macht frei. Ministerialen und unfreie Ritter traten in den Stand der Freien über. Die angesiedelten Knechte, die mansionarii, wurden den Liten gleichgestellt.

In der Entwicklung der Rechtsfähigkeit der Knechte sind die innere und die äußere Seite der Knechtschaft, nämlich das Verhältnis zum Herrn und das zu Dritten, auseinanderzuhalten. Die Kirche verbot die willkürliche Tötung und Verletzung der Knechte, befreite sie vom Knechtsdienst an Sonn- und Feiertagen und setzte die Anerkennung ihrer Ehen durch, anfangs für den Fall der Zustimmung des Herrn, später auch ohne diese Voraussetzung. Teilweise griff die Staatsgewalt mildernd ein, die schon in fränkischer Zeit den Verkauf von Knechten ins Ausland verbot. Was der Knecht erwarb, gehörte der Theorie nach dem Herrn, jener durfte es nicht veräußern und es fiel bei kinderlosem Absterben an den Herrn. Dritten gegenüber haftete der Herr ursprünglich für die Missetat des Knechtes wie für die eigene, doch wurde diese Haftung schon in der Zeit der Volksrechte auf den Fall der Mitwissenschaft des Herrn beschränkt, während sie im übrigen, wenn er den schuldigen Knecht preisgab oder auslieferte, zu einer Haftung für Ungefährwerk einschrumpfte und schließlich völlig verschwand.

Von den Entstehungsgründen der Knechtschaft waren die vornehmsten: Kriegsgefangenschaft, Abstammung von leibeigenen Eltern oder auch nur von einem leibeigenen Elternteil, Heirat mit einer unfreien Person, Aufenthalt in unfreier Luft, d. h. unter Leibeigenen eines Leibherrn, wenn er durch Jahr und Tag gedauert hat. Verknechtung kennen als Strafe nur einzelne Rechte. Allgemein galt für zulässig die freiwillige Verknechtung sowie die Verpfändung der Freiheit von Seite des Schuldners.

Die wichtigste Aufhebungsart der Knechtschaft war die Freilassung. Noch in fränkischer Zeit machte sie den Freigelassenen nicht vollfrei, sondern stellte ihn als Schutzhörigen unter die Vertretung des früheren Herrn oder der Kirche, welche die Freilassung vermittelte. Doch gab es von je Freilassungsformen, welche die volle Freiheit begründeten. Diese Wirkung hatte bei den Franken die vor dem König durch Schatzwurf vorgenommene Freilassung (manumissio per denarium). Gleiche Kraft erlangten in nachfränkischer Zeit auch die übrigen Freilassungsarten, von denen die durch Freibrief oder vor Zeugen die gebräuchlichste wurde.

Die halbfreien oder grundhörigen Leute hatten nur gemessene Abgaben und Dienste zu leisten und waren vermögensfähig. Doch hatte nach ihrem Tode der Herr Anspruch entweder auf eine Quote des Vermögens (bûteil) oder auf eine bestimmte Abgabe, Besthaupt, Todfall, Sterbfall, mortuarium, meist das beste Stück Vieh (Sterbochse, Todgans) und das beste Gewand (Gewandfall). Bei der Verehelichung entrichteten sie dem Herrn eine Gebühr, maritagium, beddemund, bûmede, Schürzenzins. An dem Gute, das sie

bewirtschafteten, erwarben sie unvererbliches oder bedingt vererbliches Recht. An die Scholle gebunden, konnten sie nicht ohne die Scholle veräußert, nicht ohne Rechtsgrund davon entfernt werden.

Für rechtlos galten in ältester Zeit auch die Fremden. Doch milderte das Gastrecht die Härte dieses Rechtssatzes. Fremde, die heimische Märkte besuchten, schützte der Marktfriede. Zudem konnte sich der Fremde unter den Schutz eines Volksgenossen stellen. Schon früh bildete sich ein subsidiärer Schutz des Königs zu gunsten von Fremden, die keinen anderen Schutzherrn hatten. Im Deutschen Reiche wurde der Fremdenschutz ein nutzbares Regal, das die Landesherren namentlich in der Richtung geltend machten, daß sie den Nachlaß des in ihrem Lande verstorbenen Fremdlings nach Ablauf von Jahr und Tag oder ohne solche Frist sich aneigneten oder wenigstens einen Abzug erhoben.

Die vorhandene Rechtsfähigkeit konnte vollständig verloren gehen, wenn jemand aus der Friedensgemeinschaft ausgeschlossen, wenn die Friedlosigkeit, die Oberacht über ihn verhängt wurde. Der Friedlose konnte nicht nur bußlos und straflos getötet werden, sondern er galt auch für bürgerlich tot; er vermochte im Zustande der Friedlosigkeit weder ein rechtes Eheweib, noch echte Kinder zu gewinnen; er verlor sein Vermögen, die Vermögens- und die Gerichtsfähigkeit. Doch konnten die Erben sein liegendes Gut an sich ziehen, wenn sie eidlich versprachen, dem Ächter daraus nichts zukommen zu lassen.

Dagegen liegt nur eine Schmälerung der Rechtsfähigkeit wegen Mangels der Ehre in der sogen. Rechtlosigkeit, die uns am deutlichsten in den sächsischen Rechtsbüchern entgegentritt. Unter den Rechtlosen sind zwei Hauptgruppen zu unterscheiden, jene, die rechtlos sind wegen Geburt und entehrenden Gewerbes (uneheliche Kinder, Kämpen und deren Kinder, Spielleute), und jene, die ihr Recht verwirkt haben. Die Quellen sprechen im ersteren Falle auch von Unechtheit, im zweiten von Recht und Ehrlosigkeit. Jedem Rechtlosen fehlt das Wergeld und die normale Buße, doch stand er unter dem allgemeinen Frieden. Wer diesen an ihm verletzte, verfiel den öffentlichen Strafen und mußte in leichteren Fällen Friedensgeld bezahlen. Da aber ein solches stets einer Buße für die verletzte Partei korrespondieren mußte, waren für die Rechtlosen Scheinbußen gesetzt zur Anerkennung dessen, daß ihnen zwar die subjektive Rechtsfähigkeit, nicht aber der Schutz des objektiven Friedens gebrach. Der Rechtlose war ferner lehensunfähig und konnte gewisse öffentliche Stellungen nicht einnehmen, gewisse prozessualische Handlungen nicht verrichten, die Unbescholtenheit der Ehre voraussetzten. Als das Buß- und Wergeldsystem vollständig verschwand, waren es die letztgenannten Folgen allein, die den Inhalt der Rechtlosigkeit ausmachten. Wer sein Recht verwirkt hatte, trug nicht nur die allgemeinen Folgen der Rechtlosigkeit, sondern entbehrte auch die Eidesfähigkeit. Aus der Recht- und Ehrlosigkeit, die durch Rechtsverwirkung eintrat, ging nachmals die Ehrlosigkeit, die sich u. a. in der Zeugnisunfähigkeit äußerte, aus der alten Unechtheit die sogen. Anrüchigkeit hervor.

Das Ständewesen beeinflußte die Rechtsfähigkeit, sofern für gewisse gerichtliche Handlungen (Herausforderung zum Zweikampf, Zeugnis, Urteilfindung, Funktion als Vorsprecher), für die Vormundschaft, das Erbrecht und die Eingehung einer vollwirksamen Ehe Ebenburt verlangt wurde. Heiratete ein Mann eine nicht standesgleiche Frau, so lag eine Mißheirat im engeren Sinne vor, welche nicht die vollen bürgerlichen Wirkungen einer Ehe hatte, da weder Frau noch Kinder den Namen und Stand des Vaters teilten und die Kinder gegenüber dem Vater und den väterlichen Verwandten kein Erbrecht besaßen. Dagegen wurde die höher stehende Frau durch die Ehe mit einem Ungenossen für die Dauer der Ehe in dessen Stand herabgezogen, die Kinder folgten auch hier der ärgeren Hand. Wirkungen der Mißheirat konnten auch vertragsmäßig festgestellt werden durch Abschluß einer Ehe zur linken Hand, einer morganatischen Ehe. Der Begriff der Ebenbürtigkeit war insofern ein schwankender, als in den verschiedenen Anwendungsfällen manchmal ein größerer, manchmal schon ein geringerer Abstand der Stände maßgebend wurde.

II. Das Sachenrecht.

§ 46. Die Gewere. Für Besitz haben die deutschen Rechtsquellen das Wort Gewere, vestitura, investitura. In der zuerst nachweisbaren Anwendung bedeutet das Wort den Akt, durch den ein Grundstück in rechtsförmlicher Weise übergeben wurde und der bisherige Besitzer den Besitz zu räumen erklärte. Nach älterem Rechte mußte die Handlung auf dem Grundstücke selbst als körperliche Vestitur erfolgen. Doch bildeten sich schon in fränkischer Zeit Formen einer unkörperlichen (symbolischen) Vestitur aus, die als konsensuale Besitzübertragung und Besitzräumung mit Übergabe bestimmter Symbole außerhalb des Grundstückes stattfand.

Das Wort Gewere wurde dann auf die regelmäßige Konsequenz der Vestitur ausgedehnt, nämlich auf den Besitz als die typische äußere Erscheinung des Gewaltverhältnisses einer Person zu einer Sache. Dabei erstreckte man den Begriff der Gewere von den Liegenschaften auf die Fahrnis, von dem übertragenen Besitz auf den originär erworbenen Besitz. Gewere in diesem Sinne hatte an Liegenschaften, wer den Nutzen daraus zog. Die Nutzung konnte eine unmittelbare oder, indem sie sich in dem Bezug von Diensten, Zinsen oder Zehnten äußerte, eine mittelbare sein. Daher war es möglich, daß an einem Gute eine mehrfache Gewere bestand. Die Gewere am Gute schloß auch das bewegliche Zubehör in sich, insbesondere das Wirtschaftsinventar, das erforderlich war, um das Gut zu nutzen. An beweglichen Sachen hatte die Gewere, wer sie in Gewahrsam hatte. Animus domini war kein Merkmal der Gewere. Die Gewere war vererblich, d. h. der Erbe rückte mit dem Tode des Erblassers in dessen Besitzposition ein. Je nach dem Inhalte des Rechtes, in dessen Ausübung die Gewere sich äußerte, wurden Eigengewere, Gewere zu Leibzucht, Gewere zu Lehnrecht, Satzungsgewere u. s. w. unterschieden. Gewere war nicht bloß an körperlichen Sachen, sondern auch an Rechten möglich, die eine dauernde Ausübung zuließen.

Die Gewere gab die Befugnis der Selbsthilfe. Fremde Gewere durfte nicht durch Eigenmacht gebrochen werden. Eigenmächtiger Bruch fremder Gewere machte strafbar. Klagen um Liegenschaften waren Klagen wegen rechtswidriger Entziehung oder Vorenthaltung der Gewere, Klagen um Fahrnis beruhten auf unfreiwilligem Verlust der Gewere. Doch kannte das ältere deutsche Recht keinen selbständigen Besitzprozeß. Erst seit dem dreizehnten Jahrhundert tauchten im Anschluß an die Landfriedensbewegung vereinzelte Ansätze eines possessorischen Verfahrens auf.

Die Gewere begründete die Vermutung des Rechtes. Sie gewährte daher im Rechtsstreite gewisse Vorteile. Der Besitzer hatte die Rolle des Beklagten. Gegen die schlichte Klage wehrte er sich mit seinem Eide. Der Kläger mußte ihm gegenüber, wollte er diese Art der Verteidigung abschneiden, die Verpflichtung zur Einräumung der Gewere nachweisen.

An Liegenschaften wurde in gewissen Fällen jemand eine Gewere zugeschrieben, obwohl nicht er, sondern ein anderer das Grundstück besaß. Wie die Vestitur bei Übergabe von Grundstücken eine unkörperliche sein konnte, so gab es als deren Konsequenz auch eine unkörperliche, eine sogen. ideelle Gewere. Eine solche erwarb man durch Auflassung eines Grundstücks. Wer sie empfangen, hatte die Befugnis, sich in den Besitz zu setzen oder sich gerichtlich einweisen zu lassen. Der Auflasser hatte ja ihm gegenüber den Besitz zu räumen erklärt. Unkörperliche Gewere hatte ferner der gewaltsam Entwerte gegen den Entwerer, solange dessen eigenmächtig erworbene und daher fehlerhafte (unrechte) Gewere noch nicht überjährig war. Ebenso der Erbe und der, dem die Gewere durch gerichtliches Urteil zugesprochen worden war. Auch die unkörperliche Gewere gab die Vermutung des Rechtes und die prozessualischen Vorteile der körperlichen Gewere, aber nicht gegen jeden dritten Besitzer. Vielmehr wirkte die Gewere aus der Auflassung nur gegen den Auflasser, die Gewere des Entwerten gegen den Entwerer, die des Erben gegen den, der die Sache als Nichterbe in Besitz nahm, die Urteilsgewere gegen den, dem die Gewere durch Urteil aberkannt worden war.

§ 47. **Liegenschaftsrechte.** Das Eigentum an Liegenschaften. Das vollste Recht, das man an einer Sache haben kann, ist Eigentum. Der Begriff ist alt, wenn auch die Worte Eigenschaft und Eigentum erst aus dem dreizehnten Jahrhundert nachweisbar sind. Die Übereignung von Grundstücken erforderte erstens ein Veräußerungsgeschäft, sala, zweitens die Übergabe des Grundstückes, vestitura, investitura, Handlungen, die ursprünglich in ungeschiedener Einheit verbunden waren, indem sie gleichzeitig auf dem Grundstücke vorgenommen wurden. Die Übergabe wurde durch Verbindung von zwei Formalakten zur rechtlichen Darstellung gebracht. Der eine bestand in der Darreichung einer Erdscholle oder eines anderen zur handhaften Tradition tauglichen Grundstücksteiles, der zweite in der körperlichen Räumung des Grundstücks von Seite des Veräußerers (exire). An Stelle der körperlichen Besitzräumung trat aber schon früh ein Besitzräumungsvertrag, der durch eine mündliche Erklärung und bei den Franken durch Übergabe einer festuca (eines Stabes oder Halmes) abgeschlossen wurde. Das hieß per festucam se exitum dicere, exfestucatio, warpitio, resignatio, später Auflassung. Neben den germanischen Übereignungsformen fand sich im fränkischen Reiche noch eine andere, die sich in dem römischen Vulgarrecht entwickelt hatte, die Übereignung per cartam, darin bestehend, daß der Veräußerer dem Erwerber eine Veräußerungsurkunde übergab. Diese Form wurde auch von den Germanen angewendet, namentlich bei Vergabungen an Kirchen, und von ihnen zu einer Art der Vestitur umgebildet. Vermittelt wurde diese Umbildung durch die Entwicklung der unkörperlichen oder symbolischen Vestitur.

Ursprünglich mußte die Vestitur auf dem Grundstücke selbst stattfinden, es gab nur eine reale (körperliche) Vestitur. Zufolge ihrer rechtsförmlichen Ausgestaltung hatte sie aber von Hause aus die Fähigkeit und die Tendenz, sich von dem Grundstück loszulösen und dadurch in eine unkörperliche Übergabe zu verwandeln. Als eine solche außerhalb des Grundstückes stattfindende (unkörperliche) Vestitur begegnet uns zuerst im Königsgerichte, dann im Volksgerichte die prozessualische Auflassung, die vor Gericht auf gerichtliches Urteil hin erfolgte. Da ein solches Urteil nicht bloß durch einen wirklichen Rechtsstreit, sondern auch durch einen Scheinprozeß hervorgerufen werden konnte, bildete sich zum Zwecke der Übereignung ein der römischen in iure cessio vergleichbares Verfahren aus, bei welchem der Beklagte den Anspruch des Klägers auf Überlassung des Gutes einräumte und sich dem Urteile gemäß davon in rechtsförmlicher Weise lossagte. Als eine unkörperliche Vestitur wurde dann auch die Übereignung per cartam ausgestaltet, indem die Veräußerungsurkunde in Verbindung mit den Traditionssymbolen Torf und Zweig, Handschuh, Messer und festuca vor Gericht oder außergerichtlich dem Erwerber dargereicht wurde. Ein weiterer Schritt war dann der, daß man die Übergabe der Urkunde allein oder die Übergabe der Traditionssymbole ohne carta als selbständig wirksame Vestitur betrachtete. Im Lehnrechte, im Staatsrechte und Staatskirchenrechte diente die Übergabe von Traditionssymbolen, welche diesfalls von einer Auflassungshandlung nicht begleitet war, unter dem Namen Investitur als Form der Belehnung und Übertragung der Amtsgewalt

In der Zeit der Rechtsbücher war die gerichtliche Auflassung zu erhöhter Bedeutung gelangt, was sich zum Teil durch die ausgezeichnete Beweiskraft des Gerichtszeugnisses und der Gerichtsurkunde erklärt. In Süddeutschland hat sich neben der gerichtlichen Auflassung die Übereignung durch Urkunde und die durch körperliche Vestitur erhalten. Doch machen verschiedene Stadtrechte die gerichtliche Auflassung obligatorisch. Nach sächsischem Land- und Stadtrecht wurde sie unbedingtes Erfordernis der Übereignung. Das Verfahren blieb zwar ein gerichtliches, doch war die herrschende Form nicht mehr die des Rechtsstreites. Die Parteien erklären ihre Absicht, die Auflassung vornehmen zu wollen. Die Schöffen urteilen, daß sie es von Rechts wegen können. Darauf findet die Auflassung mit etwas anderer Symbolik, nämlich nicht wie bei den Franken mit Mund und Halm (festuca), sondern mit Mund und Hand statt. Mit der gerichtlichen Auflassung ist ein Aufgebotsverfahren verbunden, durch welches Dritte aufgefordert werden, etwaige Einsprüche geltend zu machen. Sind solche nicht sofort erfolgt, so schließt das Verfahren damit ab, daß der Richter dem Erwerber des Gutes für dieses den Frieden wirkt durch

einen Friedensbann, der uns in solcher Anwendung für Deutschland bereits aus dem elften Jahrhundert bezeugt ist. Die gerichtliche Auflassung hatte vim rei iudicatae. Der Erwerber kam dadurch in ein ähnliches Verhältnis, als hätte er das Gut im Wege Rechtens von dem früheren Besitzer erstritten. Die gerichtliche Auflassung erforderte das echte Ding. In den Städten hat sie hier und da den Charakter eines gerichtlichen Aktes völlig abgestreift, indem sie den Stadtschöffen — nicht ohne deren lebhaften Widerstand — entzogen und auf den Stadtrat übertragen wurde. Die Auflassung konnte als gerichtlicher Akt durch eine gerichtliche notitia beurkundet werden. Schon früh wurde es in den Städten Sitte, die Beurkundungen der Auflassung in besondere öffentliche Bücher von Amts wegen einzutragen, ein Vorgang, neben welchem der Auflassungsakt selbst allmählich zur leeren Formalität herabsank, um schließlich gänzlich hinwegzufallen. Von den Städten verbreitete sich die Einrichtung der öffentlichen Bücher auf das flache Land. Sie hat sich in dem Grundbuchsystem unseres heutigen Rechtes erhalten und fortgebildet.

Wer eine Liegenschaft auf Grund gerichtlicher Auflassung und richterlichen Friedensbannes durch Jahr und Tag (ein Jahr, sechs Wochen und drei Tage) ohne rechte Widersprache besaß, hatte daran die *rechte Gewere* erworben. Die Wurzeln der rechten Gewere reichen in die fränkische Zeit zurück und sind an die missio in bannum regis anzuknüpfen, die wir bei Darstellung der fränkischen Zwangsvollstreckung in Liegenschaften kennen gelernt haben. Wie diese die volle Jahresfrist offen ließ, um das Gut aus dem Banne des Königs zu ziehen, so hatte der dem aufgelassenen Gute gewirkte Friedensbann die rechtliche Wirkung, Anfechtungsrechte Dritter nach Jahr und Tag auszuschließen. Gemäß fränkischem Rechte brauchte der Besitzer nach Ablauf dieser Zeit im Rechtsstreite um das Gut gegen den Kläger nur das Vorhandensein der rechten Gewere zu beweisen und konnte daraufhin jede Antwort ablehnen. Die rechte Gewere wirkte hier als Erwerb des Eigentums auf Grund der Verschweigung, d. h. auf Grund der Tatsache, daß alle, welche Rechte an dem Gute hätten geltend machen können, sich daran verschwiegen hatten. Schwächere Wirkung hatte die rechte Gewere nach den sächsischen Rechtsbüchern. Wer sie besaß, brauchte sich erst im nächsten echten Ding auf die Klage einzulassen, bedurfte nicht der Vertretung durch seinen Gewährsmann, mußte aber nicht bloß die rechte Gewere beweisen, sondern auch sein Recht an dem Gute durch seinen Eid erhärten.

Neben der Übereignung, durch die der Veräußerer jedes Recht an der Sache auf die Dauer aufgab, kannte das deutsche Recht Übereignungen, durch die der Erwerber nur ein zeitlich beschränktes und unveräußerliches Recht erwarb, wogegen dem Veräußerer unter gewissen Voraussetzungen der Wiederanfall gewahrt blieb. Maßgebend war der kundgegebene Wille des Veräußerers und die Form der Übereignung, der die der Auflassung eigentümliche Verzichtserklärung fehlte. Beschränktes Eigentum begründete nach älterem Rechte insbesondere die Landschenkung. Denn die Schenkung des germanischen Rechtes war Zweckschenkung. Und als der Zweck der Schenkung galt es im Zweifel, daß der Beschenkte die Sache habe, nicht ein beliebiger Dritter. Daher die Unveräußerlichkeit des Schenkgutes und das Wiederanfallsrecht (droit de retour) des Schenkers. Über die fränkische Zeit hinaus hat sich im Kreise der westgermanischen Rechte ein Wiederanfallsrecht des Schenkers nur bei gewissen Gaben erhalten, so bei der Elterngabe (Schenkungen von Aszendenten an eheliche Deszendenten), bei der Hornungsgabe (an Uneheliche) und bei gewissen Heiratsgaben. In bestimmten Fällen erfuhr das Recht des Gebers eine Steigerung. Sein Wiederanfallsrecht wurde als Eigentum, das Recht des Beschenkten nur noch als Nutzungsrecht an fremder Sache aufgefaßt. Diese Auffassung hat sich unter dem Einfluß der kirchlichen Prekarien schon in der fränkischen Zeit bei dem beneficium, sehr viel später bei der Leibzucht des ehelichen Güterrechtes durchgesetzt. Die umgekehrte Entwicklung zeigt sich bei der Elterngabe, bei der das Wiederanfallsrecht des Gebers zu einem Intestaterbrechte einschrumpfte.

Unter den Leiheverhältnissen sind nach dem Rechtsgebiete der Verleihung Leihe zu Lehnrecht, zu Dienstrecht, zu Hofrecht, landrechtliche und stadtrechtliche Leihe zu unterscheiden.

Das Lehnsverhältnis hat eine persönliche und eine dingliche Seite. Die Lehnserrichtung erfolgt durch den Doppelakt der Hulde und Leihe. Der Mann schwört, dem

Herrn so treu und hold zu sein, als ein Mann von Rechts wegen dem Herrn soll (Hulde schwören), und bietet, indem er seine gefalteten Hände in die Hände des Herrn legt, diesem seine Mannschaft an (Hulde tun, Mannschaft leisten). Auch die Leihe erfolgt als ein symbolischer Akt; sie gibt dem Manne ein Recht auf die Einweisung in das Lehen. Der Vasall ist nicht befugt, das Gut zu veräußern, darf es aber in die Afterleihe geben. Bei Herrn- und Mannfall muß binnen Jahr und Tag das Lehen gemutet, die Lehenserneuerung erwirkt werden, soll das Lehen nicht heimfallen. In das Lehen folgen nur männliche Deszendenten, doch bietet die Gesamtbelehnung ein Mittel, den Übergang des Lehns auf Seitenverwandte zu sichern. Ist der Lehnserbe unmündig, so tritt sogen. Lehnsvormundschaft ein, d. h. der Herr bezieht, bis der Lehnsmann zu seinen Jahren gekommen, die Nutzungen des Lehns. Von mehreren Lehnserben ist der Herr nur *einen*, jenen, den diese vorschlagen, zu belehnen verpflichtet, ein Satz, woraus sich mit Rücksicht auf die Lehnsvormundschaft eine Primogeniturfolge in Lehen entwickelte.

Die Dienstlehen, welche die Dienstmannen von ihren Herren erhielten, wurden ursprünglich nach Hofrecht und zwar ohne Mannschaft geliehen. Der Dienstmann war ja dem Herrn durch seine Geburt zu Diensten verpflichtet. Das nach Hofrecht geliehene Dienstlehen durfte der Dienstmann weder veräußern, noch in Afterleihe geben. Seit dem zwölften Jahrhundert wurden Ministerialen mit echten Lehen (gegen Mannschaft) beliehen und wurden Dienstlehen in echte Lehen umgewandelt.

Mit dem echten Lehen, mit dem Dienstlehen und den hofrechtlichen Leiheverhältnissen konkurrierte eine persönliche Abhängigkeit des Beliehenen vom Leiheherrn, welche auf Vertrag oder auf Geburt beruhte und den Beliehenen zum mindesten in Sachen des Gutes der Gerichtsbarkeit des Leiheherrn unterwarf. Durch die Freiheit von solcher Abhängigkeit kennzeichnen sich die freien landrechtlichen Leiheverhältnisse, Zeitpacht, Erbpacht und Erbzinsgut, und die stadtrechtliche Leihe.

Ein eigenartiges Recht an fremder Sache hat sich in den *Grundlasten* oder Reallasten ausgebildet. Sie bestehen darin, daß der Eigentümer der Sache zu wiederkehrenden Leistungen verbunden ist, deren Ausbleiben den Berechtigten befugt, sich an die Sache zu halten. Die Leistungen konnten in Zinsen, Zehnten, Fronden oder Renten bestehen. Das Recht wurde durch Auflassung begründet und zählte zum unbeweglichen Vermögen. Nur die Sache war verhaftet, nicht auch das sonstige Vermögen des Eigentümers. Rückstände blieben auf der Sache liegen und bildeten nicht etwa eine persönliche Schuld desjenigen, unter dessen Eigentumsperiode sie entstanden. In den Städten hat sich der Leihezins, den der Hauseigentümer für die geliehene Baustelle entrichtete, allmählich in eine Reallast umgewandelt. Der Hauseigentümer konnte das Haus auch zu gunsten Dritter mit Renten belasten.

§ 48. **Das Recht an der Fahrnis** war nicht in allen Fällen durch eine absolute (gegen jeden Dritten wirksame) Klage geschützt. Hatte jemand eine Sache selbst einem andern anvertraut, so hatte er keine Klage gegen den dritten Besitzer, sondern mußte sich an die Hand halten, in die er sie gegeben. „Hand muß Hand wahren." „Wo du deinen Glauben gelassen hast, mußt du ihn suchen." Dagegen war im Falle des unfreiwilligen Besitzverlustes, also namentlich, wenn die Sache gestohlen oder geraubt worden, die sogen. Anefangsklage gegen jeden dritten Besitzer gegeben. Sie legte den objektiven Tatbestand des Diebstahls oder des Raubes zugrunde, ohne gegen den Widersacher den unmittelbaren Vorwurf der Missetat zu erheben. Ihre Beschränkung auf den Fall unfreiwilligen Besitzverlustes steht in geschichtlichem Zusammenhang mit der Tatsache, daß das deutsche Recht anders, als das römische Recht die Unterschlagung von dem Diebstahl trennt, indem es das Wegnehmen aus dem Gewahrsam eines andern als begriffliches Merkmal des furtum betrachtet. Das Anefangsverfahren zeichnet sich zunächst durch die besondere Form außergerichtlicher Einleitung des Rechtsstreites aus. Traf derjenige, dem die Sache wider Willen abhanden gekommen war, diese im Besitz eines Dritten, so nahm er den Anefang (intertiatio, oberdeutsch auch fürfang) vor, d. h. er faßte die Sache unter bestimmten Förmlichkeiten an und behauptete die Tatsache des unfreiwilligen Verlustes. Der Ane-

fang galt rechtlich als „der Klage Beginn". Die Anefangsklage war von Hause aus nicht Klage des Eigentümers als solchen, sondern Klage desjenigen, aus dessen rechtlichem Gewahrsam die Sache gekommen war. Konnte sich der Besitzer nicht auf originären Erwerb der Sache berufen, so mochte er den Vormann angeben, von dem er sie erworben habe. Er mußte dann versprechen, den Gewährsmann vor Gericht zu bringen oder, wie langobardisches und sächsisches Recht verlangten, den Kläger zum Gewährsmann führen, gegen den der Anefang wiederholt wurde. Der Vormann mochte sich seinerseits wieder auf einen Vormann berufen. Doch war nach vielen Rechten nur ein dreimaliger Gewährszug gestattet. Übernahm der Vormann die Gewährschaft, so wurde ihm die Sache zugeschoben und er trat an Stelle des früheren Besitzers in den Rechtsstreit ein. Der unterliegende Besitzer mußte nicht nur die Sache herausgeben, sondern verfiel auch in die Diebstahlsstrafe, wenn er nicht den durch die Anefangsklage vorausgesetzten Vorwurf unrechtmäßigen Erwerbs in bestimmter Weise entkräften konnte. Beschwor der Besitzer, die Sache auf offenem Markte gekauft zu haben, so befreite er sich damit vom Verdachte des Diebstahls, mußte aber die Sache an den Kläger herausgeben. Wurde der Anefangskläger sachfällig, so zahlte er Buße wegen unrechten Anefangs. Juden brauchten eine redlich erworbene Sache nur gegen Ersatz des Kaufschillings herauszugeben.

III. Das Recht der Schuldverhältnisse.

§ 49. Die Schuld. Das Recht der Schuldverhältnisse stand bis zur Entwicklung des städtischen Verkehrsrechtes hinter der reicheren Ausbildung des Sachenrechtes etwas zurück, eine Erscheinung, die sich aus dem Vorwiegen des Grundbesitzes im wirtschaftlichen Leben erklärt. Im jüngeren Mittelalter hat lange vor der Rezeption der fremden Rechte auf dem Gebiete des kaufmännischen Obligationen- und Gesellschaftsrechtes eine Aufnahme italienischer Handelsrechtssätze stattgefunden.

Die germanischen Rechte unterscheiden zwischen Schuld und Haftung. Die Schuld ist ein Leistensollen. Doch gebraucht die ältere Rechtssprache das Wort Schuld auch für das Bekommensollen und wird daher auch der Gläubiger als Schuldner bezeichnet.

Die wichtigsten Entstehungsgründe von Schulden waren Missetat und Schuldvertrag.

Der Schuldvertrag bedurfte einer bestimmten hörbaren und sichtbaren Form. Als Vertragsform diente die wadiatio, die Wette, der die Hingabe einer wadia, festuca, stipula, eines Stabes oder Halmes oder eines andern Symboles wesentlich war, ferner das Geloben mit Hand und Mund, d. h. mit Darreichung der Hand (Handschlag) und formelhafter Rede, oder das Geloben mit Fingern und Zungen. Die Bedeutung einer Vertragsform erlangte in fränkischer Zeit auch der Urkundungsakt, indem die Hingabe einer konstitutiven Schuldurkunde, einer cautio, die Darreichung einer festuca ersetzte.

Unwesentlich wurde die Form für die Verbindlichkeit von Verträgen, bei denen ein Teil mit einer Leistung vorangegangen war (von Realkontrakten). Durch Zahlung eines Handgeldes (arrha) erhielt der formlose Vertrag die bindende Kraft des Realkontraktes. Das Handgeld konnte sofort zu frommem oder wohltätigem Zwecke verwendet werden (Gottespfennig) oder es wurde von den Kontrahenten in Gemeinschaft mit den Geschäftszeugen vertrunken (Vertragsschluß durch Weinkauf). Eine beweisrechtlich ausgezeichnete Wirkung hatte — namentlich nach dem Beweissystem des Sachsenspiegels — der gerichtlich abgeschlossene Vertrag. Nicht bloß erhöhte Beweiskraft erlangte nach zahlreichen Stadtrechten das vor Schöffen oder Stadtrat abgelegte oder bekannte Schuldversprechen, über das ein Stadtbrief oder Schöffenbrief ausgestellt oder eine stadtbücherliche Eintragung vorgenommen worden war. Es galt nicht nur für unleugbar, sondern vermittelte im Fall des Verzugs die sofortige Zwangsvollstreckung.

Die Eintreibung der Schuld setzte in der Zeit der Volksrechte vergebliche Mahnung des Schuldners voraus, die in der Wohnung des Schuldners geschehen mußte. Die Schuld war, sofern nicht ein anderes verabredet wurde, im allgemeinen Holschuld, der Gläubiger hatte die Leistung im Hause des Schuldners zu holen. Im Falle vergeblicher Mahnung war es nicht etwa dem Gläubiger überlassen, das Verzugsinteresse geltend zu

machen, sondern es traten gesetzlich fixierte Säumnisbußen ein, die sich als Sühne für das dem Gläubiger durch rechtswidrige Vorenthaltung zugefügte Unrecht darstellen. In der Zeit der Rechtsbücher galten Geldschulden für Bringschulden. Der Gläubiger mußte in seinem Hause des Geldes warten, das der Schuldner auch ohne Mahnung zur Erfüllungszeit darzubringen verpflichtet war. Die gesetzlichen Verzugsbußen sind verschwunden, ein Schadenersatz wegen Verzugs konnte nur beansprucht werden, wenn und soweit er im Schuldvertrag ausdrücklich verabredet worden war. Mit Rücksicht auf diese Beschränkung der Schadenersatzpflicht wurde es üblich, in die Schuldbriefe ein besonderes Schadengedinge aufzunehmen, in welchem der Schuldner sich verpflichtete, den etwaigen Verzugsschaden zu ersetzen. Um sich die Liquidierung des Schadens zu erleichtern, ließ der Gläubiger den Schuldner nicht selten versprechen, se credere de damuis et expensis simplici verbo creditoris, eine im jüngeren Mittelalter weit verbreitete Klausel der Schuldurkunden, durch die der Schuldner dem Gläubiger das Recht einräumte, die Höhe des Schadens ohne Eid und ohne Zeugenbeweis durch sein schlichtes Wort bestimmen zu dürfen.

Die Schuldurkunde hatte nicht bloß für die Eingehung von Verbindlichkeiten, sondern auch für die Ausübung der Forderung privatrechtliche Bedeutung. Wie der Gläubiger die wadia gegen Zahlung der Schuld zurückzugeben hatte, so brauchte der Schuldner auch nur gegen Rückgabe der von ihm ausgestellten cautio zu zahlen. Den cautiones der fränkischen Zeit war es eigentümlich, daß die Verpflichtung zur Rückgabe der Schuld ausdrücklich in den Kontext der Schuldurkunde aufgenommen wurde. War deren Zurückerstattung unmöglich geworden, so stellte der Gläubiger einen Todbrief, einen Mortifikationsschein, epistola evacuatoria, aus, der die Schuld für erloschen und die cautio für kraftlos erklärte. Doch kam es vor, daß in der cautio die Zahlung mit ausdrücklichem Ausschluß jeder epistola evacuatoria nur gegen Rückgabe der cautio versprochen wurde. Bei der Rückgabe pflegte die cautio durch Zerschneiden oder durch einen schriftlichen Vermerk (cassatura) entkräftet zu werden. Als die Geldschuld im allgemeinen den Charakter der Mahn- und Holschuld verloren hatte, erschienen als ein besonderer Typus von Schuldurkunden die Präsentationspapiere, nämlich diejenigen, bei welchen kraft besonderer Klausel der Schuldner nur gegen Aushändigung des Papiers zu zahlen verpflichtet war, die Schuld den Charakter einer Hol-, nicht einer Bringschuld hatte und der Verzug des Schuldners nicht durch den Verfallstag an sich, sondern durch die Präsentation am Verfallstag bedingt wurde.

Unzulässig war nach älterem deutschen Rechte die Übertragung der Forderung aus Schuldverträgen ohne den Willen des Schuldners. Der Klage des Dritten, dem die Forderung übertragen worden, hätte der Schuldner einfach antworten können, er sei ihm nicht schuldig zu leisten, denn er habe nicht versprochen ihm zu leisten. An die Stelle des ursprünglichen Gläubigers konnte ein anderer gesetzt werden durch „Verwandlung des Gelübdes", indem jener den Schuldner veranlaßte, die Schuld dem neuen Gläubiger zu geloben. Als die gerichtliche Stellvertretung, sei es nun in beschränktem Maße oder allgemein gestattet wurde, benutzte man die Erteilung der Prozeßvollmacht, um die Schuld ohne Zustimmung des Schuldners einem Dritten zuzuwenden. Diese Zuwendung, „Beweisung der Schuld", erfolgte im Gewande der Vollmacht. Der Dritte klagte auf Grund der Vollmacht; starb er, so ging seine Vollmacht nicht auf seine Erben über, Grundsätze, die sich im englischen Rechte bis 1873 erhalten haben.

Schon das Rechtsleben der fränkischen Zeit kennt die Zulässigkeit von Verträgen, in denen der eine Kontrahent dem andern verspricht, daß er einem Dritten oder daß er unter gewissen Voraussetzungen einem Dritten leisten werde. Der Dritte hatte als Destinatär der Leistung das Recht, die Forderung im eigenen Namen geltend zu machen, ohne daß er das innere Verhältnis, das zwischen ihm und dem Promissar bestand, aufzudecken brauchte. Solange die gerichtliche Stellvertretung versagt oder doch beschränkt war, solange ferner die freie Übertragbarkeit der Forderung durch die formale Struktur des Rechtsganges ausgeschlossen war, bot es nach beiden Seiten hin einen naheliegenden Ausweg dar, wenn der Gläubiger sich bei Abschluß des Vertrags vom Schuldner versprechen ließ, daß dieser ihm oder einem

Dritten leisten werde. Der Dritte konnte von vornherein namentlich benannt werden, es konnte aber auch dem Gläubiger überlassen werden, ihn nachträglich zu bestimmen. Die wichtigste Anwendung des Versprechens, einem Dritten zu leisten, enthalten die Orderpapiere und die Inhaberpapiere.

Das Orderpapier reicht bis in die Anfänge des germanisch-romanischen Urkundenwesens zurück. Schon in Formeln des siebenten Jahrhunderts findet sich die Exaktionsklausel, nämlich eine Klausel, durch die sich der Schuldner verpflichtete, einem namentlich genannten Gläubiger zu zahlen oder demjenigen, cui dederit hanc cautionem ad exigendum. Italienische Urkunden bieten im achten Jahrhundert die Klausel vel cui in manum miseris, im zwölften Jahrhundert als deutlichen Vorläufer der heutigen Orderklausel die Wendung vel cui ordinaveris dar. In den deutsch geschriebenen Urkunden des Mittelalters finden wir die typische Klausel: oder wer diesen Brief mit ihrem Willen (ihrem guten Willen) innehat. Die Wirkung des Orderpapiers bestand darin, daß der Schuldner verpflichtet war, dem Präsentanten der Urkunde zu leisten, wenn dieser beweisen konnte, daß ihm der namentlich Genannte das Papier gutwillig begeben habe. Der Beweis dieser Begebung konnte durch eine besondere Urkunde des namentlich Genannten (Willebrief) oder durch andere beliebige Beweismittel geführt werden. Das Erfordernis des Begebungsbeweises entfiel bei den Inhaberpapieren. Diese kennzeichnen sich durch die Inhaberklausel, die entweder als alternative oder als reine Inhaberklausel erscheint. Jene verspricht, daß an eine namentlich genannte Person oder an den Inhaber, diese schlechtweg, daß an den Inhaber geleistet werden solle. Beide Klauseln finden sich zuerst in italienischen Urkunden; im neunten Jahrhundert tritt daselbst die alternative Inhaberklausel, etwa ein Jahrhundert später die reine Inhaberklausel auf. Seit dem dreizehnten Jahrhundert lassen sie sich auch in deutschen Urkunden nachweisen. Der Präsentant des Papiers mit der Inhaberklausel war zur gerichtlichen und außergerichtlichen Geltendmachung des verbrieften Rechtes befugt. Der Schuldner konnte weder den Beweis einer Vollmacht oder der Succession in das Recht des ersten Nehmers verlangen, noch konnte er dem Inhaber die Einrede rechtswidrigen Papiererwerbes entgegensetzen.

§ 50. Die Haftung. Haftung ist Einstehen für eine Schuld. Man kann haften, ohne zu schulden. Haften kann nicht nur eine Person, sondern nach dem Sprachgebrauch der Quellen auch eine Sache.

Für fremde Schuld haftete der in der Gewalt des Gläubigers befindliche Geisel. Für fremde Schuld haftete der Bürge und zwar derart, daß der Gläubiger sich in erster Reihe an den Bürgen halten konnte, der nach älterem Rechte seinerseits befugt war, den Schuldner außergerichtlich zu pfänden, ja sogar dessen Person dem Gläubiger auszuliefern. Der Bürgschaftsvertrag wurde rechtsförmlich, bei den Franken in der Form der Wette abgeschlossen, indem die Wadia vom Schuldner dem Gläubiger, von diesem dem Bürgen übergeben wurde, der dadurch Gewalt über den Schuldner erlangte. Bürgschaftsschuld ging nicht auf die Erben über, wenn diese sich nicht mitverbürgt hatten. Das ältere fränkische Recht entwickelte eine Selbstbürgschaft, bei welcher der Schuldner, der keinen Bürgen stellen konnte, sich in der Rechtsform der Bürgschaft für die versprochene Leistung haftbar machte.

Aus der Übernahme einer Haftung, durch die der Schuldner Person oder Vermögen oder beides für die Schuld einsetzte und dem Zugriff des Gläubigers unterwarf, scheinen die oben erwähnten Vertragsformen der Wette und des Treugelöbnisses hervorgegangen zu sein. Doch bestand von alters her neben der vertragsmäßig begründeten Haftung innerhalb des Rahmens der Friedlosigkeit eine Haftung von Rechts wegen, so für Schulden aus Missetaten und für Schulden, die sich durch rechtswidriges Verhalten des Schuldners zu Missetaten gesteigert hatten.

Das ältere Recht überließ den Schuldner, der eine Bußschuld nicht bezahlen konnte, der Willkür des Gläubigers. Dieser mochte ihn gleich einem Friedlosen behandeln, der seiner Rache verfallen war, er mochte ihn töten, verstümmeln, mißhandeln, in Haft oder

Zwangsknechtschaft halten. Die weitere Entwicklung schwächte die Willkür des Gläubigers ab, beseitigte sie aber nicht vollständig, damit er Zwangsmittel in der Hand behalte, um den Schuldner zu freiwilliger Begebung in die Schuldknechtschaft zu veranlassen. Diese Bedeutung hatte das in jüngeren Quellen hier und da noch begegnende Verstümmelungsrecht des Gläubigers. Im allgemeinen wurde aber das Recht des Gläubigers dahin beschränkt, daß er den Schuldner ohne Schaden für seine Gesundheit in strenger Haft halten durfte. An Stelle der Privathaft trat nachmals, zuerst in den Städten, die Verwahrung des Schuldners im öffentlichen Schuldgefängnis, die eigentliche Schuldhaft. Manche Rechte verfolgten eine andere Entwicklung; sie bildeten, wie z. B. schon das langobardische Recht, die Hingabe des Schuldners in die Gewalt des Gläubigers zur exekutiven Verknechtung aus. Dem fränkischen Recht ist sie unbekannt geblieben. Dieses kannte nur eine freiwillige Begebung des Schuldners in die Knechtschaft des Gläubigers. Die Verknechtung (freiwillige und exekutive) war nach ältestem Rechte eine endgültige; der Gläubiger mochte den Schuldner wie jeden anderen Knecht verkaufen. Nicht ohne Einwirkung der Kirche erlangte die Verknechtung um Schuld den Charakter der Satzung, so daß der Schuldner nur noch loco wadii stand. Diese Schuldknechtschaft ist wieder entweder eine härtere oder eine mildere. Jene, die ältere, ist ein Seitenstück der Zinssatzung; der Schuldner dient nämlich als Schuldknecht, bis er durch Zahlung der Schuldsumme ausgelöst wird, so daß also dem Gläubiger das Erträgnis der Arbeit zu gut kommt. Die jüngere Schuldknechtschaft stellt sich als Analogon der Totsatzung dar; denn sie dauert nur so lange, bis der Schuldner durch seine Arbeit die Schuld (mit Einschluß der Unterhaltskosten) abverdient hat. — In den Städten wurde gegen säumige, insbesondere gegen böswillige Schuldner auch die Stadtverweisung verhängt.

Die vom Schuldner freiwillig übernommene Haftung konnte sich im einzelnen Falle verschieden gestalten. Es stand in seiner Wahl, sich für den Fall des Vertragsbruchs beliebigen Rechtsnachteilen auszusetzen. Er mochte erklären, daß er friedlos, daß er exkommuniziert sein wolle, daß sein Leben, daß bestimmte Gliedmaßen dem Gläubiger verfallen sein sollen. Er setzte für die Erfüllung der Verbindlichkeit seine Treue und seine Ehre ein, die Ehre mitunter so, daß er dem Gläubiger die Befugnis gab, ihn im Fall des Verzugs durch Wort und Bild (Schandgemälde) in seiner Ehre anzugreifen. Sehr häufig kam es vor, daß der Schuldner versprach, für den Fall der Nichtbefriedigung des Gläubigers das Einlager zu leisten, d. h. sich freiwillig einer Beschränkung seiner persönlichen Freiheit zu unterziehen, welche insgemein in der Form erfolgte, daß er mit Begleitung in eine Herberge einritt, um dort so lange zu verbleiben, bis die Schuld bezahlt war oder der Gläubiger ihn seines Versprechens löste. Namentlich vornehme, mächtige Herren, gegen die eine gerichtliche Eintreibung der Schuld nicht leicht durchzuführen war, mußten sich zum Versprechen des Einlagers herbeilassen. Da es Sitte wurde, während der Geiselschaft großen Aufwand zu machen, trat schließlich der ursprüngliche Gesichtspunkt der konventionellen Schuldhaft so sehr zurück, daß mitunter der Schuldner sich bei der Leistung des Einlagers auf seine Kosten einen Stellvertreter setzen konnte. Die üblichen Kosten des Einlagers sollten auf den Schuldner und dessen Sippe einen Druck ausüben, die Schuld zu bezahlen.

Beschränkt war die Haftung der Erben für Schulden des Erblassers. Sie fand ihre Grenze in dem Betrage des übernommenen Nachlasses. Wo der Erblasser in der Verfügung über den Grundbesitz durch das Beispruchsrecht der Erben gebunden war, hafteten diese keinesfalls über den Betrag der nachgelassenen Fahrhabe hinaus; nach dem Rechte des Sachsenspiegels hafteten sie nur bis auf das Maß der Bereicherung, nämlich nur für Schulden des Erblassers, die dem von ihnen erworbenen Teile des Nachlasses zu gute gekommen sind.

Um dieser beschränkten Haftung des Erben willen kam in Deutschland ein vielfach angewendetes Geldgeschäft, der Rentenkauf, in Übung, der zugleich das durch die Kirche verbotene zinsbare Darlehen wirtschaftlich ersetzte. Der Rentenkäufer erwarb durch Hingabe einer Geldsumme das Recht, aus einem Grundstücke eine wiederkehrende Rente zu beziehen, die dessen jeweiliger Besitzer zu zahlen hatte. Das Rentenrecht wurde durch

Auflassung begründet und ruhte auf dem Gute des Rentenverkäufers als eine Reallast, welche unkündbar und ursprünglich auch unablösbar war. Im weiteren Verlaufe der Entwicklung hat sich vielfach ein Übergang der Rente in das zinsbare Darlehen vollzogen, indem die sachenrechtlichen Merkmale des Rechtsverhältnisses abgestreift wurden, während anderwärts aus der Reallast ein von dem Schuldgrunde mehr oder minder unabhängiges Pfandrecht, eine Grundschuld erwuchs.

§ 51. Das Pfand. Das deutsche Recht unterscheidet gesetztes und genommenes Pfand.

Eine Sache konnte für eine Schuld als Pfand (goth. vadi, ahd. weti, mlat. wadium) gesetzt werden, so daß nur die Sache haftete, ohne daß daneben eine persönliche Haftung des Schuldners bestand. Damit hing es zusammen, daß, wenn das Pfand ohne Verschulden des Gläubigers zu Grunde ging, der Verpfänder keinen Anspruch auf den Mehrwert des Pfandes erheben, der Gläubiger seine Forderung nicht mehr geltend machen konnte. Erst seit es üblich wurde, mit dem Akte der Verpfändung ein Treugelöbnis oder einen Wettvertrag zu verbinden, haftete der Schuldner bei etwaigem Minderwert des Pfandes und trug er ausschließlich den durch zufälligen Untergang des Pfandes erwachsenden Schaden.

Das Pfandrecht gestaltete sich verschieden an Liegenschaften und an Fahrnis.

Die fränkische Zeit kannte zwei Formen eines volksrechtlichen Pfandes an Liegenschaften, nämlich ein Eigentumspfand und ein Nutzungspfand. Jenes verwendete zur Sicherstellung die Form der Übereignung. Die Verpfändung geschah durch bedingte Vestitur. Die Bedingung war entweder eine Resolutivbedingung oder eine Suspensivbedingung. Bei resolutiv bedingter Vestitur wurde verabredet, daß das dem Pfandgläubiger übertragene Eigentum erlosche sein solle, sobald die Schuld bezahlt sei. Das Geschäft hatte Ähnlichkeit mit einem Kauf auf Wiederkauf, ist nachmals vielfach als solcher aufgefaßt worden und schließlich darin aufgegangen. Seltener war die suspensiv bedingte Vestitur, bei der bestimmt wurde, daß das Pfand dem Gläubiger zu Eigentum übertragen sein solle, wenn nicht binnen bestimmter Fallfrist die Schuld bezahlt sei. Der Schuldner konnte dabei im Besitz des Grundstücks bleiben, sofern die Verpfändung durch unkörperliche Vestitur erfolgte. Das langobardische Rechtsleben benutzte zu diesem Zwecke die Übergabe einer Veräußerungsurkunde an den Pfandgläubiger, der seinerseits dem Schuldner einen Pfandrevers ausstellte, worin er sich verpflichtete, jene Veräußerungsurkunde gegen gehörige Befriedigung zurückzugeben. Auf suspensiv bedingte Vestitur geht die in einzelnen bayrischen Stadtrechten bezeugte Verpfändung durch Übergabe des Hausbriefs (der Erwerbsurkunde) an den Pfandgläubiger zurück.

Das Nutzungspfand, die von den Germanisten so genannte ältere Satzung, setzte den Gläubiger in Besitz und Nutzung des Grundstücks auf so lange, bis die Schuld getilgt wurde. Das Eigentum blieb bei dem Schuldner. Die Satzung war in der Regel Zinssatzung. Der Gläubiger bezog nämlich die Früchte des Grundstücks, bis das Pfandstück durch Zahlung der Schuldsumme eingelöst wurde, eine Pfandrechtsform, die sich in den sogen. Reichspfandschaften über die Zeit der Rezeption des römischen Rechtes hinaus erhalten hat. Es konnte aber auch bedungen werden, daß der Gläubiger die Früchte vom Schuldkapital abzuziehen habe und somit das Pfandstück im Laufe der Zeit durch sein Erträgnis sich selbst auslösen solle. Das hieß Totsatzung, Setzen auf Totschlag.

In der Zeit der Rechtsbücher trat, zumal in den Städten, eine neue Form der Verpfändung auf, die sogen. jüngere Satzung, eine Verpfändung zu Exekutionsrecht, die sich als eine Nachbildung des Exekutionsverfahrens in Liegenschaften, also in letzter Linie, da diese auf die Fronung friedlosen Gutes zurückführt, als ein historischer Ausläufer der vermögensrechtlichen Friedlosigkeit darstellt. Der Gläubiger erwarb weder den Besitz noch die Nutzung des Grundstücks, erlangte aber durch den öffentlichen Akt der Satzung für den Verzugsfall die Rechte eines Gläubigers, der gegen den Schuldner ein Urteil auf Zahlung und die Fronung des Grundstücks erwirkt hatte[1]. Er brauchte daher, um zur Befriedigung aus dem Pfande zu gelangen, nur noch das zweite Stadium der gericht-

[1]) Siehe oben S. 238.

lichen Zwangsvollstreckung zu erledigen, das in der Übereignung oder — nach jüngerem Rechte — in der Verfilberung des Grundstücks bestand. Wie die Auflassung, so pflegte in den Städten auch der Akt der Satzung in öffentlichen Büchern zur Beurkundung eingetragen und schließlich durch die Eintragung vollzogen zu werden. Auf der jüngeren Satzung hat sich unser modernes Grundpfandrecht aufgebaut, das mit ihr das Erfordernis der Publizität und der gerichtlichen Realisierung gemein hat.

An Fahrnis war nur ein Faustpfand möglich. Dem Verpfänder mußte die tatsächliche Verfügung über das Pfandstück entzogen sein. Löste er es nicht rechtzeitig ein, so verfiel es dem Gläubiger. Seit der Pfandschuldner auch eine persönliche Haftung zu übernehmen pflegte, wurde das Verfallspfand zum Verkaufspfand. Der Gläubiger wurde aus dem Erlöse befriedigt, der Mehrwert dem Pfandschuldner herausgegeben.

Das Wort Pfand (nd. pand, pant) bedeutete ursprünglich nicht das gesetzte, sondern das genommene Pfand. Die Pfandnahme war entweder Privatpfändung oder obrigkeitliche Pfändung. Das Recht der Pfandnahme (Schüttung) hatte der Grundbesitzer an fremdem Vieh, das auf seinem Grund und Boden Schaden anrichtete. Nach ältestem Rechte verfiel das Tier der Rache des Beschädigten, er durfte es töten. Doch hat sich die Tötungsbefugnis nur bei gewissen Tieren (Gänsen, Enten, Hühnern) erhalten; andere durfte der Beschädigte schon in fränkischer Zeit nicht mehr töten, sondern nur noch in Haft nehmen und einschließen (schütten). Löste der Eigentümer die Tiere nicht ein, so konnte der Beschädigte an ihnen Vergeltung üben. Nach jüngerem Rechte haftete das geschüttete Vieh regelmäßig nach Art eines Pfandes, aus dem der Beschädigte seine Befriedigung suchen durfte. Pfandnahme war ferner zulässig gegen die Person, die auf fremdem Besitztum Schaden anrichtete oder sich daran tatsächlich eine Eigentumsbefugnis anmaßte. Das Recht der Pfändung hatte der Leiheherr und der Vermieter wegen verfessenen Zinses, der Rentenherr wegen verfessener Rente. In Notfällen, nämlich bei Rechtsverweigerung und bei Gefahr im Verzug, war die Pfändung jedem Gläubiger gestattet.

Um gewettete Schuld konnte nach älterem Rechte der Schuldner bezw. der Bürge außergerichtlich gepfändet werden. Doch wurde die Ausübung des Pfändungsrechtes schon in der Mehrzahl der Volksrechte an gerichtliche Ermächtigung und an die Beobachtung gewisser Formen gebunden. Wegen der Gefahr der Störung des Friedens haben die Landfriedensgesetze die Privatpfändung um Schuld verboten. Eine Ausnahme bildete nur noch der Fall der Pfändungsklausel, die im jüngeren Mittelalter aufkam, d. h. der Fall, daß der Gläubiger sich in der Schuldurkunde vom Schuldner die Befugnis der außergerichtlichen Pfändung verschreiben ließ.

IV. Das Familienrecht.

§ 52. Die Ehe. Die Familienrechtsverhältnisse sind auf das Mundium des Familienhauptes gebaut. Mundium, Vormundschaft, bezeichnet aber im allgemeinen ein Schutz- und Vertretungsverhältnis, ein Begriff, der über das Gebiet des Familienrechtes hinausragt, da unter ihn außerdem noch fallen das Verhältnis des Schutzherrn zum Mundmann, zum Hörigen, die Vogtei über Fremde, über Kirchen und die prozessualische Vertretung mündiger Personen, soweit sie ausnahmsweise gestattet war. Der Vormund vertritt den Mündel vor Gericht, haftet für dessen Vergehen und empfängt für ihn Buße und Wergeld. Der Begriff des Mundiums ist im Laufe der Zeit eingeschränkt worden, indem einzelne Vertretungsverhältnisse den privatrechtlichen Charakter völlig abstreiften, andere den einer beliebig widerruflichen Willenssubstitution annahmen. Andrerseits traten die einzelnen Anwendungsfälle des Mundiums als selbständige Privatrechtsinstitute auseinander, indem die innere Seite des Verhältnisses, nämlich die Stellung zwischen Vormund und Mündel, sich verschiedenartig gestaltete und das Vertretungsverhältnis auch nach außen hin differenzierte. So schieden sich die Fälle der Familienvormundschaft in die der ehelichen Vormundschaft, der väterlichen, der subsidiären Alters- und Geschlechtsvormundschaft und der Vormundschaft wegen geistiger und wegen körperlicher Gebrechen.

Die Voraussetzungen der Eheschließung wurden durch das Volksrecht bestimmt. Im ältesten germanischen Rechte hatte der Frauenraub ebenso wie einst bei den Indern und Römern ehebegründende Kraft. Als die rechtlich allein zulässige Form der Eheschließung erscheint in den ältesten Rechtsquellen der Frauenkauf. Er war ursprünglich von beiden Seiten Realkontrakt, indem die Leistung des Kaufpreises durch den Bräutigam und die Hingabe der Braut durch den Vormund uno actu, Zug um Zug erfolgten. Aber schon früh traten der Kaufvertrag über die Braut und deren Übergabe als zwei zeitlich und rechtlich geschiedene Handlungen auseinander, so daß nunmehr die Eheschließung in den Akt der Verlobung (desponsatio) und in den Akt der Trauung (traditio puellae) zerfiel. Die Verlobung war der Veräußerungsvertrag, abgeschlossen zwischen dem Bräutigam und der Sippe oder dem Vormund der Braut, durch den diese in die Ehe verkauft wurde. Auf den Willen der Braut kam es nicht an. Sie brauchte um die Verlobung nicht einmal zu wissen. Doch wurde unter dem Einfluß des Christentums auf die Zustimmung der Braut (die sich dadurch zur Treue verpflichtete) steigende Rücksicht genommen und den Weibern, zunächst den Witwen, die Befugnis eingeräumt, sich in bestimmten Fällen selbst zu verloben. Für den Kaufpreis (Wittum, burgundisch wittemo, friesisch wetma, angelsächsisch weotuma, ahd. widemo) bestanden gesetzliche Ansätze, die in den verschiedenen Stammesrechten verschieden normiert waren. Uranfänglich war die Zahlung des Kaufpreises wesentlich für die bindende Kraft der Verlobung. Dies änderte sich entsprechend der allgemeinen Wandlung des Vertragsrechtes. Für den Abschluß des Vertrags genügte die Zahlung eines Handgeldes, das bei den Franken einen solidus und einen denarius betrug und allmählich den Charakter eines symbolischen Kaufpreises erhielt. Außerdem war es zulässig, den Kaufpreis mit Hingabe einer wadia zu versprechen, die Verlobung beiderseits durch Wettvertrag abzuschließen. Galt nach ursprünglicher Auffassung die Braut selbst als Gegenstand des Kaufvertrags, so machte sich bei fortschreitender Entwicklung eine verfeinerte Anschauung geltend. Wo die Kaufidee wenigstens formell festgehalten wurde, betrachtete man als Kaufobjekt nicht mehr die Braut, sondern das Mundium über sie, das um den Kaufpreis (langobardisch mundius, friesisch mundscet, Mundschatz) abgelöst werden soll. In der Regel trat die Kaufidee auch der Form nach zurück, und sachlich wurde die Verlobung allenthalben für den Bräutigam zur Verpflichtung, die Braut heimzuführen und ihr ein Wittum (dos) zu bestellen, so daß die puella emta sich in eine puella dotata verwandelte. Es ging nämlich vom sechsten bis zum neunten Jahrhundert bei den verschiedenen Stämmen eine Veränderung in dem Charakter und Zweck des Kaufpreises vor sich. Nachdem es Sitte geworden, daß der Vater oder Vormund einen Teil des Kaufpreises oder dessen ganzen Betrag der Braut zuwendete, fiel dieser schließlich von Rechts wegen ganz oder zum größten Teile an die Braut mit der Bestimmung, deren Witwenversorgung zu bilden.

Der zweite wesentliche Akt der Eheschließung, die Trauung, bestand darin, daß die Braut in Gegenwart der Verwandten dem Bräutigam von dem Vormunde feierlich mit Übergabe bestimmter Trauungssymbole tradiert wurde, woran sich nach mehreren Rechten die Heimführung der Braut, der Brautlauf, anschließen mußte. Erst mit der Trauung wurde die Ehe perfekt. Die Verlobung an sich übertrug noch kein Mundium. Entführung oder Raub der noch nicht angetrauten Braut wurde nicht dem Bräutigam, sondern dem Mundwalt gebüßt. Die Mundgewalt und mit ihr die Vertretung der Frau gegen Dritte ging von dem Vormunde auf den Bräutigam erst durch die Trauung über.

Später wird die Verlobung unmittelbar zwischen Bräutigam und Braut mit Zustimmung des Vormundes abgeschlossen. Die Trauung verliert den Charakter der traditio puellae und wird zur gegenseitigen Trauung. Die Volkssitte verlegt den Trauungsort aus dem Hause des Vormundes vor die Kirchentüre, um die Öffentlichkeit des Aktes zu erhöhen und ihm die Einsegnung des getrauten Paares in der Kirche unmittelbar folgen zu lassen.

Friedlosigkeit des Ehemannes oder der Ehefrau führte von Rechts wegen die Auflösung der Ehe herbei. Die Ehe konnte aber auch vertragsmäßig geschieden werden, und zwar durch einen zwischen dem Ehemann und der Sippe der Frau abgeschlossenen

Scheidungsvertrag. Außerdem konnte der Mann die Ehe einseitig scheiden. Die einseitige Scheidung war entweder eine rechtmäßige, wenn sie ex iusta causa, z. B. wegen Unfruchtbarkeit des Weibes, erfolgte. Oder sie war eine rechtswidrige; dann löste sie zwar die Ehe auf, allein der Mann setzte sich der Fehde der Verwandten seiner verstoßenen Frau aus, oder die Scheidung hatte eine Buße und vermögensrechtliche Nachteile zur Folge. Einseitige Scheidung durch den Willen der Frau war dem älteren Rechte unbekannt. Aber noch in fränkischer Zeit wurde eine Ehescheidung durch Scheidungsvertrag beider Ehegatten Rechtens und erlangte auch die Frau in gewissen gesetzlichen Fällen ein einseitiges Scheidungsrecht. Seit Karl dem Großen drangen die kirchlichen Grundsätze über Ehescheidung in das weltliche Recht ein. Im zehnten Jahrhundert erwarb die Kirche die ausschließliche Gerichtsbarkeit in Sachen der Ehescheidung, die von da ab nur nach kirchlichem Rechte beurteilt wurde.

§ 53. Das eheliche Güterrecht. Das eheliche Güterrecht der fränkischen Zeit erscheint in der Hauptsache als ein auf der vormundschaftlichen Gewalt des Mannes beruhendes System der Verwaltungsgemeinschaft. Die Trauung schloß als Übergabe der Braut auch die Übergabe ihres Vermögens in sich. Der Mann hatte daher Besitz und Verwaltung des Frauengutes, er hatte daran, wie es später heißt, eine Gewere zu rechter Vormundschaft. Kraft dieser mochte er Frauengut zu ehelichen Zwecken veräußern; nur bezüglich des liegenden Gutes war eine Mitwirkung der Frau erforderlich. Die innere Seite des Verhältnisses wurde durch diese nach außen hin hervortretende Einigung des Vermögens nicht berührt, indem beide Ehegatten, ohne in eine Rechtsgemeinschaft einzutreten, Subjekte ihres Vermögens blieben, so daß nach wie vor zwischen dem Gute des Mannes und dem Frauengute zu unterscheiden war.

Zu den Bestandteilen des Frauengutes gehörten insbesondere drei durch Ursprung und Zweck gekennzeichnete Gaben, nämlich die Aussteuer oder Heimsteuer, das Gut, das der Frau aus dem Elternhause oder aus der Hausgemeinschaft, der sie angehörte, anläßlich der Eheschließung mitgegeben wird, ferner zwei Gaben des Mannes, das aus dem Mundschatz hervorgegangene Wittum, auch dos genannt, und die Morgengabe, ursprünglich ein freiwilliges, aber auf der Sitte beruhendes Geschenk, das der Mann der Frau am Morgen nach der Brautnacht darbrachte. Einzelne Stammesrechte gewährten der Frau ein gesetzliches Wittum oder eine gesetzliche Morgengabe, falls und soweit solche nicht vertragsmäßig bestellt waren. So gebührte nach jüngerem salfränkischem Rechte der Frau als gesetzliche dos die sogen. tercia, ein Drittel vom beweglichen und unbeweglichen Vermögen des Mannes.

Franken und Westfalen kannten schon in fränkischer Zeit eine beschränkte Gütergemeinschaft; sie räumten der Frau einen Anteil an der Errungenschaft ein, d. h. an dem Vermögen, das die Ehegatten während der Ehe durch Arbeit oder entgeltliches Rechtsgeschäft erwarben. An der Errungenschaft bestand eine Rechtsgemeinschaft, an der die Frau bei den Franken zu einem Drittel, bei den Westfalen zur Hälfte beteiligt war.

Bei Auflösung der Ehe fiel das vorher in der Hand des Mannes geeinte Vermögen in seine Bestandteile auseinander. Doch gestaltete sich das Schicksal der das Frauengut bildenden Gaben verschieden mit Rücksicht auf den verschiedenartigen Charakter, den sie unter dem Gesichtspunkte der Zweckschenkung besaßen, und mit Rücksicht auf den Einfluß, den nach manchen Rechten die Geburt eines lebendigen Kindes auf das Güterrecht durch Herbeiführung einer engeren Gemeinschaft unter den Ehegatten ausübte. Starb der Mann, so nahm die Frau die einzelnen Bestandteile des Frauengutes; das Wittum häufig nur zu unveräußerlichem lebenslänglichem Eigentum, indem es bei beerbter Ehe den Kindern verfangen, bei unbeerbter Ehe dem Rückfall an die Verwandten des Mannes (des Bestellers) unterworfen war. Löste sich die Ehe durch den Tod der Frau auf, so fiel die Morgengabe an den Mann als den Geber zurück. Das Wittum gebührte bei unbeerbter Ehe in der Regel dem Manne, bei beerbter Ehe den Kindern. Die Aussteuer kehrte bei unfruchtbarer Ehe an den Besteller oder dessen Erben zurück; anderenfalls

gehörte sie zur Erbschaft der Frau. Doch behielt bei fruchtbarer Ehe der Mann nach oberdeutschen und nachmals auch nach fränkischen Rechten die Aussteuer für Lebenszeit.

In nachfränkischer Zeit haben die meisten deutschen Stammesrechte eine Gütergemeinschaft aufzuweisen. Sie tritt entweder durch die Eheschließung an sich oder doch mit dem Beilager ein oder erst dann, wenn in der Ehe ein lebendiges Kind geboren worden war, während bei unfruchtbarer Ehe an der Verwaltungsgemeinschaft festgehalten wird. Der fruchtbaren Ehe wird an vielen Orten die überjährige Ehe gleichgestellt. Die Gütergemeinschaft ist entweder Errungenschaftsgemeinschaft, oder sie ist Fahrnisgemeinschaft, d. h. Gemeinschaft des beweglichen Vermögens und der Errungenschaft. Einzelne Rechte, so insbesondere westfälische und fränkische, sind zu einer allgemeinen Gütergemeinschaft vorgeschritten. Als Übergangsformen finden sich bei den Franken die Rechtsinstitute der Verfangenschaft und des Teilrechtes. Die so zur Entwicklung gelangte Gütergemeinschaft läßt an den Vermögensteilen, die sie ergreift, wahre Rechtsgemeinschaft entstehen und äußert sich praktisch zumeist in der Haftung für Schulden und in der Behandlung des Vermögens bei Auflösung der Ehe.

Im Gegensatz zu den im fränkischen und westfälischen, im friesischen Rechte und in Süddeutschland ausgebildeten Arten der Gütergemeinschaft hat das ostfälisch-sächsische Recht, wie es uns im Sachsenspiegel und in den Quellen des Magdeburger Rechtes überliefert ist, das System der Verwaltungsgemeinschaft bewahrt. Eigentümlich ist ihm u. a. das Institut der Gerade. Diese besteht aus den zum persönlichen Gebrauch der Frau bestimmten und aus den ihrem häuslichen Wirkungskreise angehörigen Gegenständen, wie sie die Aussteuer zu bilden pflegten. Bei Auflösung der Ehe wurde der Frau statt der im konkreten Falle eingebrachten Aussteuer als deren Ersatz die Gerade herausgegeben. Außerdem erhielt die Frau nach dem Tode des Mannes die Morgengabe, den sogen. Musteil, d. i. die Hälfte des auf dem Hofe vorhandenen Speisevorrats, und das Wittum, das entweder in dem lebenslänglichen Nießbrauch an Grundstücken (Leibgedinge, Leibzucht) bestand oder aber zu Ursal, d. h. in frei veräußerlichem und vererblichem Eigentum an Liegenschaften, bestellt wurde. Bei Auflösung der Ehe durch den Tod der Frau fiel ihre Gerade an ihre nächste weibliche Verwandte (Niftelgerade).

§ 54. Die Kindschaft. Das Kind steht unter der Mundschaft und Gewalt des Vaters, die so lange dauert, als es im Hause des Vaters lebt, in dessen Were sitzt. Der Vater hat das Vermögen des Kindes in Verwaltung und Nutzung, haftet aber für dessen Missetat. Mündigkeit oder Großjährigkeit ist an sich ohne Einfluß auf den Bestand der väterlichen Gewalt. Diese erlischt durch den Tod des Vaters, durch Austritt aus der väterlichen Hausgenossenschaft und durch rechtsförmliche Aufhebung. Der Austritt geschah bei Töchtern durch die Verheiratung, bei Söhnen, indem sie einen selbständigen Haushalt begründeten oder in eine fremde Hausgenossenschaft eintraten. Die Begründung wirtschaftlicher Selbständigkeit erfolgte von seiten der Söhne wohl meistens mit ihrer Verheiratung. Sofern dies nicht der Fall war, verlangen jüngere Quellen, zumal fränkische Stadtrechte, einen rechtsförmlichen Akt, durch den der Vater vor Gericht den Sohn aus seinem Brote scheidet, indem er ihm zugleich ein gewisses Einkommen anweist, eine Handlung, welche exseparare, emancipare, forisfamiliare, aus Brot und Pflicht tun genannt wird. Nach manchen Rechten vermag diese Förmlichkeit eine selbständige rechtliche Wirkung zu äußern; der Sohn gilt kraft derselben auch dann für emanzipiert, wenn er im Hause des Vaters verbleibt, oder doch, wenn er nach längerer, gesetzlich befristeter Abwesenheit dahin zurückkehrt. Eine Aufhebung der väterlichen Gewalt führte in ältester Zeit die Aufnahme in die Gefolgschaft herbei, weil sie den Eintritt in eine fremde Hausgenossenschaft, nämlich in die des Gefolgsherrn, zur Folge hatte.

Das uneheliche Kind, Winkelkind (hornung, horning) hatte noch in der Zeit der Volksrechte eine verhältnismäßig günstige Stellung. Vom Vater anerkannt, gehörte es dem väterlichen Hause an, wenigstens dann, wenn es in öffentlichem Konkubinat (in einer Kebs- oder Friedelehe) mit einem freien Weibe erzeugt worden war. Uneheliche Söhne hatten ein beschränktes oder doch ein subsidiäres Erbrecht gegen den Vater. Erst unter

dem Einfluß der Kirche ist die Stellung der Unehelichen bis zur „Rechtlosigkeit" verschlechtert worden. Sie verloren jedes Erbrecht gegen den Vater. Ja, nach manchen Rechten, welche die rechtliche Stellung der von unfreien Mägden geborenen Bastarde auf alle Winkelkinder ausdehnten, darbten sie auch der Mutter gegenüber des Erbrechts. Bei den Friesen blieben wenigstens Zuwendungen des Vaters an das uneheliche Kind (Horningsgaben) gestattet und durch die Sitte geboten. Auch geht der Alimentationsanspruch, den nachmals das gemeine Recht dem unehelichen Kinde gegen den Erzeuger gewährt, auf deutschrechtliche Grundlagen zurück.

§ 55. Die Vormundschaft. In dem engeren Sinne, in welchem wir das Wort Vormundschaft gegenwärtig verwenden, tritt die Familienvormundschaft bei solchen schutzbedürftigen Personen ein, welchen es an der väterlichen bezw. ehelichen Mundschaft gebricht. Sie steht ursprünglich der Sippe in ihrer Gesamtheit zu, welche einen aus ihrer Mitte zur Verwaltung der Vormundschaft bestellt. Da man hierzu, wie es in der Natur der Sache lag, regelmäßig den nächsten Schwertmagen des Mündels, d. h. den nächsten männlichen Verwandten männlicher Linie, wählte, bildete sich der Rechtssatz, daß dieser der geborene Vormund sei. Im Verhältnis zu den geborenen Vormündern äußert sich das Recht der Sippe als Obervormundschaft. Sie hat das Recht der Aufsicht, das Recht des Konsenses, namentlich bei der Verheiratung des Mündels und vielfach auch bei Veräußerungen von Mündelgut, und das Recht, den Vormund wegen schlechter Verwaltung abzusetzen. In Bedürfnisfällen macht sie hier und da auch die Befugnis geltend, einen Vormund zu bestellen. So kennt z. B. der holländische Sachsenspiegel außer dem geborenen Vormund einen Vormund, welchen die vier Vierteile der Sippe küren, d. h. die Verwandten des Mündels, welche den vier von dessen Urgroßeltern ausgehenden Stämmen der Magschaft angehören. Mit der Obervormundschaft der Sippe tritt, zuerst in den Städten, die Obervormundschaft der Obrigkeit in Konkurrenz, für die sich schon in der fränkischen Zeit theoretische Ansätze ausgebildet hatten. Das endgültige Ergebnis dieser Entwicklung, welche zum Teil über die Zeitgrenze dieser Periode hinausfällt, war ein verschiedenes. Entweder hat die Staatsgewalt die Obervormundschaft vollständig an sich gezogen, was ihr namentlich dort gelang, wo die Obervormundschaft der Sippe dem geborenen Vormunde gegenüber nur noch wenig zu bedeuten hatte. Oder der Staat hat die Sippe mediatisiert, was besonders früh in den flandrischen und niederländischen Städten geschah, indem er sie zu einem Organ der Vormundschaftsverwaltung, nämlich zum Familienrate herabdrückte.

Die Familienvormundschaft ist Altersvormundschaft oder Geschlechtsvormundschaft oder Vormundschaft über Toren und Sinnlose. Der Altersvormundschaft bedürfen die Unjährigen, das heißt jene, welche die Jahre der Mündigkeit noch nicht erreicht haben. Die Jährigkeitstermine waren in den einzelnen Stammesrechten verschieden bestimmt. Anfänglich verhältnismäßig früh angesetzt, erfuhren sie später eine Verschiebung, indem die Dauer der Unjährigkeit — mitunter zunächst in den höheren Berufsklassen — ausgedehnt wurde. Die ältesten Termine waren das zehnte (ursprünglich bei den Angelsachsen) und das zwölfte Jahr (bei Salfranken, Friesen und Sachsen). Durch Erhöhung um die Hälfte sind daraus die Termine von fünfzehn (Ribuarier) und achtzehn Jahren (Langobarden seit Liutprand) hervorgegangen. Der Unjährige war nicht schlechtweg geschäftsunfähig. Doch konnte er das von ihm abgeschlossene Rechtsgeschäft nach erreichter Jährigkeit widerrufen. Zu einer vollkommenen gerichtlichen Vertretung der Unjährigen sind die meisten Volksrechte noch nicht gelangt. Prozesse um Erbgut des Unjährigen blieben nach fränkischem Rechte bis zum Eintritt der Jährigkeit suspendiert.

Der Sachsenspiegel kennt als den Termin, mit dem man mündig wird, „zu seinen Jahren kommt", noch das zwölfte Jahr. Personen, die bereits zu ihren Jahren gekommen sind, aber noch nicht das 21. Jahr vollendet haben, „noch nicht zu ihren Tagen gekommen sind", und solche, die über ihre Tage hinaus sind (60. Jahr), haben nach Sachsenrecht die Befugnis, sich einen Vertreter zu wählen, dessen Stellung gleichfalls unter den Gesichtspunkt der Vormundschaft gebracht wird. Die Stellung des geborenen Vormundes

gestaltete sich verschieden in den einzelnen Rechten, wobei ins Gewicht fällt, ob die Hausgemeinschaft zwischen Vormund und Mündel als Regel gedacht war oder nicht. Im allgemeinen führte der Vormund die Verwaltung des Mündelgutes, für die er Sicherheit bestellen mußte und über die er nach manchen Rechten Rechenschaft abzulegen hatte, während ihm nach anderen am Mündelgute, das „nicht wachsen noch schwinden" konnte, eine tutela usufructuaria gebührte. Außerdem stand dem Vormunde die gerichtliche Vertretung und die Vertretung oder Mitwirkung bei Rechtsgeschäften zu.

Unter Geschlechtsvormundschaft standen die Weiber ihr Leben lang. Vormund war ihr nächster Schwertmage, über die Ehefrau der Ehemann, über die Witwe der nächste Schwertmage des verstorbenen Mannes, wenn aber der Mann ihr nicht ebenbürtig gewesen war, der nächste Schwertmage ihrer eigenen Sippe.

V. Das Erbrecht.

§ 56. Der Erbgang. Das germanische Erbrecht war ein Familienrecht. Die Erben waren geborene, nicht gekorene, soweit nicht nach einzelnen Rechten die Blutsverwandtschaft durch Adoption ersetzt werden konnte. Unbekannt oder unstatthaft waren letztwillige Verfügungen.

Die Anfänge des Erbrechts weisen auf eine Vermögensgemeinschaft zurück, die bei Lebzeiten des Erblassers zwischen ihm und den in seinem Haushalte vereinigten Erben bestand. Den Sohn, der sich selbständig machte, fand ursprünglich die Abschichtung, die Tochter, die der Ehemann heimführte, fand die Ausstattung für den Anteil am Hausvermögen ab. Wenn die Gemeinschaft sich durch den Tod des Erblassers auflöste, so erhielt der Tote selbst seinen Anteil daran. Ihm gebührte nämlich der sogen. Totenteil, eine Quote des beweglichen Nachlasses, nicht selten ein Drittel, oder ein Inbegriff bestimmter Gegenstände, z. B. Pferd oder Rind, Gewand und Waffen. Der Totenteil wurde zur Bestattung und zur Trauerfeier verwendet; indem er mit verbrannt oder begraben wurde, gab man ihn dem Verstorbenen ins Jenseits mit. Reichte der Nachlaß des Verstorbenen nicht aus, um ihn gehörig auszustatten, so wurde wohl auch fremde Habe widerrechtlich dazu verwendet. Der Pactus Alamannorum setzt besondere Bußen für den Fall, daß man seinem Toten fremdes Gut ins Grab legt. Als nach der Christianisierung der Germanen die Kirche die Sorge für das Heil der Verstorbenen im Jenseits übernommen hatte, gestaltete sich der Totenteil zum Seelgerät, Seelteil oder Seelschatz. Der Tote empfing nunmehr seinen Anteil an der Erbschaft dadurch, daß er zum Heil seiner Seele der Kirche oder den Armen zugewendet wurde.

Antretung der Erbschaft war nicht erforderlich. „Der Tote erbt den Lebendigen." Der Erbe wurde nach dem Tode des Erblassers an sich als Besitzer des Nachlasses angesehen. „Le mort saisit le vif."

Die Auseinandersetzung durfte unter den Erben erst stattfinden, nachdem der dreißigste Tag nach dem Tode des Erblassers abgelaufen war. Die Zeit bis zum Dreißigsten, die mit einer religiösen Feier abschloß, war Trauerzeit; diese sollte nicht durch Umkehrung des Hauswesens gestört werden. So lange blieb die Witwe und blieb das Gesinde im Sterbehause. So lange war der Erbe gegen Ansprüche der Nachlaßgläubiger geschützt.

Für die Erbteilung galt der Grundsatz: Der ältere teilt, der Jüngere wählt. Nicht selten blieben die mehreren Erben nach dem Tode des Erblassers als sogen. Ganerben in ungeteilter Erbschaft sitzen.

Der Gedanke der Hausgemeinschaft wirkte nach der Ausbildung eines von ihr unabhängigen Erbrechtes insofern nach, als innerhalb des Kreises der Blutsverwandten ein engerer Erbenkreis unterschieden wurde, der in den verschiedenen Rechten verschiedenartig abgegrenzt war, aber regelmäßig die Kinder, die Eltern und die Geschwister des Erblassers umfaßte. Zunächst waren die Nachkommen zum Erbe berufen, unter diesen zuerst die Kinder. Enkel hatten anfänglich, wenn Kinder des Erblassers vorhanden waren, neben diesen kein Erbrecht. Fehlte es an Nachkommen, so erbten die Eltern, in deren Ermangelung

die Geschwister. Den weiteren Erbenkreis bildete die Magschaft im engeren Sinne. Erst von da ab fühlte man das Bedürfnis, die Sippe zu zählen und zu beweisen.

Die Gliederung der Sippe beruhte auf der Gruppierung der Blutsverwandten nach sogen. Parentelen, Linien, Gliedern oder Knien. Die gesamte Verwandtschaft schichtete sich nach näheren oder entfernteren Nachkommenschaften oder Parentelen. Eine Parentel bildeten jene Personen, die durch den nächsten Stammvater verbunden waren. Die nähere Parentel erbte vor der entfernteren. Innerhalb der Parentel entschied die Entfernung vom gemeinsamen Stammvater. Die Ursprünglichkeit der Parentelenordnung ist bestritten. Jedenfalls reicht sie in hohes Altertum hinauf. Für den agnatischen Sippeverband der Urzeit war die Gliederung nach Nachkommenschaften von selbst gegeben. Als die Kognaten an den Rechten und Pflichten der Sippe teilhatten, gelangte man zur Einteilung der Magschaft in Hälften (Vater- und Muttermagen), hier und da auch in Viertel oder Kluften (Großelternstämme) und Achtel oder Fachten (Urgroßelternstämme). Mitunter rechnete man nicht nach den Stammeshäuptern, sondern nach Stammgeschwisterpaaren. Zählte man die Magschaft i. e. S. auf der mit der Ausgangsperson gleichen Querlinie, so kam man zur Zählung nach Vetterschaften, die sich namentlich in Ansehung der Teilnahme an Fehde und Wergeld empfahl, weil sie als Vertreter der Parentelen die mit der Ausgangsperson gleichaltrige Generation ins Auge faßte. In manchen Rechten erfuhr die Parentelenordnung Modifikationen und Trübungen. Die Vorfahren wurden vom Erbe ausgeschlossen oder hinter Seitenverwandten zurückgesetzt. Anderwärts ließ man alle Vorfahren vor den Seitenverwandten erben, so daß die Verwandtschaft in drei Linien (Nachkommen, Vorfahren und Seitenverwandte) zerfiel. In Rechten, die den Gedanken des hausgemeinschaftlichen Erbrechts festhielten und die normalen Abschichtungsverhältnisse zu Grunde legten, wurden die Brüder vor Enkeln und entfernteren Deszendenten bevorzugt und erfolgte wohl auch innerhalb der entfernteren Verwandtschaft ein grundsätzlicher Bruch mit der Parentelenordnung.

Die männlichen Verwandten waren vor den weiblichen, die Speerseite vor der Spindelseite bevorzugt. Einst scheinen die Weiber völlig vom Erbe ausgeschlossen gewesen zu sein. Doch hatten sie Anspruch auf Unterhalt im Hause und auf Aussteuer im Fall der Verheiratung. Jener Grundsatz erlitt schon früh eine verschiedenartige Einschränkung. Die Weiber erhielten ein Erbrecht zunächst im engeren Erbenkreise, sofern sie nicht durch Ausstattung ihren Anteil am Hausvermögen vorweg empfangen hatten. In den meisten Rechten, so im langobardisch-sächsischen, im bayrischen und schwäbischen Rechte, schloß der Sohn die Tochter völlig vom Erbe wenigstens des Vaters aus. Nach friesischen Rechten nahm sie einen geringeren Anteil, sie faßte nur „mit halber Hand" an das Erbe. Anderwärts teilte sie die nachgelassene Fahrnis mit dem Sohne, blieb aber hinsichtlich des Grundbesitzes zurückgesetzt, so namentlich im fränkischen Rechte, wo der Grundbesitz oder doch der ererbte Grundbesitz schlechtweg dem Mannsstamme vorbehalten war. Manche Rechte, welche die Töchter hinter den Söhnen zurücksetzten, gaben zum Ersatz dafür den Schwestern, mitunter auch den Vaterschwestern ein Erbvorrecht vor anderen männlichen Verwandten des Erblassers. Im übrigen waren die weiblichen Verwandten entweder auf eine Quote des Nachlasses oder geringere Anteile beschränkt, oder sie darbten des Erbrechtes mindestens neben dem Mannsstamme, oder sie wurden, wie im sächsischen Rechte, durch den gleichstehenden Mann des engeren Erbenkreises ausgeschlossen, oder sie teilten mit ihm zu gleichem Rechte, wie dies vielfach im weiteren Erbenkreise der Fall war.

Die fernere Entwicklung führt durch eine verwirrende Mannigfaltigkeit verschiedenartiger Zwischenbildungen hindurch zur Erweiterung des Weibererbrechts und zur erbrechtlichen Gleichstellung der beiden Geschlechter, die zuerst namentlich in den Städten Platz griff. Dagegen hat sich hinsichtlich des Grundbesitzes im Lehnrechte, im Rechte des Adels und im Bauernrechte die Zurücksetzung der Weiber erhalten.

Gewisse Gegenstände des Nachlasses waren einer Sondererbfolge unterworfen. Das Heergewäte oder Heergeräte, bestehend aus den Gegenständen, die der Mann zur Kriegsfahrt brauchte, fiel bei dem Tode eines Mannes, seit und soweit es aufgehört hatte, Totenteil zu sein, an den nächsten Schwertmagen. Bei dem Tode einer Frau gelangte nach

manchen Rechten, so insbesondere nach sächsischem Rechte, die Gerade, in ihrem Inhalte der Witwengerade entsprechend, an die nächste Niftel. Schutzhörige und Halbfreie mußten einen Teil des Nachlasses, das beste Stück Vieh oder das beste Gewand, dem Herrn hinterlassen, was ursprünglich als eine von dem Toten an den Herrn (aus dem Totenteil) zu zahlende Abgabe aufgefaßt wurde. Eine besondere Stellung hatte im Erbrechte der Sachsen das Handgemal, der Stammsitz eines freien Geschlechts mit zugehörigem Lande, der sich ungeteilt auf den Ältesten von der Schwertseite vererbte. Geschenktes Gut fiel einst gemäß den Grundsätzen der germanischen Schenkung nach kinderlosem Tode des Beschenkten an den Schenker zurück. Dieses Wiederanfallsrecht hat sich nur bei bestimmten Zweckschenkungen, insbesondere bei Gaben der Eltern an ihre Kinder, erhalten. In fränkischen Tochterrechten hat sich daraus ein singuläres Erbrecht (droit de retour) der Eltern an der Elterngabe entwickelt.

§ 57. Das Wartrecht und die Vergabung von Todes wegen. Das Erbrecht äußerte sich schon bei Lebzeiten des Erblassers in dem Wartrechte der nächsten oder gewisser nächster Erben. Wir unterscheiden ein älteres oder jüngeres Wartrecht. Das ältere ist Konsequenz oder Nachwirkung der an dem gesamten Hausvermögen zwischen Vater und Kindern bestehenden Rechtsgemeinschaft. Auf der Stufe des älteren Wartrechtes stehen die sogen. Freiteilsrechte, d. h. die Rechte, nach denen der Erblasser nur über einen Teil seines beweglichen und unbeweglichen Vermögens zum Nachteil der wartberechtigten Erben verfügen konnte. Wartberechtigt waren im allgemeinen nur die Söhne, mitunter auch die Erbtöchter (Töchter, neben welchen Söhne nicht vorhanden waren). Der Freiteil, über den der Erblasser — anfänglich nur nach erfolgter Abteilung der Söhne, später auch ohne solche Abteilung — verfügen durfte, betrug entweder einen Kopfteil (bei den Langobarden und Bayern) oder eine feste Quote, die Hälfte oder ein Drittel (nach salfränkischen und friesischen Rechten), ein Fünftel oder Zehntel des ganzen Vermögens. Die jüngere Form des Wartrechtes erstreckt sich nur auf den Grundbesitz und macht dessen Veräußerung von der Zustimmung der nächsten Erben abhängig, ohne Rücksicht darauf, ob sie dadurch materiell geschädigt werden. Die ohne Erbenkonsens erfolgte Veräußerung darf der nächste Erbe binnen Jahr und Tag anfechten und das veräußerte Gut an sich ziehen (formelles Beispruchsrecht). Dagegen mag der Erblasser gesunden Leibes über die Fahrhabe frei unter Lebenden verfügen. Nur die im Siechtum erfolgte Veräußerung der Fahrhabe ist unwirksam. Die Verfügungsfähigkeit des Erblassers wurde deshalb von gewissen rechtlich hergebrachten Kraftproben des Veräußerers abhängig gemacht, eine Beschränkung, gegen welche die Kirche lebhaft ankämpfte, wie denn auch die davon handelnde Stelle des Sachsenspiegels unter die vom Papste 1374 reprobierten Artikel dieses Rechtsbuches zählt.

Das formelle Beispruchsrecht findet sich in voller Deutlichkeit zuerst bei den Sachsen. In der Zeit der Rechtsbücher hat es weitere Verbreitung, indem auch Freiteilsrechte dazu übergegangen waren, während in anderen der Freiteil nur noch für Vergabungen von Todes wegen oder für Seelgaben praktische Bedeutung behielt.

In Fällen echter Not war der Erblasser an das Wartrecht der nächsten Erben nicht gebunden, wenn er das Gut, das er veräußern wollte, ihnen vergeblich zum Vorkauf angeboten hatte. Vielfach ist das Beispruchsrecht zu einem Vorkaufsrechte abgeschwächt worden oder zu einem Einstands- oder Retraktrechte, kraft dessen der nächste Erbe das ohne seinen Konsens verkaufte Gut binnen Jahr und Tag gegen Eintritt in die Verkaufsbedingungen an sich ziehen konnte. Ein solches Retraktrecht hat sich zu gunsten des nächsten Erben und bei anderen Rechtsverhältnissen auch selbständig entwickelt. Soweit das Beispruchsrecht sich erhielt, ist es regelmäßig auf das ererbte Gut des Erblassers beschränkt, dagegen für das Gewinngut beseitigt worden.

Gestattet war von alters her, daß der Erblasser bei Lebzeiten sein Gut an den nächsten Erben abtrat gegen lebenslänglichen Unterhalt und angemessenes Begräbnis, oder indem er sich eine Quote seines Besitztums für Lebenszeit vorbehielt. Das Geschäft findet sich schon in einer fränkischen Formelsammlung des siebenten Jahrhunderts und ist seit dem dreizehnten Jahrhundert in fränkischen und friesischen Gegenden unter der Bezeich-

nung „evelganc“ nachzuweisen. Als Gutsabtretung gegen Altenteil kommt es noch jetzt in einem großen Teile Deutschlands in Anwendung.

Wo die dargestellten Rechtssätze über Bevorzugung des Mannsstammes, über das Handgemal und über das Wartrecht, welche die Erhaltung des Grundbesitzes im Mannsstamme beförderten, entweder nicht in Geltung waren oder nicht mehr galten oder nicht als ausreichend erschienen, konnte man besondere Verfügungen treffen, vermöge deren gewisse Güter auf die Dauer im Mannsstamme erhalten blieben. Bei den Angelsachsen finden sich schon vom achten Jahrhundert ab Zuwendungen von Grundstücken mit der Bestimmung, daß sie unveräußerlich im Mannsstamme des Bedachten verbleiben sollen. In Deutschland tauchten Rechtsgeschäfte ähnlicher Tendenz erst später auf. Man benutzte hier die Vergabung zu gesamter Hand mit Ausschließung der kognatischen Erbfolge. Das unter den Gesamthändern begründete Verhältnis, bei welchem Teilung und Veräußerung in der Regel ausgeschlossen sind, wird vielfach als Ganerbschaft bezeichnet. Die dahin abzielenden Rechtsgeschäfte heißen Burgfrieden, Stammvereine, Erbeinigungen und bilden die Vorläufer der späteren Fideikommißstiftungen. Seit dem vierzehnten Jahrhundert finden sich dabei auch Anordnungen einer bestimmten Individualsuccession.

Vergabungen von Todes wegen waren ursprünglich unzulässig, weil der Erblasser dadurch die vergabte Sache nach der Auffassung der Zeit nicht sich, sondern seinen Erben entzog. Doch kannte das ältere Recht die Möglichkeit, daß ein kinderloser Erblasser einem sein Vermögen auf den Todesfall zuwendete, indem er ihn durch Adoption zum Erben machte. Dieses Geschäft hieß bei den Langobarden thinx, gairethinx, bei den Franken adfatimus. Ganz allgemein waren seit dem siebenten und achten Jahrhundert, namentlich zu gunsten von Kirchen, donationes post obitum zulässig und üblich, durch traditio cartae vollzogene Rechtsgeschäfte, kraft deren das Eigentum an dem vergabten Gegenstande nach dem Tode des Schenkers dem Bedachten zustehen sollte, während dem Schenker selbst die lebenslängliche unveräußerliche proprietas verblieb. Im jüngeren Mittelalter entwickelten sich dann zuerst in Süddeutschland im Anschluß an die Vergabung von Todes wegen die Erbverträge, rechtsförmliche Verträge, die dem Erblasser die Verfügung über sein Gut unter Lebenden vorbehielten, aber dem Bedachten ein unentziehbares Erbrecht daran einräumten.

Letztwillige Verfügungen stellte die Kirche unter ihren Schutz. Sie verlangte die Gerichtsbarkeit in Testamentssachen und begehrte die Erfüllung des letzten Willens als eine sittliche Pflicht. Im weltlichen Rechte wurden letztwillige Verfügungen, Geschäfte oder Gemächte genannt, zunächst für den Seelenteil, dann darüber hinaus als rechtsverbindlich anerkannt. Doch enthielten sie nicht Erbeinsetzungen im römischen Sinne, sondern nur einzelne Vermächtnisse. Um deren Ausführung vom guten Willen des Erben unabhängig zu machen, bediente man sich gewisser Mittelspersonen, Treuhänder, erogatores, Exekutoren, denen die Nachlaßregulierung übertragen wurde, eine Einrichtung, aus der das Institut der Testamentsvollstrecker hervorging. Testamente im römischen Sinne kamen in Deutschland erst mit der Aufnahme der fremden Rechte in Übung.

Zweiter Teil.

Die Rechtsentwicklung seit der Aufnahme der fremden Rechte.

1. Allgemeine Rechtsgeschichte.

§ 58. Niedergang und Untergang des Reiches. Das heilige römische Reich deutscher Nation ging seit dem Ausgang des Mittelalters seiner allmählichen Auflösung entgegen. Seine Verfassung vermochte die abgestorbenen und zur Unwahrheit gewordenen Formen des Lehnwesens nicht zu überwinden. Projekte und Versuche einer Verfassungsreform, die im fünfzehnten Jahrhundert auftauchten, blieben im wesentlichen erfolglos. Zwischen der Reichsgewalt und den Territorialgewalten stellte sich ein Parallelogramm der Kräfte her, so daß sie sich gegenseitig das Gleichgewicht hielten und keine der anderen Herr werden konnte. Der Schwerpunkt der politischen Entwicklung lag in den Territorien, von welchen Österreich in Verbindung mit außerdeutschen Ländern seinem Fürstengeschlechte, dem Hause der Habsburger, den ununterbrochenen Besitz der deutschen Königskrone und des nun fast inhaltlosen Kaisertitels sicherte. Die spanisch-habsburgische Politik, welche die Interessen des Reiches hintansetzte, hatte zur Folge, daß die Schweiz, die Niederlande, Burgund und Italien dem Reiche auf die Dauer entfremdet wurden. Als der größere Teil Deutschlands sich der Reformation zugewendet hatte, führte die Gegenreformation zu inneren Kriegen und zur Einmischung ausländischer Mächte. Der Westfälische Friede, durch den der Bürgerkrieg beendet wurde, ließ die religiösen und die politischen Gegensätze bestehen, die ihn hervorgerufen hatten.

Da an der arg gefährdeten Westgrenze Deutschlands eine kräftige, zur Schutzmacht geeignete Territorialgewalt nicht vorhanden war, erlitt das Reich gerade nach dieser Seite hin empfindliche Gebietsverluste.

Die französische Revolution und deren Folgen gaben den Anlaß zum endlichen Zusammensturze des Reiches, das seine Lebensfähigkeit schon längst eingebüßt hatte. Im Frieden von Luneville wurde 1801 das ganze linke Rheinufer an Frankreich abgetreten. Am 1. August 1806 notifizierte Napoleon dem Reichstage die Stiftung des Rheinbundes, den sechzehn deutsche Fürsten unter seinem Protektorate am 12. Juli 1806 geschlossen hatten. Am 6. August 1806 legte Franz II. die deutsche Kaiserkrone nieder, nachdem er schon 1804 den Titel eines Kaisers von Österreich angenommen hatte, eine Handlung, welche, wie die Geschichte der Folgezeit lehrt, für die Dynastie der Habsburg-Lothringer den unwiderruflichen Verzicht auf die staatsrechtliche Führung des deutschen Volkes bedeutete.

In der Zeit von der Auflösung des heiligen römischen Reiches deutscher Nation bis zur Gründung des neuen Deutschen Reiches machte Deutschland eine Reihe von staatsrechtlichen Übergangsphasen durch. Zunächst bestand der Rheinbund als ein Versuch, Deutschland mit Ausschluß der beiden Großmächte zu konstituieren. Er kam über das Satellitenverhältnis zu Frankreich nicht hinaus, das ihn geschaffen hatte, und wurde durch

die Befreiungskriege gesprengt. Die Bundesakte vom 8. Juni 1815 vereinigte die deutschen Staaten mit Einschluß der beiden Großmächte zu einem unvollkommenen Staatenbunde, der die in den Befreiungskriegen angeregten Erwartungen keineswegs erfüllte, nach seiner Grundverfassung einer Weiterentwickelung unfähig war und unter der Leitung Österreichs nur eine neue Form verschleierter Fremdherrschaft darstellte. Die nationale Einheit wurde erst möglich, nachdem deren Gegner Österreich und Frankreich in den Kriegen von 1866 und 1870 besiegt worden waren. Im Prager Frieden vom 23. August 1866 stimmte Österreich der Auflösung des Deutschen Bundes zu. Damit hatte sich der langsame Auflösungsprozeß vollzogen, den einst die Entwickelung der Territorialgewalten begonnen hatte. Diese ist aber bei jenem negativen Ergebnisse nicht stehen geblieben. Die norddeutsche Bundesverfassung vom 17. April 1867 vereinigte unter Preußens Führung zunächst die norddeutschen Staaten zum Bundesstaate. Der Krieg, den Frankreich 1870 heraufbeschwor, endigte mit der Wiedererwerbung der alten Reichslande Elsaß und Deutsch-Lothringen. Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 16. April 1871 brachte die Zeit der staatsrechtlichen Übergangsformen zum Abschluß.

§ 59. Die Besitzverhältnisse. Die Entwickelung der ländlichen Grundbesitzverhältnisse nahm im östlichen und im westlichen Deutschland einen verschiedenartigen Verlauf. Dabei bildeten Elbe und Böhmerwald die Scheidungslinie, im großen und ganzen zugleich die Grenze zwischen den deutschen Stammlanden und dem deutschen Kolonisationsgebiet. Seit dem Ausgang des Mittelalters wurde in einem großen Teile Deutschlands die rechtliche Sicherheit der bäuerlichen Besitzstände gelockert. Während vorher die Vererblichkeit der geliehenen Bauerstellen sich vielfach durchgesetzt hatte oder doch deren tatsächliche Vererbung auf dem besten Wege war, zur Erblichkeit von Rechts wegen fortzuschreiten, machte sich seit dem fünfzehnten Jahrhundert eine rückläufige Bewegung geltend, indem die Grundherren die Erblichkeit der Bauerstellen zu beseitigen oder doch die Ausbildung der Erblichkeit zu hemmen trachteten. Vorschub leistete diesem Streben die romanistische Jurisprudenz, die, auch wenn sie nicht geradezu bauernfeindlich war, doch kein Verständnis besaß für die Mannigfaltigkeit der bäuerlichen Besitzformen des deutschen Rechtes. Da zu deren Beurteilung das römische Recht nur die Begriffe der Erbpacht und der Zeitpacht an die Hand gab, wirkte seine Anwendung nivellierend; sie zwängte zahlreiche Zwischenformen unter die Schablone der Zeitpacht.

Als seit der Ausbildung des Söldnerwesens das Rittertum aufgehört hatte, ein Lebensberuf zu sein, als seit der Rezeption der fremden Rechte der Adel in den Staatsämtern dem rechtsgelehrten Beamtentum weichen mußte, wurde der Ritter zum Landwirt, indem er sich, namentlich im Osten, mehr und mehr auf die Eigenbewirtschaftung seiner Güter verlegte. Soweit es nötig, verließ er den Hof des Fürsten, Stadt oder Burg und legte sich einen zu landwirtschaftlichem Betrieb geeigneten Rittersitz an. Um die Eigenwirtschaft auszudehnen oder zu begründen, begannen die Grundherren des Ostens die „Bauern zu legen", d. h. Bauernland einzuziehen, um es in unmittelbare Nutzung zu nehmen. Oder sie widerstrebten wenigstens der Erbleihe, um durch die Bedingungen der Wiederverleihung die Dienste der Bauern zu steigern und dadurch für die in Ritteräcker verwandelten Bauerhufen und für die intensiver gewordene Landwirtschaft die erforderlichen Arbeitskräfte zu gewinnen. Dabei kam ihnen sehr zu statten, daß die Landesherren gerichtsherrliche und andere landesherrliche Rechte über die Bauern, sowie die Einziehung der Steuern den Grundherren überlassen hatten, und daß diese in den Landtagen, auf denen die Bauern nicht vertreten waren, die Klinke der Gesetzgebung in der Hand hielten. Nach dem Dreißigjährigen Kriege vollzog sich die Wiederbesiedelung des verödeten Landes häufig in der Weise, daß der Grundherr, ehe er die wüsten Bauerstellen besetzte, den verfallenen Hof wiederherstellte, so daß auch Hofgebäude und Hofwehr (das Gutsinventar) Eigentum des Grundherrn waren und somit dessen Belieben die Bedingungen der Leihe diktierte. So kam es im östlichen Deutschland zur Ausbildung der Gutsherrschaften.

Dem Westen blieb eine derartige Entwicklung erspart. Die Macht der Landstände

war hier der landesherrlichen Gewalt früher erlegen als im Osten. Diese vermochte sich daher frühzeitig der Bauern gegen die Grundherren anzunehmen. So hat sie z. B. in Niedersachsen schon im sechzehnten Jahrhundert die Steigerung der Meierzinse verhindert und die Erblichkeit des Meierrechtes begründet. Soweit Einziehungen von Bauernland stattfanden, führten sie nicht zur Ausbildung von Gutsherrschaften, weil der grundherrliche Besitz überwiegend vermeierter Streubesitz und daher das Salland zu klein war, um den Kern eines eigenwirtschaftlichen Großbetriebs abzugeben. Der Ritter blieb hier in der Hauptsache der Rentner, der er vorher durch den Bezug von Zinsen und Abgaben gewesen war.

Im Osten drohte die Gutsherrschaft mittelst systematischer Bauernlegung das Bauernland völlig aufzuzehren. Aber nur hie und da ist dieses Ergebnis nahezu erreicht worden. In den größeren Territorien nahm sich die Staatsgewalt, als sie den Ständen gegenüber erstarkte, des Bauernlandes an, um einen gesunden Bauernstand zu konservieren und um die Umwandlung steuerpflichtigen Bauernlandes in steuerfreies Herrenland hintanzuhalten. Sie machte den Grundherren gegenüber einen öffentlich-rechtlichen Leihezwang geltend, indem sie ihnen die Wiederbesetzung erledigter Bauerstellen vorschrieb und die Umwandlung von Bauernland in Hofland verbot. In Brandenburg reichen die Anfänge des Leihezwanges bis in das Ende des sechzehnten Jahrhunderts zurück. Auf ganz Preußen dehnten ihn Friedrich Wilhelm I. (14. März 1739) und Friedrich der Große (12. August 1749) aus. Das preußische Landrecht hat ihn (II, 7, § 14) aufs neue sanktioniert.

Die agrarische Gesetzgebung des neunzehnten Jahrhunderts beseitigte die bäuerlichen Leiheverhältnisse, indem sie die geliehenen Bauergüter in dienstfreies Eigentum der Bauern verwandelte. In Preußen hob das Edikt vom 9. Oktober 1807 die ständische Gebundenheit des Grundstücksverkehrs auf. Künftighin sollte der Adlige auch unadlige Güter, der Bürger und Bauer nicht bloß bürgerliche und bäuerliche, sondern auch adlige Güter erwerben dürfen. Durch ein Edikt vom 14. September 1811 und durch die Deklaration vom 29. Mai 1816 führte die Hardenbergsche Gesetzgebung die Regulierung (die Umwandlung des Leiherechts in Eigentum des Beliehenen) bei den sogen. lassitischen Gütern durch. Die Besitzer erblicher Laßgüter erlangten gegen Abtretung von einem Drittel, die Besitzer nicht erblicher Laßgüter und die gutsherrlichen Zeitpachtbauern gegen Abtretung der Hälfte des Bauernlandes das dienstfreie Eigentum ihrer Stellen. Die Deklaration vom 29. Mai 1816 schränkte die Regulierbarkeit durch wesentliche Ausnahmen ein, so daß insbesondere die kleineren, die nicht spannfähigen Stellen davon ausgeschlossen wurden. Trotzdem gab man den öffentlich-rechtlichen Leihezwang auch für das nicht regulierbare Bauernland auf, was zur Folge hatte, daß von 1816—1848 ein guter Teil davon durch die Grundherren eingezogen oder in ein reines Pachtverhältnis hinübergeleitet wurde. Erst das Gesetz, betreffend die Ablösung der Reallasten, vom 2. März 1850 dehnte die Regulierung auf die 1816 ausgeschlossenen und noch vorhandenen Stellen aus und verwandelte außerdem die Erbzins- und Erbpachtgüter in Eigentum des Erbzinsmannes und des Erbpächters. Die Regulierung geschah nunmehr ohne Landabtretung. Von den bäuerlichen Lasten wurden einzelne, so die Jagdfrohnden und der Sterbefall, ohne Entschädigung aufgehoben, die meisten aber einem Ablösungsverfahren unterworfen, für dessen Vermittlung besondere Provinzialrentenbanken errichtet wurden. In den deutschen Landschaften, die vorübergehend zu Frankreich gehörten, erfolgte die Bauernbefreiung gemäß der Gesetzgebung der französischen Revolutionszeit. In den meisten übrigen Staaten geschah sie zwar ohne Landabtretung, aber so, daß zur Entschädigung der Grundherren die Hilfe des Staats oder der Provinzen in Anspruch genommen wurde. Mit der Ablösung der Grundlasten ist der wirtschaftliche Prozeß, der durch die Ausbildung der Leiheverhältnisse in fränkischer Zeit als Reaktion gegen die Anhäufung des Grundbesitzes in den Händen weniger begonnen hatte, im Gebiete der bäuerlichen Besitzstände zu seinem geschichtlichen Abschlusse gelangt.

Die neuere agrarische Gesetzgebung hat ferner die Aufhebung der Almenden, der Forst- und Weideservituten und die Verkoppelung (die Zusammenlegung im Gemenge liegender Grundstücke) in die Wege geleitet, die meisten Retraktrechte beseitigt, die un-

beschränkte Teilbarkeit des Grundbesitzes ausgesprochen, ihn dem gemeinen Erbrecht unterworfen und die Vertragsfreiheit auf dem Gebiete des Immobiliarrechtes eingeengt, indem sie die Begründung erblicher Nutzungsrechte und dauernder Grundrenten unmöglich machte. Die mißlichen Folgen dieser zum Teil allzu radikalen Agrarpolitik äußerten sich in der hypothekarischen Überschuldung der Bauergüter oder in der Ausbildung von Zwergwirtschaften und in dem zunehmenden Mangel ländlicher Arbeitskräfte. Die neueste Landesgesetzgebung sah sich daher genötigt, neue Wege einzuschlagen, indem sie zum Zwecke der Erhaltung des bäuerlichen Besitzes das Anerbenrecht normierte, zum Zweck seiner Vermehrung die Bildung von Rentengütern ermöglichte.

Das Lehnwesen büßte mit der Auflösung des Reiches seine staatsrechtliche Bedeutung ein. Nachdem schon die Zeit der französischen Herrschaft in einem Teile Deutschlands den Lehnsverband beseitigt hatte, machte ihm die deutsche Allodifikationsgesetzgebung in den meisten Staaten, namentlich seit 1848, ein Ende. In Preußen hob das Gesetz vom 2. März 1850 das Obereigentum des Lehnsherrn bei allen inländischen Lehen auf, mit Ausnahme der Thronlehen. Doch ist die Lehnseigenschaft, die zu gunsten der Lehnsanwärter für das Gut zunächst bestehen blieb, erst infolge der Lehnsauflösungsgesetze verschwunden, die seit 1867 für die einzelnen Provinzen erlassen wurden.

Innerhalb der städtischen Bevölkerung machte sich um die Wende des fünfzehnten Jahrhunderts der Gegensatz einer Klasse von Großkaufleuten und eines verarmenden Kleinbürgertums bemerkbar. Zu Anfang des sechzehnten Jahrhunders erregten große Handelsgesellschaften und Ringe, die namentlich in Süddeutschland ihren Sitz hatten und den Handel monopolisierten, die Mißgunst weiter Bevölkerungskreise und der Reichsstände. Karl V. mußte in seiner Wahlkapitulation versprechen, die großen Gesellschaften der Kaufgewerbsleute mit Rücksicht auf den merklichen Schaden, den sie dem Reiche und seinen Einwohnern zufügten, abzuschaffen, ein Artikel, der in sämtlichen Wahlkapitulationen bis 1745 wiederkehrt, obwohl die Beschwerde inzwischen gegenstandslos geworden war; denn seit der zweiten Hälfte des sechzehnten Jahrhunderts war Deutschland infolge der Veränderung der Handelswege vom Welthandel nahezu ausgeschlossen.

Als die Wirren des Dreißigjährigen Krieges Handel und Wandel in Deutschland völlig lahmgelegt hatten, trat ein Rückschlag in die Naturalwirtschaft ein. Die Städte gingen in ihrem Wohlstande zurück. Das Handwerk wurde exklusiv, die Zünfte monopolisierten den Gewerbebetrieb, die Zunftverfassung erstarrte, das Wort Zunft bekam seinen modernen Beigeschmack. Die Verknöcherung der Zünfte und die zahlreichen Handwerksmißbräuche veranlaßten das Einschreiten der Reichsgesetzgebung, insbesondere den Reichsschluß von 1731, der sich gewissermaßen als eine Reichszunftordnung darstellt. Die Zünfte gelangten nun unter die Aufsicht und Bevormundung des Polizeistaates, unter der sie vollends verkümmerten. Die moderne Gewerbegesetzgebung brach mit dem Zunftzwang und begründete durch Aufhebung aller gewerberechtlichen Beschränkungen die Gewerbefreiheit.

Da aber neue Organisationen des Handwerks und des Fabrikbetriebes nicht geschaffen wurden, da die Vertragsfreiheit für den Geldverkehr bis zur Wucherfreiheit entfesselt wurde und da zeitweilig die Wissenschaft und die öffentliche Meinung, die Gesetzgebung und die Verwaltung unter die Herrschaft des politischen Dogmas gerieten, daß der Staat als solcher nicht berufen sei, sich in das freie Spiel der wirtschaftlichen Kräfte einzumengen, bahnte sich eine verhängnisvolle Verschiebung der Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung zu gunsten des beweglichen Großkapitals an, eine Entwicklung, deren Konsequenzen die schrankenlose Ausbeutung der wirtschaftlich Schwachen, die Anhäufung revolutionären Zündstoffes in den sich organisierenden Arbeitermassen, die Zerreibung der Mittelklassen, der Niedergang des Bauernstandes und eine dabei unausbleibliche Schwächung der nationalen Wehrkraft zu werden drohten. Die sozialen Gegenströmungen, die den Orgien der individualistischen Wirtschaftstheorie auf dem Fuße folgten, brachten die Wissenschaft und den Staat zur Erkenntnis, daß die Gesetzgebung auch auf dem Gebiete der wirtschaftlichen und der sozialen Fragen die Idee der ergänzenden Gemeinschaft anzuerkennen und durchzuführen habe. Die vorläufige Frucht dieser Erkenntnis sind die sozialpolitischen Reichsgesetze, angefangen vom Wucher-

gesetz bis zu den Gesetzen über die Arbeiterversicherung und den jüngsten Novellen zur Gewerbeordnung, ferner die Börsengesetzgebung und die landesgesetzlichen Versuche, das Agrarrecht zu reformieren.

§ 60. Das Ständewesen. Die Umbildung der Kulturzustände, wie sie die Neuzeit vom Mittelalter scheidet, ist nicht eine Deutschland eigentümliche, sondern eine europäische Tatsache und braucht hier nicht des näheren beleuchtet zu werden. Im Deutschen Reiche zeigte sich am Anfang des sechzehnten Jahrhunderts eine dreifache Bewegung, eine religiöse, eine politische und eine soziale. Die erste siegte in einem großen Teile von Deutschland, getragen durch die Unterstützung der Landesherren und durch den Geist des Bürgertums. Die zweite, die eine Umgestaltung der Reichsverfassung bezweckte, ging von der freien Reichsritterschaft aus und scheiterte ebenso wie die dritte, die den unterdrückten Bauernstand zum Aufruhr trieb.

Das Reich hielt bis ans Ende seiner Tage an seiner Ständegliederung fest. Es kannte Reichsfürsten, Grafen und Herren, Reichsritter, Reichsstädter und Reichsbauern. Der Reichsadel zerfiel in einen hohen und niederen, von denen jener neben der Reichsunmittelbarkeit die erbliche Reichsstandschaft voraussetzte. Nur in den hochadeligen Geschlechtern hat sich der agnatische Sippeverband erhalten und zu körperschaftlicher Verfassung durchgebildet. Nur sie haben ihr ständisches Sonderrecht, das durch Hausgesetze, Familienobservanz und durch das sogen. Privatfürstenrecht bestimmt wird, dauernd bewahrt. Seit der Auflösung des Reiches zählen zum hohen Adel die souveränen und die mediatisierten (standesherrlichen) Häuser, d. h. jene, die 1806 die erbliche Reichsstandschaft besessen hatten. Die Reichsbauern sind mit den Reichsdörfern noch kurz vor dem Untergang des Reiches verschwunden.

In den Territorien wurde die Unterscheidung eines Adels-, Bürger- und Bauernstandes, wie ihn das Mittelalter überliefert hatte, nach vorübergehender Schärfung der Gegensätze, schließlich im wesentlichen verwischt, um dem Begriffe eines allgemeinen Staatsbürgertums Platz zu machen, wie es die Städte früher in kleinerem Kreise ausgebildet hatten. Der landsässige Adel hörte mit der Einführung der stehenden Heere auf, ein Berufsstand zu sein. Durch die Adelsverleihungen wurde ein Briefadel geschaffen, dem es häufig an dem Grundbesitze gebrach, der sonst eine Voraussetzung des höheren Standes bildete. Nach dem Dreißigjährigen Krieg erscheint die oft betätigte Widerstandskraft des Adels gegen die Landesherrn allenthalben als gebrochen. Seitdem erhielt er sich nur durch Anlehnen an die Höfe, durch den Eintritt in das rechtsgelehrte Beamtentum und in die Offizierstellen der stehenden Heere als ein Faktor von politischer Bedeutung. Doch hat es der Adel des östlichen Deutschlands verstanden, durch die Ausbildung der Gutsherrschaft seine wirtschaftliche und seine soziale Stellung auf lange Zeit hinaus zu steigern.

Seit dem Ausgang des Mittelalters verschlimmerte sich die Lage des Bauernstandes, eine Veränderung, die zuerst im Westen Deutschlands sichtbar ward und dann nach Osten vorrückte. Die öffentlichrechtlichen und die privatrechtlichen Lasten der Bauern wurden willkürlich gesteigert, während die Preise der Bodenprodukte sanken. Der Begriff der Leibeigenschaft wurde auf Halbfreie ausgedehnt, der erbliche bäuerliche Besitzstand nicht selten in prekaristischen verwandelt, die Autonomie der Bauern in Sachen der gemeinen Mark beschränkt oder beseitigt, seit der Obermärker Grundherr des Markbodens geworden. Die Versuche der Bauern, sich gegen die Verschlechterung ihrer Lage selbst zu helfen, führten im Westen und Süden zu Bauernaufständen, die durch die Fürsten gewaltsam niedergeschlagen wurden. Im Osten kam es zur Entstehung der Erbuntertänigkeit und zur Ausbildung einer neuen Art von bäuerlicher Leibeigenschaft.

Für diese Periode haben wir nämlich zwei Arten der Leibeigenschaft zu unterscheiden, die ältere westdeutsche und die jüngere ostdeutsche Leibeigenschaft. Die westdeutsche Leibeigenschaft, in Westfalen Eigenbehörigkeit, im Fürstentum Hildesheim Halseigenschaft genannt, zeigt sich in milderen und härteren Formen, die auf Merkmale der alten Knechtschaft oder der Halbfreiheit zurückführen. Sie ist die persönliche Zugehörigkeit zu einem Leibherrn, die sich in der Entrichtung eines Leibzinses, des Sterbefalls, einer Heiratssteuer,

in Dienstpflicht und Gesindezwang und in dem Mangel der Freizügigkeit äußert. Hie und da fehlt eines dieser Merkmale oder treten noch andere hinzu. Verhältnismäßig hart war die Leibeigenschaft in Bayern, am härtesten in Teilen Westfalens, wie denn z. B. noch nach der Eigentumsordnung für Minden und Ravensberg von 1741 der Sterbefall (bûteil) die Hälfte des Nachlasses betrug und der Herr die Eigenbehörigen verkaufen konnte.

Die ostdeutsche Leibeigenschaft verdankt ihre Entstehung dem Bedürfnis der Grundherren, sich für ihre landwirtschaftlichen Großbetriebe in den Bauern die nötigen Arbeitskräfte zu sichern. Noch im sechzehnten Jahrhundert war der Bauer des Ostens persönlich frei. Doch verlangte man bereits, daß er, wenn er den Hof verlassen wollte, dem Herrn einen Ersatzmann stelle, und daß die Kinder, die sich als Gesinde vermieten wollten, sich zu solchem Dienst zunächst dem Herrn anboten. Diese Pflichten steigerte man dahin, daß der Bauer, um den Hof zu verlassen, stets der Einwilligung des Herrn bedürfe und die Kinder einem unbedingten Gesindezwang unterworfen seien. Die Fronden der Bauern, von Hause aus mäßig, wurden mit dem steigenden Bedürfnis des Herrn, der für sie Gerichtsherr und Obrigkeit geworden, mehr und mehr erhöht. Für Heiraten und für Erlernung eines Handwerks bedurfte es der Genehmigung des Herrn. In dieser Ausgestaltung wurde das Verhältnis nachmals als Erbuntertänigkeit bezeichnet und kennt es noch im wesentlichen das preußische Landrecht. Allein, aus der Dienstpflicht und aus den Beschränkungen der Freizügigkeit konstruierte man mit Hilfe römischer Belegstellen Ende des sechzehnten Jahrhunderts den Begriff der Leibeigenschaft. Die Nachwirkungen des Dreißigjährigen Krieges, der Einfluß des polnischen Rechtes und die Schwankungen des Sprachgebrauches ermöglichten es, in einzelnen Ländern die praktischen Konsequenzen jener Theorie zu ziehen. Der Leibeigene galt als pars fundi, d. h. des Rittergutes, zu dem er gehörte. Hof und Land, die ihm der Herr überlassen, besaß er nur auf Widerruf. Wenn der Herr sie ihm nahm, mochte er ihn als Gutstagelöhner beschäftigen. Der Leibeigene war zu ungemessenen Fronden verpflichtet. Ja, es wurde hier und da Rechtens, daß der Herr ihn beliebig veräußern konnte.

Erst der Absolutismus der Staatsgewalt griff bessernd in die Lage der Bauern ein, indem er auf dem Umwege der allgemeinen Untertanenschaft den Begriff des allgemeinen Staatsbürgertums schuf. Die Leibeigenschaft, sowohl die westdeutsche als die ostdeutsche, wurde zum Teil im achtzehnten, zum Teil im neunzehnten Jahrhundert von Staats wegen aufgehoben. In Preußen erfolgte zunächst der Rückschlag gegen die juristische Mißbildung der Leibeigenschaft. Sie wurde zuerst auf den königlichen Domänen unter Friedrich Wilhelm I., dann für die östlichen Provinzen 1773 von Friedrich dem Großen, allgemein durch das preußische Landrecht aufgehoben. Doch blieb vorläufig die Erbuntertänigkeit, und zwar in gemilderter Form, bestehen, um erst durch das Steinsche Edikt von 1807 beseitigt zu werden.

§ 61. Die Aufnahme der fremden Rechte. Spricht man von der Rezeption der fremden Rechte, so meint man damit das römische Recht, das kanonische Recht und das langobardische Lehnrecht. Die Aufnahme des römischen Rechtes, in dessen Gefolge die zwei anderen fremden Rechte rezipiert wurden, hat sich in Deutschland nicht durch einen plötzlichen Akt vollzogen, sondern ist das Ergebnis eines langedauernden Prozesses, in welchem wir das Stadium der theoretischen und jenes der praktischen Rezeption unterscheiden können. Die theoretische Rezeption liegt in dem Aufkommen der Überzeugung, daß das römische Recht in Deutschland Anspruch auf Geltung habe. Die praktische besteht in dem Eindringen des römischen Rechtes in die deutschen Gerichte. Jene reicht in das zwölfte Jahrhundert zurück und wurzelt in dem Gedanken, daß das römische Reich deutscher Nation eine Fortsetzung des alten römischen Reiches bilde, daß demnach die Gesetze der römischen Kaiser Gesetze der Vorfahren der deutschen Könige seien und als solche subsidiäre Kraft hätten. Die Beziehungen, in welche die Könige aus dem Hause der Staufer zu den Lehrern des römischen Rechts in Italien traten, boten der Verbreitung und Vertiefung dieser Idee reichliche Nahrung. Sie wurde desto lebendiger und kräftiger, je üppiger im deutschen Mittelalter der Partikularismus emporwuchs, und je mehr die

örtliche Zersplitterung des einheimischen Rechtes um sich griff, wie es denn überhaupt ein in der Geschichte des deutschen Volkes öfter wiederkehrender Zug ist, daß der schroffste Partikularismus in einem schrankenlosen Universalismus seine Ergänzung gesucht und gefunden hat. Schon die Staufer Friedrich I. und Friedrich II. hatten einzelne ihrer Gesetze dem corpus iuris civilis einfügen lassen. Lebhafte romanisierende Tätigkeit entwickelten die Könige aus dem Hause der Luxemburger, namentlich Karl IV., der u. a. die römisch-rechtlichen Bestimmungen über das crimen laesae maiestatis auf die Kurfürsten ausdehnte. Vermittelt wurde die Kenntnis des fremden Rechtes der Nation durch die Rechtsschulen Italiens, deren Weltruf auch aus Deutschland zahlreiche Schüler anzog, schon aus dem rein praktischen Grunde, weil das damals in so viele Lebensfragen eingreifende kanonische Recht sich in seiner Entwicklung vielfach an das römische Recht anlehnte. Zuerst äußerte sich der fremdrechtliche Einfluß in der deutschen Rechtsliteratur. Der Schwabenspiegel nahm bereits einige römische Rechtssätze in sich auf. In der Glosse zum Sachsenspiegel wurde der Versuch gemacht, eine Konkordanz zwischen dem Sachsenrechte einerseits, den leges und canones andererseits herzustellen. Noch größeren Einfluß hatte die Kenntnis des fremden Rechts auf die Arbeiten des Nikolaus Wurm und des Stadtschreibers Johannes von Brünn.

Die praktische Rezeption hat ihre Wurzel in der Entstehung eines rechtsgelehrten Richtertums. Die fremdrechtlich geschulten Juristen wurden in Deutschland anfänglich nur in Verwaltungssachen verwendet. Zur Rechtsprechung gelangten sie dadurch, daß die Verwaltung diese an sich zog, und zwar zuerst am Hofe des Königs, welcher Angelegenheiten, die er, zumal als Schiedsrichter, persönlich entschied, ihrem Rate anheimgab, dann aber auch sein aus einem ursprünglichen Verwaltungsorgan hervorgegangenes Kammergericht zum Teil mit Rechtsgelehrten besetzte. Als 1495 das Reichskammergericht gegründet wurde, ließ man die Beisitzer, die zur Hälfte Rechtsgelehrte sein sollten, schwören, zu richten nach des Reiches und gemeinen Rechten, eine Formel, in der auch das römische Recht inbegriffen ist. Nachdem das oberste Reichsgericht vorausgegangen war, mußten die Territorial- und Stadtgerichte in ihrer Eigenschaft als untere Instanzen notgedrungen nachfolgen. Übrigens war in den Territorien ein ähnlicher Prozeß wie am Königshofe eingetreten, indem das Kompromiß der Parteien nicht selten Rechtsstreitigkeiten den absterbenden Schöffengerichten entzog und dem Spruch der rechtsgelehrten landesherrlichen Verwaltungsbeamten zuwies. Am längsten hielt sich von fremder Beimischung das Dorfrecht frei, dessen Quellen, die Weistümer, noch geraume Zeit eine Fundgrube volkstümlicher Rechtsanschauung abgeben.

In dem Kampfe zwischen einheimischem und fremdem Rechte fand dieses kräftigste Unterstützung an den Universitäten, die in Deutschland seit der Mitte des vierzehnten Jahrhunderts entstanden waren. Die Lehrtätigkeit der Universitäten widmete sich nur dem fremden, zuerst dem kanonischen, seit dem fünfzehnten Jahrhundert auch dem römischen Rechte. Auf dem fremden Rechte fußte die Spruchpraxis der Juristenfakultäten, mit der diese zum Teil an die Stelle der alten Oberhöfe traten.

Zu gunsten des fremden Rechtes wirkte eine fast unübersehbare juristische Literatur, die, zu populärem Zweck geschrieben, die Lehren des römischen und kanonischen Rechtes den Ungelehrten zugänglich zu machen suchte. Sie war zum Teil eine alphabetisch-encyklopädische, die mit dem 14. Jahrhundert begann und in dem oft gedruckten Vocabularius iuris utriusque des Jodocus von 1452 ihren Abschluß fand. Neben ihr stehen populäre systematische Darstellungen, von welchen als die älteste die Summa legum des Raymund von Wiener-Neustadt zu nennen ist, ein Lehrbuch des Privat- und Strafrechts, vom Verfasser zum Nutzen seiner Söhne mit Berücksichtigung deutscher Rechtsinstitute auf Grundlage der italienisch-romanistischen Literatur im vierzehnten Jahrhundert, wahrscheinlich 1340—1348, verfaßt. Unter den in deutscher Sprache abgefaßten Werken der Vulgärliteratur gewannen den nachhaltigsten Einfluß auf die Praxis die um 1425 von einem Stadtschreiber zu Schwäbisch-Hall verfaßte Schrift: clag, antwort und ausgesprochene urteyl gezogen aus geystlichen und weltlichen Rechten, die 1516 von Sebastian Brant unter dem Titel Klagspiegel herausgegeben wurde, und ferner der von Ulrich

Tengler 1509 verfaßte Laienspiegel, eine encyklopädische Darstellung des Privat-, Straf- und Prozeßrechtes, die neben der fremdrechtlichen Literatur auch deutsche Rechtsquellen benutzt.

Rezipiert wurde in Deutschland 1. das römische Recht in dem unten anzugebenden Sinne. 2. Das corpus iuris canonici (clausum), d. h. es wurde dessen Inhalt, der in den geistlichen Gerichten von je bindend war, auch in den weltlichen Gerichten als Entscheidungsnorm maßgebend. 3. Das langobardische Lehnrecht, enthalten in den consuetudines oder libri feudorum, einer Kompilation von Stücken verschiedener Entstehungszeit, die teils zu Pavia, teils zu Mailand auf Grundlage der Lehnrechtsgesetze Konrads II., Lothars III. und Friedrichs I. und der Mailänder Lehnspraxis entstanden sind. Die jüngste Rezension dieser Sammlung wurde von dem Juristen Hugolinus de Presbytero als decima collatio novellarum in das corpus iuris civilis aufgenommen und mit diesem in Deutschland rezipiert.

Was das wichtigste der fremden Rechte, das römische Recht, betrifft, so unterscheiden sich die theoretische und die praktische Rezeption in Bezug auf ihren Gegenstand, ihren Umfang und ihre Wirkung. Die theoretische Rezeption hatte zum Objekt die justinianischen Rechtsbücher, Institutionen, Pandekten, Kodex und Novellen. Sie war nicht eine Rezeption einzelner Rechtssätze und Rechtsinstitute, sondern erfaßte das corpus iuris civilis in complexu, hat es aber nur als subsidiäres Recht rezipiert. Dagegen fußt die praktische Rezeption auf der Rechtswissenschaft, welche sich auf Grund des corpus iuris civilis, dessen Lehren vielfach modernisierend und umgestaltend, in Italien ausgebildet hatte. Wie die praktische Rezeption einerseits das durch die italienische Rechtswissenschaft vermittelte Recht zum Gegenstande hat, erstreckte sie sich andererseits nicht auf das römische Recht in complexu, sondern nur auf einzelne, wenn auch zahlreiche und tiefgreifende Rechtssätze und Rechtsinstitute, brachte sie aber ohne Rücksicht auf die Subsidiarität des fremden Rechtes zur absoluten Geltung. Der Gegensatz zwischen der theoretischen und praktischen Rezeption ist zum Teil ein ungelöster geblieben und überhaupt kaum recht zum Bewußtsein gelangt. Das zeigt sich u. a. darin, daß die romanistische Theorie und Praxis sich bis in die jüngste Zeit vielfach nicht hineinzudenken vermochten in den zweifellos richtigen Gedanken, daß das Ergebnis der praktischen Rezeption, auch wenn es auf einem Mißverständnisse der römischen Rechtsquellen beruhte, die Anwendung des reinen römischen Rechtes ausschloß. Übrigens sind jenem Gegensatz zwischen der theoretischen und praktischen Rezeption schon während der Rezeption die äußersten Spitzen abgebrochen worden, indem man 1. die Geltung des corpus iuris civilis, um sich abzufinden mit der Tatsache, daß es Rechtssätze enthielt, die nicht in Anwendung kamen, auf die glossierten Stellen beschränkte, welche allein die italienische Rechtswissenschaft aufgenommen hatte, indem man ferner 2. zu dem Begriffe eines usus hodiernus pandectarum seine Zuflucht nahm, um sich hinwegzuhelfen über die Tatsache, daß Rechtssätze zur Anwendung kamen, die das corpus iuris civilis nicht enthielt, und indem man endlich 3. die absolute Anwendung des fremden Rechtes dem einheimischen gegenüber damit bemäntelte, daß man jenem fälschlicherweise fundatam intentionem zuschrieb, die einheimischen Rechtssätze als facta zum Gegenstande rechtsförmlichen Beweises machte und für die Gültigkeit des Gewohnheitsrechtes die Verjährungszeit als Erfordernis aufstellte. So kam es, daß das deutsche Recht von den gelehrten und halbgelehrten Juristen, mit welchen die Gerichte besetzt waren, in ungebührlichster Weise beiseite geschoben und vernachlässigt wurde. Nur in den Ländern des sächsischen Rechts, wo man fester an dem hergebrachten Rechte hielt, stellte sich ein günstigeres Verhältnis her, indem die Kenntnis des gemeinen sächsischen Rechtes, wie es sich auf Grund des Sachsenspiegels und der über ihn entstandenen Literatur gebildet hatte, als Pflicht des Richters angesehen wurde, so daß über den Landes- und Ortsrechten zunächst das gemeine sächsische und erst hinter diesem subsidiär das gemeine römische Recht zur Anwendung gelangte.

Die Tatsache der Rezeption an sich ist nicht anzufechten. Sie bedarf keiner Verteidigung, wenn man von der Ansicht ausgeht, daß aller Kulturfortschritt der Menschheit die Aufnahme und innerliche Verarbeitung vorhergegangener Kultur zur Voraussetzung hat. Ihre Erklärung findet sie in dem damaligen Zustande deutschen Rechtes. Die

Entwicklung größeren Verkehrs forderte ein einheitliches Recht. Das Bedürfnis nach einem solchen zeigt sich in dem Auftauchen von Arbeiten wie der Deutschenspiegel, der Schwabenspiegel und das Kaiserrecht, die ein einheitliches Recht darzustellen suchten, ohne diese Aufgabe auch nur annähernd zu lösen; es zeigt sich in dem Streben nach Bildung größerer Rechtsgebiete, wie sie sich z. B. in der Gruppierung ausgedehnter Stadtrechtsfamilien vollzieht.

Da die einheimische Rechtsentwicklung nicht über ihren Partikularismus hinauskam, ist ungefähr um dieselbe Zeit, als über den verschiedenen deutschen Mundarten eine gemeinsame deutsche Schriftsprache erwuchs, das römische Recht als gemeines geschriebenes Recht Deutschlands zur Herrschaft gelangt. Übrigens war das deutsche Recht gerade damals in einer Umbildung begriffen, die auf vielen Gebieten im mos italicus Anknüpfungspunkte fand, so daß dessen Aufnahme hierin nur als Abschluß einer im einheimischen Rechte bereits angebahnten Entwicklung erscheint. Solche Annäherung mußte die Rezeption erleichtern, während die Volksrechte gerade wegen ihres größeren Gegensatzes zum römischen Rechte, trotz enger örtlicher Berührung, gegen dasselbe standgehalten hatten. In England und in Frankreich, wo die Aufnahme römischer Rechtsgedanken früher erfolgte, hat diese nach Art einer prophylaktischen Impfung gewirkt und das mit ihnen gesättigte nationale Recht gegen zerstörende Infektionen widerstandsfähig gemacht. In Deutschland ist die Rezeption erst zu einer Zeit eingetreten, als die mittelalterlichen Lebensformen bereits der Auflösung oder Versteinerung entgegenreiften, als die Zersplitterung der Gerichtsverfassung und die Schwächung der Reichsgewalt zu weit gediehen waren. Die Rezeption hat in Deutschland so intensiv gewirkt, weil sie so spät sich durchsetzte, und weil die deutschen Juristen ihrer Pflichten gegen das einheimische Recht uneingedenk und daher ihren Aufgaben nicht gewachsen waren.

Die Verfassung des deutschen Königsgerichtes hatte es ebensowenig wie die deutschen Volksgerichte und Schöffengerichte zur Ausbildung eines geschulten Juristenstandes kommen lassen. Da ein solcher erst in der einheitlichen Schule des fremden Rechtes erwuchs, war er genötigt, mit der Existenz des fremden Rechtes zugleich die eigene Existenz zu erkämpfen. Allein was stets Tadel und Vorwurf hervorrufen wird, ist die Art, wie die Rezeption von ihm durchgeführt wurde. Ein nationales Unglück war jenes engherzige Ignorieren des deutschen Rechtes, jenes geistlose und rein äußerliche Aufpfropfen römischer Rechtssätze auf einheimische Verhältnisse, die Unkenntnis des Gegensatzes zwischen diesen und dem römischen Rechte, welche taub machte gegen die Wahrheit, daß kein Volk mit der Seele eines anderen zu denken vermag. Wenn man erwägt, daß wir infolge dieser Fehler das römische Recht niemals vollständig verdaut haben, mag man die Verwirrung ermessen, die zur Zeit der Rezeption unter der Herrschaft eines unsäglich bornierten Juristenstandes im deutschen Rechtsleben einriß.

§ 62. Die Reichsgesetzgebung. Die Gesetzgebung war entweder Reichs- oder Territorialgesetzgebung. In Reichssachen übten sie Kaiser und Reichstag aus. Die Gesamtheit der auf einem Reichstage zustande gekommenen Reichsschlüsse nannte man Reichsabschied, recessus imperii, weil sie bei Entlassung des Reichstages verkündet wurden. Der jüngste Reichsabschied ist der von 1654; denn der nächste Reichstag, der 1663 in Regensburg zusammentrat, wurde permanent. Seit der Permanenz des Reichstages wurden die Reichsgesetze in der Form eines kaiserlichen Dekrets erlassen, daß den Beschluß der Reichstagskollegien ratifizierte. Das im Jahre 1521 eingesetzte Reichsregiment hegte den Plan, eine umfassende Sammlung aller bis dahin ergangenen Reichsgesetze in ein „gewiß eigentlich Kompendium und Form" zu veranstalten. Doch ist es zu einer offiziellen Sammlung und Zusammenstellung der Reichsgesetze niemals gekommen.

Für das Reichsstaatsrecht, das durch die Rezeption der fremden Rechte sachlich nicht betroffen wurde, kommen als eine eigenartige und praktisch bedeutsame Quelle seit 1519 die Wahlkapitulationen in Betracht. Die Wahlkapitulation ist ein schriftliches, artikelweise gefaßtes Gedinge zwischen König und Kurfürsten, worin der König hinsichtlich der Reichsverwaltung den Reichsständen bestimmte Versprechungen macht. Der Wortlaut der Wahl-

kapitulation wird vor der Wahl festgestellt und vom König vor der Krönung beschworen. Die Vereinbarung erfolgt mit den Kurfürsten von Fall zu Fall. Der Westfälische Frieden stellte zwar die Abfassung einer beständigen Wahlkapitulation in Aussicht. Allein erst 1711 einigten sich Kurfürsten und Fürsten über den Entwurf einer solchen. Auch dieser erlangte keine verbindliche Kraft, doch wurde er bis zur Wahl des letzten römischen Kaisers (1792) bei der Abfassung der Wahlkapitulationen tatsächlich berücksichtigt.

Zu den Quellen des Reichsstaatsrechtes zählen ferner die Religionsverträge und Friedensschlüsse, der Passauer Vertrag von 1552 und der Augsburger Religionsfriede von 1555, durch welche den Reichsunmittelbaren augsburgischer Konfession das Recht der freien Religionsübung und den weltlichen Ständen das Recht der Religionswahl gewährleistet wurde, der Westfälische Friede von 1648, durch den jüngsten Reichsabschied zu einem Fundamentalgesetz des Reiches erhoben, dessen wesentlicher Inhalt, soweit er das Staatsrecht betrifft, in der Erledigung der gravamina ecclesiastica und der gravamina politica besteht, der Lüneviller Friede von 1801, durch den das linke Rheinufer an Frankreich abgetreten wurde, und der darauf beruhende Reichsdeputationshauptschluß von 1803.

Auf jenen Rechtsgebieten, wo die Rezeption Platz gegriffen hatte, wäre ein umfassendes Eingreifen der Reichsgesetzgebung dringendes Bedürfnis gewesen. Die durch die Aufnahme der fremden Rechte erkaufte Rechtseinheit war ungenügend und unsicher. Die zahlreichen Kontroversen, welche die Anwendung des fremden Rechtes veranlaßte, sein unbestimmtes und schwankendes Verhältnis zu den Sätzen des einheimischen Rechtes konnten nur im Wege der Gesetzgebung normiert werden. Doch ist es zu einer reichsgesetzlichen Regelung nur auf dem Gebiete des Strafrechtes und Strafverfahrens gekommen. Das darauf bezügliche Reichsgesetz, die Peinliche Gerichtsordnung Karls V. (Constitutio criminalis Carolina, C. C. C.), ist als das einzige Gesetzbuch des Reiches von so einschneidender Bedeutung, daß hier auf dessen Entstehungsgeschichte des näheren eingegangen werden darf. Die erste Anregung ging von dem Reichskammergerichte aus, welches in einem dem Lindauer Reichstage von 1496/1497 vorgelegten Gutachten die zahlreichen Beschwerden zur Sprache brachte, die über die Willkür der Strafjustiz eingelaufen waren. Der Freiburger Reichstag (1497/1498) sprach auf Grund dieser Anregung das Bedürfnis aus, eine gemeinsame Reformation und Ordnung im Reiche aufzurichten, wie man in criminalibus prozedieren solle. Der Augsburger Reichstag von 1500 beauftragte das Reichsregiment, in Verbindung mit dem Kammergerichte eine solche Reformation abzufassen. Doch blieb dieser Plan unter der Regierung Maximilians I. trotz aller Verhandlungen resultatlos. Der Wormser Reichstag von 1521 griff ihn wieder auf. Ein vom Reichstag eingesetzter Ausschuß legte noch in demselben Jahre den fertigen Entwurf einer peinlichen Gerichtsordnung vor (erstes Projekt). Dieser schloß sich fast wörtlich einer Bamberger Halsgerichtsordnung von 1507 an, die der Landhofmeister des Bischofs Georg von Bamberg, Johann Freiherr zu Schwarzenberg und Hohenlandsberg, ausgearbeitet hatte. Als Quellen der Bambergensis hatten das Bamberger Stadtrecht, eine bambergische Landgerichtsordnung von 1503, die Nürnberger und Wormser Reformation, der Klagspiegel, einige Reichsgesetze und insbesondere die kriminalistische Literatur der italienischen Juristen gedient. Das durch Originalität, Form und Inhalt ausgezeichnete Werk erwarb sich rasch wohlverdientes Ansehen; 1516 wurde es mit geringfügigen Änderungen von den Markgrafen Kasimir und Georg von Brandenburg in ihren fränkischen Fürstentümern als Gesetz eingeführt. Die wichtigste Bedeutung erlangte die Bambergensis, indem sie die Strafrechtsreform des Reiches in Fluß brachte und zur Grundlage des Reichsstrafrechtes wurde (daher mater Carolinae genannt). Doch dauerte es noch lange Jahre, bis darüber eine allgemeine Verständigung erreicht wurde. Das auf Grund der Bambergensis ausgearbeitete Projekt von 1521 mußte noch mehrfache Revisionen erfahren. Ein zweites Projekt (die Nürnberger Revision) wurde vom Reichsregimente 1524 dem Nürnberger Reichstage, ein drittes (Speierer Revision) 1529 dem Reichstage von Speier vorgelegt. Auf dem Augsburger Reichstage von 1530 kam ein viertes Projekt, der Augsburger revidierte Entwurf, zustande, welcher endlich auf dem Regensburger von 1532 von den Reichsständen genehmigt und durch Reichsabschied vom 27. Juli 1532 als „des Kayser

Karls V. und des heyl. römischen Reichs peinliche Gerichtsordnung" publiziert worden ist. Schwierigkeiten, die zuletzt von einzelnen Reichsständen wegen des Verhältnisses der Carolina zu den bestehenden Partikularrechten erhoben worden waren, fanden ihre Erledigung durch die sogen. salvatorische Klausel, welche die Erhaltung der „alten, wolherbrachten rechtmessigen und billichen gebreuche" garantierte.

Auf dem Gebiete des Privatrechtes hat die Reichsgesetzgebung fast nichts geleistet. Es können nur die Reichsnotariatsordnung von 1512, die Reichspolizeiordnungen von 1530, 1548 und 1577, die Reichsabschiede von 1498 (Freiburg), 1500 (Augsburg), 1521 (Worms), 1529 (Speier), betreffend Fragen des Erbrechtes, der Reichsschluß von 1731 über Handwerksmißbräuche und einzelne Bestimmungen über Münzwesen, Wucher, Zession von Forderungen, Wechsel, Juden, Zinsfuß und Rentenkauf hervorgehoben werden. Für das bürgerliche Gerichtsverfahren sind zu nennen die Reichskammergerichtsordnungen von 1495, 1521, 1548, 1555, die Reichshofratsordnungen von 1559 und 1654 und insbesondere der jüngste Reichsabschied, der einige wichtige Grundsätze des Prozeßrechtes feststellte.

Deutsche Reichstagsakten, jüngere Reihe I—III, 1893—1901. Capitulationes imper. et regum etc. cum annotamentis Joh. Limnaei 1658. Ziegler, Wahl-Capitulationes 1711. — Die „neue vollständigere" (Senckenberg Kochsche) Sammlung der Reichs-Abschiede geht nur bis 1730. Eine systematisch geordnete Sammlung bietet K. Fr. Gerstlacher, Handbuch der deutschen Reichsgesetze, 1786—1794, eine Auswahl Emminghaus, Corpus iuris germanici academicum, 2. Aufl., 1844. Die peinliche Halsgerichtsordnung Karls V. nebst der Bamberger und der Brandenburger Halsgerichtsordnung und mit den Projekten von 1521 und 1529 (synoptisch), hrsg. von Zöpfl, 2. Aufl., 1876. Die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V., hrsg. v. J. Kohler und W. Scheel, 1900. Die Bambergische Halsgerichtsordnung, hrsg. von denselben, 1902.

§ 63. Landes- und Stadtrechte. Da die Reichsgesetzgebung es unterließ, den durch die Rezeption arg erschütterten Rechtszustand in umfassender Weise zu ordnen, sah man sich in der Mehrzahl der größeren Territorien veranlaßt, im Wege der Landesgesetzgebung der auf den Gebieten des Privat- und Prozeßrechtes eingetretenen Rechtsunsicherheit zu steuern und das in der Praxis schwankende Verhältnis des heimischen Rechtes zu den fremden Rechten zu regeln. So entstand in den einzelnen Territorien eine fast unübersehbare Zahl von Landesordnungen, Gerichtsordnungen und Spezialgesetzen, die meist unter dem Einfluß fremdrechtlich geschulter Juristen abgefaßt sind und daher hauptsächlich auf dem fremden Rechte fußen. Im Gegensatz zu den Kodifikationen, als deren Vorläufer sie gelten können, lassen jene Ordnungen neben ihren Rechtssätzen das gemeine Recht als ein subsidiäres Recht bestehen. Besonders hervorzuheben sind: des Kurfürsten Joachim I. von Brandenburg Konstitution, Willkür und Ordnung der Erbfälle von 1527, die Tiroler Landesordnungen von 1532 und 1573, das Landrecht des Fürstentums Jülich von 1537, das dietmarsische Landrecht von 1567, das württembergische Landrecht von 1555, revidiert 1567 und 1610, der Grafschaft Solms Gerichts- und Landordnung von 1571 (von Johann Fichard abgefaßt), die Landeskonstitutionen des Kurfürsten August von Sachsen von 1572, die kursächsischen Decisionen von 1661 und 1746, das Landrecht des Herzogtums Preußen von 1620, auf dem Magdeburger Rechte und dem Kulm beruhend und mit Benutzung der sächsischen Konstitutionen und der gemeinrechtlichen Literatur ausgearbeitet, zuletzt 1721 von Samuel v. Cocceji revidiert, der Codex Maximilianeus bavaricus civilis von 1756, von Wigulacus v. Kreittmayr verfaßt, der auch Anmerkungen dazu herausgab. Einzelne Landesordnungen sind anderen, zum Teil solchen weit entlegener Länder entlehnt, ein Beweis, wie wenig man mitunter auf die örtlichen Gewohnheiten Rücksicht nahm. So ist die Landesordnung der fürstlichen Grafschaft Henneberg von 1539 größtenteils der Tiroler Landesordnung von 1532 entnommen. So stellt sich das badische Landrecht von 1588 zum guten Teil als eine Kopie des württembergischen von 1567 dar. So ist das Geldernsche Landrecht von 1619 für das Oberquartier von Ruremond, eine der „erschöpfendsten und gründlichsten" Arbeiten der deutschen Territorialgesetzgebung, von dem Landsyndikus Tilmann van Bree und von dem Kanzler Uwens in engster Anlehnung an die Antwerpener Costumen, genannt Compilatae, von 1608 ausgearbeitet worden.

In den Städten hat man, soweit sie nicht der Landesgesetzgebung unterworfen wurden, die alten Stadtrechte reformiert, um sie so viel als möglich mit dem neuen Rechtszustand in Einklang zu bringen. Von den Stadtrechtsreformationen ist die Nürnberger Reformation von 1479 bahnbrechend geworden als der erste gelungene Versuch, das einheimische Recht mit dem fremden systematisch zu verarbeiten, welcher dann für mehrere jüngere Stadtrechte und Landesordnungen als Quelle und Vorbild gedient hat. Außerdem sind zu nennen das Revidierte Lübische Stadtrecht von 1586, das von dem Syndikus der Stadt Stralsund David Mevius eingehend kommentiert worden ist, die weitschweifige und stark romanistische Wormser Reformation von 1499, das von Ulrich Zasius ausgearbeitete Stadtrecht Freiburgs im Breisgau von 1520, die Frankfurter Reformationen von 1509, 1578 und 1611 und die Hamburger Statuten von 1603, die in ihrem wechselrechtlichen Teile auf die Antwerpener Kostumen zurückgehen.

§ 64. Die Anfänge einer nationalen Rechtswissenschaft und Gesetzgebung. Die gelehrte juristische Literatur, die nach der Aufnahme der fremden Rechte in Deutschland entstand, befaßte sich fast ausschließlich mit dem fremden Rechte und war mit wenigen Ausnahmen, unter denen der Freiburger Humanist Ulrich Zäsy (Zasius † 1535) rühmlichst hervorzuheben ist, in ihren Leistungen von welschen Vorbildern abhängig. Die gemeinrechtliche Praxis wurde durch eine Schule von Juristen geleitet, die sich am Reichskammergerichte herangebildet hatten und dessen Rechtsprechung literarisch bearbeiteten. Die Hauptvertreter dieser kameralistischen Schule wurden der Protestant Joachim Mynsinger von Frundeck und sein katholischer Antagonist Andreas Gail.

Seit dem siebzehnten Jahrhundert machte sich in der Wissenschaft eine grundsätzliche Opposition gegen die Alleinherrschaft des römischen Rechtes geltend. In dieser Gegnerschaft vereinigten sich zwei von verschiedenen Ausgangspunkten ausgehende Schulen, die germanistische und die naturrechtliche. Der Germanist Hermann Conring veröffentlichte 1643 sein bahnbrechendes Werk de origine iuris germanici, worin er die Grundlinien der deutschen Rechtsentwicklung zeichnete, die damals kursierende Fabel widerlegte, daß Kaiser Lothar die Anwendung des römischen Rechtes in den Gerichten und dessen öffentliche Lehre angeordnet habe, und die Abfassung eines gemeinverständlichen Gesetzbuches in deutscher Sprache verlangte. Dank dem Auftreten Conrings mußte die Theorie die Abweichungen der Praxis vom römischen Rechte als gewohnheitsrechtliche Umbildungen anerkennen. Sie gelangten von nun ab als usus hodiernus pandectarum zur wissenschaftlichen Darstellung. Zu den einflußreichsten Schriftstellern, die das deutsche Recht in jener Form behandelten und förderten, zählen Johann Schilter, der in seiner Praxis iuris romani in foro germanico die deutschen Rechtsquellen eingehend berücksichtigte, und der Hallenser Jurist Samuel Stryk († 1710) mit seinem Usus modernus pandectarum (1690—1712).

Nachhaltiger wirkte die naturrechtliche Schule, die das Recht — zum Teil in Abweichung vom römischen Rechte — aprioristisch konstruierte und mitunter deutschrechtliche Gedanken, dem Zuge der damaligen Kulturverhältnisse folgend, als Forderungen der Vernunft formulierte. Den Gedanken der Kodifizierung des Rechtes griff sie lebhaft auf; ihr ist es zu danken, daß man den Mut und das Selbstvertrauen fand, die Kodifikationspläne durchzuführen. Da dem Reiche tatkräftige Organe fehlten, die geeignet gewesen wären, das Werk in die Hand zu nehmen, so konnte eine Kodifikation nicht von Reichs wegen, sondern nur im Wege der Territorialgesetzgebung erfolgen. Zuerst war es der preußische Staat, in welchem der Gedanke der naturrechtlichen Schule praktisch erfaßt wurde. Schon 1738 gab Friedrich Wilhelm I. seinem „ministre chef de justice“ Samuel von Cocceji den Auftrag, ein beständiges und ewiges Landrecht abzufassen, wodurch das römische Recht ersetzt werden sollte. Unter Friedrich dem Großen arbeitete Cocceji ein Projekt eines corpus iuris Fridericiani aus, von welchem zwei Teile 1749 und 1751 veröffentlicht wurden. Das Projekt scheiterte an dem berechtigten Widerspruch gegen seine romanisierende Tendenz. In rascheres Tempo kamen die Gesetzgebungsarbeiten erst, als Friedrich der

Große sie 1780 seinem Großkanzler von Carmer übertrug, dem Carl Gottlieb Svarez († 1798) als begabteste und tüchtigste Hilfskraft zur Seite gestellt wurde. Svarez arbeitete auf Grund eines älteren Entwurfs von 1775 eine Prozeßordnung aus, die 1781 als erstes Buch eines corpus iuris Fridericianum veröffentlicht wurde. Schon 1783 folgte die von Svarez verfaßte Hypothekenordnung. Die Kodifikation des materiellen Rechtes wurde 1791 als allgemeines Gesetzbuch für die preußischen Staaten verkündet, aber bald darauf wieder zurückgezogen. Nachdem sie in einzelnen Materien revidiert worden war, trat sie gemäß Patent vom 5. Februar 1794 unter dem Titel „Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten" am 1. Juni 1794 als subsidiäres Recht in Kraft. Inzwischen hatte sich eine Revision der hastig hergestellten Prozeßordnung von 1781 als notwendig erwiesen. Ihr Ergebnis, gleichfalls ein Werk von Svarez, wurde als allgemeine Gerichtsordnung für die preußischen Staaten in drei Teilen 1793—1795 verkündigt. Endlich wurde das Strafprozeßrecht durch eine Kriminalordnung von 1805 geregelt.

In Österreich erfolgte der Abschluß der Kodifikationsarbeiten durch das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch von 1811, durch die Allgemeine Gerichtsordnung von 1781 und das Gesetz über Verbrechen und schwere Polizeiübertretungen von 1803, dem eine Halsgerichtsordnung von 1769, ein Strafgesetz von 1787 und eine Kriminalgerichtsordnung von 1788 vorausgegangen waren.

In einem Teile von Deutschland kam in der Zeit der französischen Vorherrschaft französisches Recht zur Geltung, wie es durch Napoleon I. kodifiziert worden war, nämlich der Code civil von 1804, revidiert 1807, der Code de commerce von 1807, der Code de procédure civile von 1806, der Code d'instruction criminelle von 1808 und der Code pénal von 1810. Eine amtliche Übersetzung des Code civil und des Code de commerce mit Zusätzen und Abänderungen wurde 1809 in Baden als Badisches Landrecht nebst einem Anhang von Handelsgesetzen verkündet. Französisches Recht behauptete sich als Landesrecht in den Ländern links des Rheins, in Elsaß-Lothringen und in Baden.

Das Königreich Sachsen erhielt 1863 ein bürgerliches Gesetzbuch als eine etwas verspätete Frucht des deutschen Rechtspartikularismus.

In der Kodifikation des Strafrechts und des Prozeßrechts war Bayern allen deutschen Territorien vorangeeilt durch die Abfassung des Codex iuris bavarici criminalis von 1751 und des Codex iuris bavarici iudiciarii von 1753. Auch in vielen anderen deutschen Staaten schwang sich auf diesen Gebieten die jüngere Landesgesetzgebung zur Ausschließung der fremden Rechte auf.

§ 65. Die Rechtseinheit. In der Zeit der Befreiungskriege zog der allgemeine Aufschwung des deutschen Volkes auch die Rechtsreform in den Wellenschlag der nationalen Begeisterung hinein. Von verschiedenen Seiten wurde damals der Ruf nach einer einheitlichen Gesetzgebung erhoben. Den meisten Nachhall fand eine Flugschrift Thibauts, die eine gemeinsame Kodifikation des Privat-, Straf- und Prozeßrechtes verlangte. Allein Thibauts Vorschlag hatte nur die Wirkung, eine berühmte literarische Kontroverse hervorzurufen. Er veranlaßte Savigny, eine Gegenschrift abzufassen, die den Kodifikationsgedanken grundsätzlich bekämpfte und zugleich das Programm der nunmehr zur Herrschaft gelangenden historischen Rechtsschule entwickelte. Trotz der Abneigung, die diese gegen legislatives Eingreifen hegte, ließ sich das Verlangen nach Rechtseinheit nicht auf die Dauer abweisen. Sie wurde zunächst auf dem Gebiete des Verkehrsrechtes hergestellt. Auf Anregung des Zollvereins entstand der Entwurf einer Wechselordnung, der gemäß einem Beschluß der deutschen Nationalversammlung am 27. November 1848 vom Reichsverweser Erzherzog Johann als Reichsgesetz verkündigt wurde, aber in dem größten Teile Deutschlands kraft landesrechtlicher Publikation als Landesgesetz in Kraft trat. Aus dem Schoße des Bundestags ging die Einsetzung einer Kommission hervor, welche zu Nürnberg und Hamburg den Entwurf eines Handelsgesetzbuches ausarbeitete. Dieser wurde durch Beschluß der Bundesversammlung vom 31. Mai 1861 den Regierungen der Einzelstaaten zur Annahme empfohlen, die im Wege der Landesgesetzgebung in den Jahren 1861—1865 erfolgte. Der Bund war noch mit weitgehenden Entwürfen, insbesondere mit der Ab-

fassung eines gemeinsamen Obligationenrechts, beschäftigt; allein sie scheiterten an der Unzulänglichkeit der Bundesverfassung.

Während dem Deutschen Bunde jedes Recht der Gesetzgebung fehlte und die Bundesbeschlüsse formell nur als partikuläres Recht vermöge landesgesetzlicher Einführung in Kraft treten konnten, erhielt der Norddeutsche Bund das Recht der unmittelbaren Gesetzgebung mit der Maßgabe, daß die Bundesgesetze absolut gemeines Recht schaffen sollten. Die Bundesverfassung überwies der Bundesgesetzgebung u. a. das Obligationenrecht, das Handels- und Wechselrecht, das Strafrecht und das gerichtliche Verfahren. Diese Kompetenz in Sachen der Justizgesetzgebung ist unverändert in die Reichsverfassung übergegangen, aber dann durch ein Gesetz vom 20. Dezember 1873 auf das gesamte bürgerliche Recht ausgedehnt worden. Zudem wurden mit der Erweiterung des Bundes zum Reiche die norddeutschen Bundesgesetze zu Reichsgesetzen erhoben. Abgesehen von zahlreichen Spezialgesetzen wurde vom Bunde 1869 die Gewerbeordnung erlassen, die Wechselordnung samt den Nürnberger Novellen und das Handelsgesetzbuch zu formell und absolut gemeinem Rechte gestaltet, 1870 das Strafrecht und das literarische Urheberrecht normiert, wurden vom Reiche 1877 die Gerichtsverfassung, der Zivil- und Strafprozeß und das Konkursrecht kodifiziert. Die Reichsgesetzgebung des ersten Jahrzehnts bewegte sich im allgemeinen noch in den Geleisen der individualistischen und kapitalistischen Wirtschaftstheorie. Im zweiten Jahrzehnt wendete sie sich davon ab und verfolgte mit steigendem Bewußtsein sozialpolitische Ziele, eine Wandlung, die sich namentlich in den zahlreichen Novellen zur Gewerbeordnung bemerkbar macht.

Die schwierigste Arbeit, die Kodifikation des Privatrechts, wurde 1874 in Angriff genommen. Eine durch den Bundesrat eingesetzte Kommission von Juristen arbeitete in erster Lesung einen Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich aus, der 1888 veröffentlicht wurde. Er gab Anlaß zu erheblichen Bedenken. Seine Sprache war nichts weniger als volkstümlich, sondern gekünstelt und schwer verständlich. Die bedeutsame Wandlung der Reichsgesetzgebung war an den Verfassern des Entwurfs spurlos vorübergegangen, denn er stand durchweg auf veraltetem, individualistischem Standpunkt. Sein Hauptgebrechen war abstrakter romanistischer Radikalismus und die Ablehnung lebensfähiger Rechtsgedanken und Rechtsinstitute deutschrechtlichen Ursprungs. Die Reichsregierung vermochte sich über die geäußerten Bedenken nicht hinwegzusetzen. Der Bundesrat berief 1890 eine neue Kommission, die jenen Entwurf einer gründlichen Revision unterzog. Der von ihr hergestellte Entwurf zweiter Lesung beseitigte zahlreiche wesentliche Mängel seines Vorgängers, ohne sich aber von dem Übermaß abstrakter Kasuistik völlig zu befreien. Weitere Verbesserungen (z. T. auch Verschlimmbesserungen) brachte die Beratung im Reichstage zustande. Das Bürgerliche Gesetzbuch datiert vom 18. August 1896 und trat am 1. Januar 1900 in Kraft. Es umfaßt nicht das gesamte Privatrecht, sondern überläßt eine Reihe von Materien den Landesrechten. Die Neugestaltung des bürgerlichen Rechtes machte die Abfassung von Nebengesetzen und die Umarbeitung älterer Reichsgesetze notwendig. Das Handelsgesetzbuch wurde einer Revision unterzogen und in veränderter Gestalt mit einem Einführungsgesetz vom 10. Mai 1897 verkündet.

II. Das Staatsrecht.

§ 66. Der Kaiser. Der deutsche König führte in diesem Zeitabschnitte den Kaisertitel ohne päpstliche Krönung. Zuerst hatte 1508 Maximilian I. mit Zustimmung des Papstes Julius II. den Titel eines erwählten römischen Kaisers angenommen. Diesen führten auch seine Nachfolger, unter denen sich nur noch Karl V. (1530 zu Bologna) vom Papste zum Kaiser krönen ließ. Seitdem gab es nur noch eine Königskrönung, die von Ferdinand I. ab nicht mehr zu Aachen, sondern zu Frankfurt am Main, also am Wahlorte stattfand. Vor der Krönung beschwor seit 1520 der König die Wahlkapitulation durch persönlichen Eid. Von 1711 ab versprach der Gewählte, sich vor Ableistung dieses Eides der Regierung nicht zu unterziehen.

Die kaiserliche Gewalt ging im Verhältnis zu den Reichsständen stetig zurück. Schon 1531 erklärte ein ungenannter Jurist, das Reich sei eine Aristokratie, die Stellung des Kaisers ähnlich der des Dogen von Venedig. In allen wichtigeren Reichsangelegenheiten sah sich der Kaiser auf die Zustimmung des Reichstags angewiesen. Die theoretisch noch in Anspruch genommene plenitudo potestatis sacri imperii schrumpfte — namentlich infolge der Wahlkapitulationen — zu etlichen Reservatrechten (iura caesarea reservata) ein. So nannte man die Befugnisse, in deren Ausübung der Kaiser vom Reichstag unabhängig war, zum Unterschiede von den sogen. iura comitialia, die er nur in Gemeinschaft mit dem Reichstage ausüben konnte. Der Kaiser war befugt, im Reichstage Propositionen einzubringen, er hatte ein Veto gegen Beschlüsse des Reichstags. Reichsgesetze bedurften seiner Sanktion. Zu den Reservatrechten gehörten die oberste Reichsgerichtsbarkeit, soweit sie durch den Reichshofrat ausgeübt wurde, bis 1711 auch die Verhängung der Reichsacht, ferner das Eigentum am Reichsgut, die oberste Lehnsherrlichkeit, die Erteilung verschiedenartiger Privilegien, ferner gewisse Rechte gegenüber den Reichskirchen, die Standeserhöhung, das Recht, Notare zu kreieren, uneheliche Kinder zu legitimieren, Moratorien und veniam aetatis zu gewähren. Die Ausübung einzelner Reservatrechte pflegte der Kaiser anderen zu übertragen, Fürsten, Korporationen, einzelnen Privatpersonen. Die ihnen zur Ausübung übertragenen Befugnisse faßte der Ausdruck comitiva zusammen. Diese war wieder entweder eine comitiva minor, welche die vier zuletzt genannten Reservatrechte, oder eine comitiva maior, die auch das Recht der Adelsverleihung in sich schloß und häufig den Landesherren verliehen wurde. Bei Ausübung gewisser Reservatrechte, so bei Erteilung von Münz-, Zoll- und Stapelgerechtigkeiten, war der Kaiser an die Mitwirkung der Kurfürsten gebunden (iura reservata limitata). Die königlichen Regalien hatten sich teils durch Verleihung, teils kraft Herkommens in landesherrliche Rechte umgewandelt. Ein neues Regal tauchte zu Anfang des sechzehnten Jahrhunderts mit der Ausbildung des Postwesens auf. Allein einzelne Reichsstände (so Kursachsen und Brandenburg) weigerten sich, ein kaiserliches Postregal anzuerkennen. Im übrigen wurde es 1615 von Kaiser Matthias dem Grafen Lamoral von Taxis als erbliches Reichslehen verliehen.

§ 67. Die Reichshofämter und das Reichskammergericht. Die Politik der Habsburger war von alters her darauf gerichtet, ihre Stellung im Reiche zur Verstärkung ihrer erbländischen Hausmacht zu verwerten. Dieses Bestreben kommt auch in der eigentümlichen Zwitterstellung zum Ausdruck, in der sich die am Hofe des Kaisers vorhandenen Reichsbehörden befanden. Vom Kaiser besetzt, waren sie einerseits für Reichssachen, andrerseits für erbländische Sachen zuständig; das bot ja die bequemste Form, um die Reichssachen, solange sie nicht völlig bedeutungslos geworden waren, im erbländischen Interesse zu verwalten. Als Maximilian das österreichische Ämterwesen nach burgundisch-niederländischem Vorbilde reorganisierte, indem er als Verwaltungs- und Justizbehörde den Hofrat und als Finanzbehörde die Hofkammer schuf, wurden diese sowohl für das Reich als auch für die Erblande bestellt. Gleiche Duplizität besaß seit 1502 die Hofkanzlei und später der geheime Rat.

Von den alten Erzämtern des Reiches gewann das des Erzkanzlers erhöhte Bedeutung. Als solcher erneuerte der Erzbischof von Mainz seit Friedrich III. seine Ansprüche auf Ernennung des Kanzlers. Er ließ sich 1486 das Recht verbriefen, die Kanzlei, wenn er am Hofe anwesend sei, selbst zu leiten, während sonst die Urkunden in seinem Namen subskribiert werden sollten. Von da ab kämpften um die Hofkanzlei Kaiser und Erzkanzler einen stillen oder offenen Kampf. Der Mainzer setzte mehrfach die wiederholte Verbriefung seiner Rechte durch. Da er sich als den eigentlichen Kanzler betrachtete, mußte sich der Vorsteher der Hofkanzlei seit 1519 mit dem Titel Vizekanzler begnügen. Die Reichshofkanzleiordnung Ferdinands I. von 1559 schrieb vor, daß der Erzkanzler mit Vorwissen und Bewilligung des Kaisers den Vizekanzler und die Kanzleibeamten ernennen solle. Allein die Abhängigkeit der Hofkanzlei vom Erzkanzler stand nur auf dem Papier; in Wirklichkeit blieb das Amt des Vizekanzlers ein kaiserliches Hofamt. Der Vizekanzler war zugleich Mitglied des geheimen Rates und des Reichshofrates.

Infolge der Errichtung einer besonderen österreichischen Hofkanzlei wurden 1620 die Reichssachen und die österreichischen Kanzleiangelegenheiten endgültig getrennt. Seit 1660 übte dann der Erzkanzler das Recht, den Reichsvizekanzler zu ernennen, stetig und unangefochten aus, während der Kaiser sich auf die Zustimmung (Rekommandation) beschränkte. Aber von nun ab sank auch die politische Bedeutung des Amtes, weil es dem Kaiser nicht genehm sein konnte, daß der von Mainz abhängige Vizekanzler Wissenschaft erhalte um die Arkana des kaiserlichen Hauses. Das ehrenvolle und einträgliche Vizekanzleramt besaß daher fast nur noch repräsentativen Charakter.

Innerhalb des alten Reichshofgerichtes hatte sich seit Beginn des fünfzehnten Jahrhunderts eine Spaltung vollzogen. Die Bezeichnung Hofgericht wurde auf das unter dem Vorsitz des Hofrichters fungierende Gericht beschränkt. Aus der Gerichtsbarkeit, die der König persönlich oder durch andere Stellvertreter ausübte, wuchs ein besonderes Gericht, das königliche Kammergericht, heraus. Zuerst wird es 1415 genannt (iudicium camerae), es gewann dann festere Organisation und erhielt 1471 eine Kammergerichtsordnung. Den Vorsitz hatte der König oder ein Kammerrichter, als welcher der Hofmeister oder ein ad hoc ernannter Vertreter des Königs bestellt war. Als Beisitzer fungierten geschworene Räte des Königs. Neben dem königlichen Kammergerichte verkümmerte das Reichshofgericht im neuen Sinne des Wortes, z. T. weil der König massenhafte Exemtionen von dessen Gerichtsbarkeit erteilt hatte. Im Jahre 1450 starb es ab, ohne ausdrücklich aufgehoben zu werden. Das Kammergericht, seinem Ursprung nach die Verkörperung der vom König in Person geübten Jurisdiktion, hatte keinen ständigen Sitz, sondern folgte dem König von Ort zu Ort. Seit seine festere Organisation die Beziehung zur Person des Königs gelockert hatte, wurde es von Friedrich III. vernachlässigt. Das veranlaßte Beschwerden der Reichsstände, die schließlich die Loslösung des Kammergerichts vom Hofe des Königs erzwangen. Maximilian I. mußte sich 1495 auf dem Wormser Reichstag zur Errichtung des Reichskammergerichtes verstehen, eines ständigen obersten Reichsgerichtes, dessen Besetzung in der Hauptsache den Reichsständen zustand. Der Kaiser ernannte den Kammerrichter, später hatte er auch die Senatspräsidenten zu ernennen. Die Zahl der Beisitzer, die von den Reichsständen bei der Errichtung dem König, seit 1507 dem Gerichte selbst präsentiert wurden, betrug ursprünglich sechzehn. Nachmals wurde sie erhöht. Nach dem Westfälischen Frieden sollten ihrer fünfzig sein, die Hälfte katholisch, die Hälfte evangelisch. Allein diese Ziffer wurde niemals erreicht. Das Gericht begann seine Tätigkeit zu Frankfurt a. M., kam dann nach mehrfachem Ortswechsel 1527 nach Speier; von da flüchtete es 1689 anläßlich des französischen Raubeinfalls und fand 1693 Aufnahme in Wetzlar, wo es bis zur Auflösung des Reiches verblieb. Zur Erhaltung des Reichskammergerichtes wurde zwar eine ordentliche Reichssteuer eingeführt, die sogen. Kammerzieler. Allein sie liefen so unregelmäßig ein, daß es an Geld fehlte, um die ausreichende Zahl von Assessoren zu besolden. Der Mangel an Arbeitskräften rächte sich durch die sprichwörtlich gewordene Unsterblichkeit der am Kammergerichte schwebenden Prozesse. Das Reichskammergericht urteilte über Landfriedensbrüche; ferner war es für die Reichsunmittelbaren erste Instanz; zweite, sofern sie das Recht auf Austräge hatten, d. h. auf Schiedsgerichte, deren Ursprung in die Zeit vor Gründung des Reichskammergerichtes zurückgeht. Für die Untertanen der Landesherren, die nicht ein privilegium de non appellando hatten, fungierte es als Appellationsgericht.

Die Einbuße, welche die oberste Gerichtsgewalt des Kaisers durch die Schöpfung des Reichskammergerichtes erlitten hatte, wurde zum Teile wieder wettgemacht, indem als Organ der kaiserlichen Gerichtsbarkeit der Reichshofrat ausgebildet wurde. Gemäß einer Hofordnung Maximilians I. vom 20. Dezember 1497 entstand 1498 unter dem Namen Hofrat ein geschlossenes Kollegium als Regierungs- und Justizbehörde, die sowohl in Reichssachen als auch in erbländischen zuständig war. Wie so manche Reformen Maximilians I. gelangte auch diese nicht zu dauernder Wirksamkeit. Erst Ferdinand (I.) führte eine Reorganisation des Hofrates durch, der spätestens 1527 seine Tätigkeit begann. Vorsitzender war zunächst der Hofmarschall. Seit 1559 wurde vom Kaiser ein besonderer Hofratspräsident ernannt. Außerdem saßen im Hofrate die Inhaber der obersten Hof-

ämter und eine Anzahl von Räten aus den Erblanden und aus dem Reiche, die der Kaiser ernannte. Nachmals wurden dem Hofrate die erbländischen Sachen entzogen, so daß er sich zum reinen Reichshofrate gestaltete. Wann dies geschah, ist zur Zeit noch nicht genau festgestellt. Vermutlich ist die endgültige Sonderung erst in den Jahren nach dem Westfälischen Frieden eingetreten. Der Reichshofrat war Gerichts- und Regierungskollegium. Er war ausschließlich kompetent in Kriminalsachen der Reichsunmittelbaren, in Reichslehnssachen, in Streitigkeiten über kaiserliche Privilegien und in Sachen der kaiserlichen Reservatrechte. Im übrigen konkurrierte seine Gerichtsbarkeit mit der des Reichskammergerichtes.

Als eine Auslese, „Ausbruch", aus dem Hofrat entstand in Österreich 1527 oder etwas früher das Kollegium des „geheimen Rates", das die Aufgabe hatte, den Herrscher in allen „hochschweren und geheimen Sachen", namentlich in auswärtigen Angelegenheiten, zu beraten. Es wurde in erbländischen und in Reichssachen gehört. Seine Kompetenz bestimmte der Wille des Herrschers.

§ 68. Reichsregiment und Reichskreise. Schon im fünfzehnten Jahrhundert waren verschiedenartige Vorschläge einer Reform der Reichsverfassung aufgetaucht, die sich die Herstellung kräftiger Exekutivorgane für Aufrechthaltung des Landfriedens zum Ziele setzten. Seit Maximilian I. kreuzen sich in den Reformbestrebungen zwei politische Richtungen, eine kaiserliche und eine ständische. Die Reichsstände trachteten unter der Führung Bertholds von Henneberg, Erzbischofs von Mainz, dem Reiche eine oligarchische Zentralgewalt zu verschaffen, während Maximilian die Umgestaltung des Reiches den Reformen einzugliedern strebte, durch die er in seinen österreichischen Erblanden die Grundlagen des modernen Beamtenstaates schuf. Die Gegensätze führten zu Kompromissen, aus denen das Reichsregiment als vorübergehende, die Kreisverfassung als dauernde Institution hervorging.

Auf dem Wormser Reichstage von 1495 begehrten die Reichsstände die Bildung eines ständischen Reichsrates von 17 Mitgliedern, dem die unmittelbare Verwaltung der Reichssachen zu übertragen sei. Das Projekt scheiterte an dem Widerspruch des Königs und wurde zunächst ersetzt durch den Verlegenheitsbeschluß, alljährlich einen Reichstag abzuhalten, der für Aufrechthaltung von Frieden und Ordnung im Reiche sorgen möge. Da dieses Auskunftsmittel sich als verfehlt erwies, so wurde auf dem Augsburger Reichstage von 1500 ein ständiges Reichsregiment (Reichsrat und Regiment) mit dem Sitze in Nürnberg errichtet, das aus dem König oder dessen Stellvertreter und aus zwanzig Räten (Regenten) bestand, unter welchen je einer von sechs damals geschaffenen Kreisen zu wählen war. Aber schon 1502 bewirkte Maximilian die Auflösung des Regimentes, das die königliche Gewalt völlig aufgesogen hätte, wenn anders es mit seiner Zuständigkeit Ernst machen wollte. Einem Versprechen gemäß, das er in der Wahlkapitulation abgegeben hatte, verstand sich Karl V. 1521, ein neues Reichsregiment nach dem Muster des alten aufzurichten, doch sollte seine Wirksamkeit auf die Dauer der Abwesenheit des Königs im Reiche beschränkt sein. Als 1530 Kaiser Karl V. nach Deutschland zurückgekehrt war, löste sich das Reichsregiment auf, nachdem es in entscheidenden Momenten in die durch die Reformation entstandenen Streitigkeiten eingegriffen hatte.

Die sechs Kreise des Augsburger Reichstags von 1500 wurden 1507 mit der Aufgabe betraut, Beisitzer für das Reichskammergericht vorzuschlagen. Ein Reichsschluß von 1512 übertrug den Kreisen die Vollstreckung der kammergerichtlichen Urteile und die Handhabung des Friedens. Zu diesem Zwecke wurden die alten Kreise (der fränkische, bayrische, schwäbische, oberrheinische, westfälische und niedersächsische) durch vier neue Kreise ergänzt, den österreichischen, den burgundischen, den obersächsischen und den kurrheinischen Kreis. Jeder Kreis sollte einen Kreishauptmann (später Oberst) und eine Anzahl von Zugeordneten (Kreisräten) wählen. Allein diese Wahlen fanden nicht statt, weil nicht bestimmt worden war, wer die Wahltage zu berufen habe. Auf dem Wormser Reichstage von 1521 wurde die Kreiseinteilung von 1512 erneuert und 1522 vom Reichsregiment eine Exekutionsordnung und im Anschluß daran ein Ausschreiben erlassen, worin die angesehensten Fürsten jedes Kreises aufgefordert wurden, Kreistage zur Wahl des Haupt-

mannes und der (vier) Zugeordneten auszuschreiben. Da diese Funktion ständig wurde, entstand aus ihr das Kreisausschreibeamt. Die damit betrauten Fürsten hießen seit 1555 die kreisausschreibenden Fürsten. In einzelnen Kreisen gelang es ihnen, die Leitung der Kreistage an sich zu bringen und sich zu „Kreisdirektoren" aufzuschwingen. Den Kreisen wurde in der Folge noch die Aufsicht über Zoll und Münze überwiesen. Auch hatten sie die Reichssteuern und die Truppenkontingente auf die einzelnen Kreisstände zu verteilen. Zu regem Leben ist die Kreisverfassung nur in jenen Kreisen gelangt, in welchen (wie im schwäbischen und fränkischen) kein großes Territorium das entscheidende Übergewicht besaß.

Reichte die Macht des Kreises zur Handhabung des Friedens nicht aus, so sollte anfänglich das Reichsregiment, seit 1558 ein Ausschuß des Reichstages, die „ordentliche Reichsdeputation", und, wenn er gerade versammelt war, der Reichstag selbst die Sache in die Hand nehmen. Als der Reichstag permanent wurde, fiel jene Deputation hinweg.

§ 69. Der Reichstag. Das imperium stand dem Kaiser nur noch in Gemeinschaft mit den Reichsständen zu, die ihre Mitregierung auf den Reichstagen ausübten.

Der Reichstag zerfiel kraft Herkommens in drei Kollegien: 1. Das Kurfürstenkollegium, das aus den Einigungen der Kurfürsten, den Kurvereinen, hervorgegangen war. Es stand unter dem Direktorium von Mainz. Was die Zahl und die Verteilung der Kurwürden betrifft, so sind der Goldenen Bulle gegenüber, die als Reichsgrundgesetz dafür maßgebend blieb, folgende Veränderungen zu verzeichnen. Die sächsische Kur wurde 1547 von der ernestinischen Linie des sächsischen Hauses auf die albertinische übertragen. Die pfälzische Kur und das Erztruchsessenamt gelangten nach der Ächtung des Winterkönigs Friedrichs V. 1623 an den Herzog von Bayern. Doch wurden 1654 für die Pfalz eine achte Kurwürde und das Erzschatzmeisteramt geschaffen. Als 1777 die bayrische Linie des wittelsbachischen Hauses ausstarb, fielen gemäß einer Bestimmung des Westfälischen Friedens, die diesen Fall vorgesehen hatte, die bayrische Kur und das Erztruchsessenamt an die Pfalz zurück. Eine damals neunte Kurwürde, die der Kaiser 1692 dem Hause Braunschweig-Lüneburg (Hannover) verliehen hatte, wurde 1708 vom Reichstage anerkannt und mit ihr 1778 das erledigte Erzschatzmeisteramt verbunden. Im Jahre 1708 erfolgte auch die Readmission der böhmischen Kurstimme, die seit zwei Jahrhunderten nicht mehr ausgeübt worden war. Wesentliche Veränderungen führten der Friede von Luneville und der Reichsdeputationshauptschluß von 1803 kurz vor dem Zusammenbruche des Reiches herbei. Die Kuren von Köln und Trier fielen hinweg. Der Kurerzkanzler erhielt als Ersatz für Mainz ein neues Fürstentum (Regensburg, Aschaffenburg, Wetzlar). Außerdem wurden vier neue weltliche Kurwürden errichtet, nämlich für Salzburg, Baden, Württemberg und Hessen-Kassel. 1805 erhielt der Kurfürst von Salzburg das Fürstentum Würzburg, auf das die Salzburger Kur übertragen wurde.

2. Der Reichsfürstenrat unter dem wechselnden Direktorium Salzburgs und Österreichs. Er zerfiel in eine geistliche und eine weltliche Bank. Die Fürsten hatten Virilstimmen. Die Prälaten, Grafen und freien Herren waren in Kurien, anfangs in drei, schließlich in sechs Kurien vereinigt, von denen jede nur eine Stimme abgab. Das Stimmrecht der Fürsten war anfänglich ein persönliches Recht. Seit dem Ausgang des sechzehnten Jahrhunderts erlangten die Virilstimmen gewohnheitsrechtlich den Charakter eines auf dem Fürstentum haftenden Realrechts, so daß die Vereinigung mehrerer Territorien in einer Hand zu einer Häufung von Stimmen in der Person desselben Stimmträgers, die Teilung eines Fürstentums zur Abgabe einer gemeinschaftlichen Stimme führte. Auch kaiserliche Erhebung in den Reichsfürstenstand begründete nach älterem Rechte den Erwerb der Reichsstandschaft. Allein auf den Reichstagen von 1641 und 1654 wurde das „beneficium sessionis et voti", um Mißbräuchen des kaiserlichen Ernennungsrechtes vorzubeugen, an die Bedingung geknüpft, daß der vom Kaiser kreierte Fürst unmittelbare fürstenmäßige Reichsgüter erwerbe, zur Reichsmatrikel veranlagt sei, und daß seine Reichsstandschaft die Zustimmung der Kurfürsten und Stände erlange.

3. Das Kollegium der Städte unter dem Direktorium der Stadt, in welcher der

Reichstag versammelt war. Es zerfiel in eine rheinische Städtebank mit 14 und in eine schwäbische mit 37 Städten. Das früher bestrittene votum decisivum der Städte wurde im Westfälischen Frieden ausdrücklich anerkannt.

Kaiser und Reichsstände, die nicht persönlich auf den Reichstagen erschienen, konnten sich vertreten lassen, jener durch einen Kommissarius fürstlichen Ranges, diese durch Gesandte. Seit der Reichstag permanent geworden, gestaltete er sich zu einem ständigen Gesandtenkongreß. Seit 1663 war dem kaiserlichen Kommissar (von da ab Prinzipalkommissarius) ein rechtsgelehrter Konkommissarius an die Seite gestellt.

Jedes Kollegium beschloß und beriet für sich. Alle drei Kollegien mußten sich einigen, auf daß ein Reichsgutachten zustande komme. Die Sanktion des Kaisers, die in einem Ratifikationsdekrete erteilt zu werden pflegte, erhob das Reichsgutachten zum Reichsschluß, conclusum imperii. In Religionsangelegenheiten schied sich der Reichstag in ein corpus catholicorum unter dem Vorsitz von Mainz und in ein corpus evangelicorum unter dem Vorsitz Kursachsens. Erforderlich war die Übereinstimmung (amicabilis compositio) beider corpora, innerhalb deren die Mehrheit entschied.

Gemäß dem Westfälischen Frieden stand dem Reichstage zu die Gesetzgebung, die Interpretation der Gesetze, die Beschlußfassung über Krieg, Frieden und Bündnisse, die Auflegung von Steuern, das Recht, die Aushebung und Einquartierung von Truppen und die Anlage und Verstärkung von Festungen zu bestimmen. In gewissen Fällen hatte der Reichstag auch richterliche Kompetenz.

§ 70. Die Reichsglieder und deren Stellung zum Reiche. Die Bevölkerung des Reichs zerfiel in zwei ungleiche Hälften, in die geringe Zahl der Reichsunmittelbaren und in die große Masse der mittelbaren und landsässigen Bevölkerung. Reichsunmittelbar waren die Landesherren (Fürsten, Prälaten, Grafen und Herren) und die Mitglieder der landesherrlichen Familien, die Reichsstädte, die Reichsritter, die Reichsdörfer und die Reichsbeamten.

Eine erhebliche Verminderung erlitt die Zahl der Reichsglieder durch den Reichsdeputationshauptschluß von 1803, der die erblichen Reichsfürsten für die Verluste entschädigte, die sie durch die Abtretung des linken Rheinufers an Frankreich erlitten hatten. Die geistlichen Territorien wurden damals fast sämtlich säkularisiert. Nur der Kurerzkanzler, der Deutsche und der Malteser-Orden blieben als geistliche Reichsstände übrig. Von den Reichsstädten wurden 41 mediatisiert, so daß das Städtekollegium nur noch aus sechs Reichsstädten bestand (Augsburg, Lübeck, Nürnberg, Frankfurt a. M., Bremen und Hamburg). Völlig verschwanden die wenigen noch vorhandenen Reichsdörfer. Von den Reichsrittern wurden viele 1805 der bayrischen oder württembergischen Landeshoheit unterworfen.

Die Reichsunmittelbaren waren sämtlich gegen Kaiser und Reich zur Treue verpflichtet. Sie mußten vor den Reichsgerichten zu Recht stehen, soweit sie nicht das Recht der Austräge besaßen.

Die Reichsstände hatten die Pflicht, persönlich oder durch einen Vertreter an den Reichstagen teilzunehmen. Der Lehnsverband, in dem sich Fürsten, Grafen und Herren befanden, legte ihnen nur noch die Pflicht auf, bei Thron- und Mannfall die Belehnung nachzusuchen, die durch Gesandte oder Boten empfangen wurde.

Die Reichsstände hatten Truppen zum Reichsheer zu stellen. Das Reich selbst hielt kein stehendes Heer. Für die Höhe der Truppenkontingente wurde die Wormser Matrikel von 1521 maßgebend, die aus Anlaß eines von Karl V. beabsichtigten Römerzugs für ein dem Kaiser bewilligtes Heer von 4000 Reitern und 20 000 Fußknechten aufgestellt worden war. Darin wurde das Maximum des Monatssoldes für den Reisigen auf zwölf, für den Fußknecht auf vier rheinische Gulden festgestellt. Als nach dem Nimweger Frieden ein neuer Krieg mit Frankreich drohte, hat man 1681 die Verteilung der Truppenkontingente und deren Vereinigung zu Regimentern den Reichskreisen übertragen. Seit dem Westfälischen Frieden wurde das Erfordernis der konfessionellen Parität auch auf die Ernennung der militärischen Befehlshaber angewendet, die durch Kaiser und Reichstag erfolgte.

Die Reichsstände hatten die vom Reichstag bewilligten Reichssteuern aufzubringen. Es gab nur eine ordentliche Reichssteuer, die 1548 zur Erhaltung des Kammergerichts bewilligten Kammerzieler. Außerordentliche Steuern wurden namentlich für Reichskriege bewilligt, und zwar mit Zugrundelegung eines Steuersimplums, Römermonat genannt. Die Höhe des Römermonats ergab sich aus dem Monatssold, den die Reichsstände gemäß der Wormser Matrikel von 1521 für ihre Truppenkontingente aufzubringen hatten.

Eine Sonderstellung nahmen die aus den Reichsministerialen hervorgegangenen Reichsritter ein. Sie hatten in Schwaben, Franken und am Rhein dank den Ritterbündnissen ihre Reichsfreiheit behauptet und von Ferdinand I. und Rudolf II. durch kaiserliche Privilegien sicherstellen lassen. Die schwäbische Ritterschaft gab sich 1560 eine Ritterordnung, die fränkische 1590, die rheinische 1652. Alle drei Parteien der Reichsritterschaft traten 1577 in einen Gesamtbund ein. Dieser zerfiel in den schwäbischen, fränkischen und rheinischen Ritterkreis, jeder Kreis in Kantone oder Orte. Jeder Kanton hatte einen Hauptmann, Ritterräte und einen Kantonsausschuß, die das Kantonsdirektorium bildeten. Abgeordnete aller drei Kreise kamen auf Korrespondenztagen zusammen. Die Reichsritter genossen weder die Reichs- noch die Kreisstandschaft. Andererseits waren sie frei von Reichs- und Kreissteuern. Doch verhandelte der Kaiser mit ihnen von Fall zu Fall über sogen. subsidia caritativa. Die Reichsritter hatten das Recht der Austräge; ihre Verbände übten das Recht der autonomen Satzung und der Besteuerung. Die reichsritterschaftlichen Besitzungen waren seit 1590 im Fall der Veräußerung an einen Fremden einem Retraktrechte der einzelnen Reichsritter und der ritterschaftlichen Verbände unterworfen.

§ 71. Das Staatsrecht der Territorien. Die landesherrliche Gewalt verstärkte und erweiterte sich sowohl nach oben hin, im Verhältnis zu Kaiser und Reich, als auch nach unten hin im Verhältnis zu den Untertanen, in welchem sie als eine vom Reiche abgeleitete Staatsgewalt angesehen wurde.

Die Vorrechte, welche die Kurfürsten in der Goldenen Bulle für die Verwaltung der Kurlande erworben hatten, wußten in der Hauptsache auch die übrigen größeren Landesherren zu erringen, das privilegium de non appellando allerdings oft nur als ein privilegium limitatum, d. h. mit der Beschränkung auf Streitsachen, bei denen die Streitsumme einen gewissen Betrag nicht überstieg. Der Westfälische Friede brachte der Landeshoheit (ius territorii et superioritatis) die staatsrechtliche Anerkennung ihres hergebrachten Inhaltes und stellte sie unter die Garantie Frankreichs und Schwedens. Den Landesherren wurde damals das Recht zuerkannt, untereinander und mit auswärtigen Mächten Bündnisse zu schließen, die aber nicht gegen Kaiser und Reich gerichtet sein sollten. Im Anschluß an das Bündnisrecht erwarben die Landesherren das aktive und das passive Gesandtschaftsrecht. Der tatsächlichen Unabhängigkeit der Territorien kam es wesentlich zu statten, daß deutsche Fürsten auswärtige Kronen trugen, und daß auswärtige Mächte deutsche Reichsstände wurden.

Im Verhältnis zu den Untertanen wuchs die Macht der Landesherren, indem sie das ius reformandi und das Kirchenregiment über ihre evangelischen Untertanen erwarben, indem sie die Zahl der Regalien vermehrten, insbesondere ein Forst- und Jagdregal, hier und da auch ein Fischerei- und Mühlenregal geltend machten, und indem sie ihr Besteuerungsrecht erweiterten. Ohne Bewilligung der Landstände konnten sie die herkömmlichen Steuern, kraft Reichsrechtes die Reichs- und Kreissteuern erheben. Der jüngste Reichsabschied verpflichtete die Untertanen, außerdem für Landesfestungen und Besatzungen, ein kaiserliches Kommissionsdekret von 1670, für die Gesandtschaftskosten zum Reichstage, zu Deputations- und Kreistagen Steuern zu zahlen. Damit nicht zufrieden, suchten die Landesherren 1670 mit Hilfe des Reichstages ein unbeschränktes, von der Bewilligung der Landstände unabhängiges ius collectandi durchzusetzen. Kaiser Leopold I. versagte zwar 1671 dem Reichsgutachten die Sanktion und gab nur zu, daß jeder Reichsstand über die reichsgesetzlichen Bestimmungen hinaus das, was rechtmäßig hergebracht sei, an Steuern erheben dürfe. Allein einzelne Reichsstände, wie Bayern und Brandenburg, waren

in der Ausdehnung des Besteuerungsrechtes bereits selbständig vorgegangen. Und im übrigen vermochten es Kaiser und Reich nicht zu verhindern, daß die Landesherren nachträglich in ihren Ländern die Befugnis zur Anerkennung brachten, das Land ohne Zustimmung der Landstände für die durch das landesherrliche Ermessen bestimmten Bedürfnisse zu besteuern.

Die Stellung der Landstände hat sich nach vereinzelten Schwankungen, hier früher, dort später, allgemein seit dem 17. Jahrhundert völlig verschoben. Nachdem die Landeshoheit nach oben hin ihre Unabhängigkeit errungen hatte, konzentrierte sie ihre Kräfte auf die Schwächung der landständischen Macht. Seit dem Ausgang des Dreißigjährigen Krieges war die Niederlage der Landstände fast allenthalben entschieden. Während des Krieges hatten sich in vielen Territorien die Landstände nicht versammelt, in anderen durch engherzige Politik das Wohl des Landes sichtlich geschädigt. Die Städte waren verarmt und daher einflußlos geworden. Der Adel vergaß über seinen Sonderinteressen, die des Landes wahrzunehmen. In den evangelischen Territorien waren die Prälaten nach Durchführung der Säkularisationen hinweggefallen oder auf eine geringe Zahl zusammengeschmolzen. In den katholischen Ländern hatte der Sieg der Gegenreformation die Widerstandskraft der Landstände gebrochen.

Der Niedergang der ständischen Macht äußerte sich in dem Verluste wesentlicher ständischer Rechte, namentlich des Rechtes der Selbstversammlung und des Rechtes der Steuerbewilligung. Die Wahlkapitulation von 1658 untersagte ganz allgemein Zusammenkünfte der Landstände ohne Vorwissen und Bewilligung der Landesherren sowohl in Steuersachen als in anderen Angelegenheiten. Damit „war der Bestand der landständischen Verfassung in den guten Willen der Landesherren gestellt". Sie unterließen die Berufung der Landtage oder ersetzten sie durch ständige Landtagsausschüsse oder nahmen die sprichwörtliche gloria obsequii der Landtage nur noch zur Verteilung oder Aufbringung der Steuern in Anspruch.

In den meisten Territorien bildete sich ein landesherrlicher Absolutismus aus, gestützt auf die Lehre, daß der Landesherr unbeschränkt sei, soweit nicht die Untertanen ein entgegenstehendes Recht beweisen könnten. Wo die Landstände nicht schlechtweg beseitigt wurden, lebten sie ein Scheinleben fort, zu bedeutungslos, als daß es sich verlohnt hätte, sie ausdrücklich aufzuheben. Nur in wenigen Ländern erhielten sie sich in alter Bedeutung entweder bis zur Gegenwart, wie in Medlenburg, oder doch wie in Braunschweig, Hessen, Sachsen, Württemberg, so lange, bis sie durch moderne Repräsentativverfassungen abgelöst wurden. Wo der Absolutismus zur Blüte gelangte, arbeitete er im Sinne der Rechtseinheit und der Rechtsgleichheit der Untertanen mit Hilfe eines geschulten Beamtentums. Dieses wußte, indem es sich gegenseitig stützte, seine Stellung in dem Maße zu befestigen, daß der Staat des aufgeklärten Absolutismus sich regelmäßig zu einem Beamtenstaate gestaltete, in welchem der Wille des Landesherrn an den Traditionen eines zur Pflichttreue erzogenen, für das Gemeinwohl bedachten Beamtentums nicht selten eine wirksame Schranke and.

Die Kriegsverfassung brach mit den letzten Resten des Lehnwesens. Kriegsdienste von Lehnsleuten nahm man zuletzt im Dreißigjährigen Kriege in Anspruch. Die territorialen Streitkräfte bestanden nur noch aus Söldnern, die zunächst für den Kriegsfall angeworben wurden, indem man die Werbung regelmäßig den Obristen überließ. Seit dem Dreißigjährigen Kriege errichteten die mächtigeren Landesherren stehende Heere, deren Werbung unmittelbar durch die Landesverwaltung erfolgte. Im achtzehnten Jahrhundert schob sich die amtliche Aushebung zuerst an die Seite, dann an die Stelle der Werbung. Wie früher auf den höheren, lastete nunmehr der Kriegsdienst auf den unteren, politisch stummen und willenlosen Klassen der Bevölkerung. Vorzugsweise aus den Bauernsöhnen rekrutierte sich das Heer, denn Geburt, Bildung und Vermögen befreiten von der Aushebung. Damit hing es zusammen, daß der Wille des Kriegsherrn in der Blütezeit der Kabinettskriege ebenso schrankenlos war, als er in der Zeit der adeligen Lehnsheere, die das Kriegshandwerk zum Vorrecht der höheren Stände gestaltet hatte, durch den Willen der Vasallen beschränkt worden war. Erst nach der Auflösung des Reiches wurde, zunächst

in Preußen, das Prinzip der ständischen Befreiungen vom Kriegsdienst beseitigt und die Rückkehr zur allgemeinen Wehrpflicht vollzogen, mit der das deutsche Volk einst in die Geschichte eingetreten war.

Das Finanzwesen wies in der Regel den Dualismus ständischer und landesherrlicher Kassen auf. Denn die von den Landständen bewilligten Steuern wurden von den Ständen oder unter deren Kontrolle erhoben, verwendet und von besonderen landständischen Kassen verwaltet. Dagegen speisten die Einkünfte aus dem Domanium (Kammergut und Regalien) die Kasse des Landesherrn, der verpflichtet war, daraus die Kosten der Regierung zu bestreiten. Die getrennte Kassenverwaltung erhielt sich noch, nachdem die Stände die Steuerverwaltung eingebüßt hatten.

Nach dem Vorbilde der österreichischen Verwaltungsreform entstanden in den größeren Territorien ständige, kollegialisch organisierte und mit Berufsbeamten besetzte Zentralbehörden, ein Hofrat, ein davon abgezweigter geheimer Rat, eine Hof-, Rent- oder Domänenkammer. In den evangelischen Ländern schuf man Konsistorien als kirchliche Verwaltungsbehörden. Die Einrichtung der territorialen Hofgerichte oder Kammergerichte gestaltete sich mehr oder minder nach dem Muster des Reichskammergerichtes. Wenn und soweit ein Territorium ein privilegium de non appellando hatte, ergab sich das Bedürfnis, als oberste Instanzen Oberappellationsgerichte oder Tribunale zu errichten.

Die lokale Verwaltung war in der Regel eine dreifache. In den Städten übte sie der Stadtrat. Die Domänen verwaltete ein landesherrlicher Amtmann mit Justiz- und Polizeigewalt. Auf den ritterschaftlichen Besitzungen bestanden patrimoniale Gerichtsbarkeit und patrimoniale Polizei. Als Mittelbehörden fungierten in den einzelnen Landschaften der größeren Territorien entweder landschaftliche Kollegien, Regierungen, Regimente, Kammern oder landesherrliche Beamte mit beigeordneten Räten. Aus einer Verbindung ständisch-kommunalen und landesherrlichen Beamtentums ist in Preußen seit dem 17. Jahrhundert das Amt des Landrats entstanden.

III. Das Strafrecht.

§ 72. Das in Deutschland als fremdes Recht rezipierte Strafrecht war das der italienischen Kriminalisten, dessen Kenntnis insbesondere die juristische Vulgärliteratur vermittelte. Die Praxis zeigte namentlich in Süddeutschland das Bestreben, der Verübung von Verbrechen durch große Härte entgegenzuwirken. Die Todesstrafe wurde willkürlich angewendet und ungebührlich ausgedehnt, weshalb man sich genötigt sah, sie für schwerere Missetaten in grausamer Weise zu steigern und zu verschärfen. Die einreißende Verwilderung machte eine Reform zum dringenden Bedürfnis. Diese erfolgte für das Reich durch die Peinliche Gerichtsordnung Karls V., die teils auf römisch-italienischem, teils auf deutschem Rechte beruhte. Als Strafprozeßordnung angelegt, schiebt sie in die Ordnung des Strafverfahrens eine Regelung des materiellen Strafrechtes ein, indem sie (Artikel 104—180) als Anweisung, richtig zu urteilen, festsetzt, „wann und wie die peinlichen Strafen geschehen" sollen. Die Aufgabe, die sie sich damit stellte, wußte sie für ihre Zeit glänzend zu lösen, indem sie durch die Kennzeichnung der einzelnen Verbrechen und durch Berücksichtigung allgemeiner Strafrechtsbegriffe wie des Versuchs, der Notwehr, der Gehilfschaft, der Zurechnungsfähigkeit, einer wesentlichen Förderung des Strafrechtes Bahn brach. Der herkömmlichen Willkür der Strafjustiz stellte sie den Grundsatz entgegen, daß die Verhängung peinlicher Strafen unzulässig sein solle, wenn nicht das römische Recht für die zu ahndende Missetat oder eine ihr gleichartige eine peinliche Strafe festsetzt. Als peinliche Strafen kennt sie 1. qualifizierte Todesstrafen (vierteilen, lebendig begraben und pfählen, Feuertod und Rad), 2. einfache Todesstrafen (ertränken, Galgentod, Enthauptung mit dem Schwerte), 3. verstümmelnde Strafen (Verlust der Augen, Ohren, Zunge, Hand, einzelner Finger), 4. das Ausstäupen, 5. Ehrenstrafen (Ehrlosigkeit und Pranger). Außerdem verhängt die Carolina Freiheitsstrafen, insbesondere Landesverweisung und Gefängnis für immer oder auf Zeit, und Vermögensstrafen (Konfiskation).

Obwohl die Carolina weder die Anwendung des römischen Rechtes noch die der Landes- und Ortsrechte ausschloß, beherrschte sie auf Jahrhunderte hinaus das deutsche Strafrecht, im einzelnen durch die Landesgesetzgebung und durch die Rechtspflege fortgebildet. In der Literatur und Praxis des Strafrechts erlangten die sächsischen Kriminalisten Matthias Berlich (1586—1638) und Benedikt Carpzov (1595—1666) hohes Ansehen und führende Stellung. Das Strafensystem rückte von dem der Carolina allmählich ab durch Ausbildung von Arbeitsstrafen zu öffentlichen Zwecken und durch die Einrichtung von Zuchthäusern und Arbeitshäusern. Im 18. Jahrhundert wurde Carpzovs Einfluß gebrochen, und zog die naturrechtliche Schule das Strafrecht in den Kreis ihrer Reformbestrebungen hinein. Unter dem Eindrucke der Schrift des Italieners Beccaria Dei delitti e delle pene (1764) setzten sich die Literatur und die Landesgesetzgebung eine dem Geiste der Humanität und der Aufklärung entsprechende Milderung des Strafrechts zum Ziele. Mehr als ein anderer Rechtszweig hat dieses der rechtsphilosophischen Abstraktion zu verdanken, die sich namentlich in den Theorien über den Strafzweck, in den sogen. Strafrechtstheorien, zur Geltung brachte.

Das gemeine deutsche Strafrecht wurde im größten Teile Deutschlands durch die kodifizierende Landesgesetzgebung ausgeschlossen. Der damit aufwuchernde Partikularismus machte aber schließlich einer unifizierenden Entwicklung Platz, dank dem Ansehen und dem Herrschaftsgebiete, die das preußische Strafgesetzbuch vom 14. April 1851 gewann. Nach dessen Vorbild wurde das Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund vom 31. Mai 1870 ausgearbeitet, das jetzt als Reichsstrafgesetzbuch in einer Redaktion vom 26. Februar 1876 in Geltung ist.

IV. Das Gerichtsverfahren.

§ 73. Der Strafprozeß. Auf dem Gebiete des Prozeßrechtes wurde, nicht ohne Beibehaltung deutschrechtlicher Grundsätze, das Verfahren rezipiert, welches auf Grundlage des römischen und kanonischen Rechtes die italienische Praxis ausgebildet hatte. Die deutschrechtliche Scheidung zwischen Richter und Urteilfindern fiel hinweg, als die Rechtskenntnis Monopol der gelehrten Juristen wurde. Das Urteil fällte nunmehr der Richter selbst oder ein richterliches Kollegium. An Stelle des mündlichen und öffentlichen Verfahrens trat ein schriftliches und geheimes. Das formale Beweisverfahren des deutschen Rechts war von vornherein dem Untergange geweiht, da es nicht gelang, eine der vorhandenen Beweisformen zum Rahmen eines materiellen Beweisrechtes umzubilden, wie dies in England durch Umbildung des Inquisitionsbeweises zur Jury geschah. Doch vermochte man nicht vollständig mit den alten Grundsätzen zu brechen. Die deutschrechtliche Auffassung von der Gebundenheit des richterlichen Ermessens kam bezüglich des Beweisergebnisses in den gesetzlichen Beweistheorien aufs neue zum Ausdruck.

Im Strafprozeß wurde das im kanonischen Rechte ausgebildete Inquisitionsprinzip zur Durchführung gebracht. Da man auf ein bloßes Zusammentreffen der Umstände hin nicht zu verurteilen wagte, arbeitete man auf ein Geständnis des Inkulpaten hin (confessio est regina probationum). Um ein Geständnis herbeizuführen, wendete man die Tortur an. Während die Carolina neben dem amtlichen Inquisitionsprozeß noch ein durch Anklage eingeleitetes Strafverfahren, den Akkusationsprozeß, als gleichberechtigt anerkannte und in dem sogen. endlichen Rechtstag ein öffentliches und mündliches Schlußverfahren bewahrte, gelangte in der Praxis der Inquisitionsprozeß zur ausschließlichen Herrschaft, und wurde mit dem endlichen Rechtstag, den man als überflüssig fallen ließ, das letzte Stück von Öffentlichkeit und Mündlichkeit ausgemerzt. Die in der Carolina innerhalb gewisser Schranken zugelassene und vorgeschriebene Folterung des Angeschuldigten wurde nach dem Vorgange Friedrichs des Großen, der sie, mit Vorbehalt weniger Ausnahmefälle, in der Kabinettsorder vom 3. Juni 1740 verbot, durch die Landesgesetzgebung allenthalben beseitigt.

In der Zeit der französischen Vorherrschaft gelangte in einem Teile Deutschlands das französische Strafprozeßrecht mit Öffentlichkeit und Mündlichkeit, Staatsanwaltschaft und Geschworenen zur Geltung. Damit begann der Kampf zwischen dem französischen

Vorbild und dem auf das italienische Recht zurückgehenden Inquisitionsprozeß. Die deutsche Landesgesetzgebung suchte diesen zunächst unter Festhaltung seiner Grundlagen zu reformieren. Allein unter dem Druck der Bewegung des Jahres 1848 wurde in den meisten deutschen Staaten die Institution der Schwurgerichte, die den eigentlichen Mittelpunkt des Streites gebildet hatte, und zwar nach französischem Muster, rezipiert. Damit war der Sieg der französischen Form des Strafverfahrens in der Hauptsache entschieden. Der gemeine Inquisitionsprozeß erhielt sich nur noch in den beiden Mecklenburg und in den beiden Lippe. In einzelnen Staaten, so in Hannover (1850), in Oldenburg, Kurhessen, Bremen, Baden, in den preußischen Erwerbungen von 1866, in Württemberg und in Sachsen, wurde, und zwar in der Regel für Strafsachen unterster Ordnung, die Einrichtung der Schöffengerichte aufgenommen.

Zur Einheit des Strafprozeßrechtes gelangte das Deutsche Reich durch die Reichsstrafprozeßordnung vom 1. Februar 1877, nach welcher die Strafsachen unterster Ordnung den Schöffengerichten, die Strafsachen mittlerer Ordnung den Kammern der Landgerichte, die Strafsachen höchster Ordnung den Schwurgerichten zugewiesen sind.

§ 74. Der Zivilprozeß. Für die Entwicklung des Zivilprozeßrechtes sind in der Zeit der Rezeption zwei Rechtsgebiete zu unterscheiden, das Gebiet des älteren Reichsprozesses, d. h. des Verfahrens, wie es sich am Reichskammergerichte ausbildete, und das Gebiet des sächsischen Prozesses.

Das kammergerichtliche Verfahren gestaltete sich zwar nicht sofort als ein schriftliches. Den Parteien war es ursprünglich nicht auferlegt, sondern nur gestattet, wenn sie wollten, ihre Sachen in Schriften vorzubringen. Aber schon 1507 wurde dies ihren Vertretern zur Pflicht gemacht. Hatte der Kläger seine Klage schriftlich überreicht, so wurde der Beklagte behufs Mitteilung der Klage zu einem Termin vorgeladen, in welchem er Abschrift der Klage und die Gestattung eines neuen Termines erbitten konnte. Nach der „Kriegsbefestigung" (Litiskontestation), welche die Absicht der beiden Parteien feststellte, in den Prozeß einzutreten, und den Beklagten verpflichtete, die Klage zu verantworten, mußten beide Teile den Gefährdeeid, das iuramentum calumniae, schwören. Dann erst erfolgte die Aufstellung der Klagetatsachen und der etwaigen Einredetatsachen. Kläger und Beklagter hatten die sogen. Positionen oder Artikel zu übergeben; sie mußten nämlich zur Vorbereitung des Beweisverfahrens die Behauptungen, die der Klage bezw. der Einrede zu Grunde lagen, in einzelne Artikel auflösen, über die der Gegner bei seinem Gefährdeeid sich zu erklären hatte, ob er sie zugestehe oder nicht. Sache der Parteien war es dann, ohne daß ein Beweisurteil erging, von ihren Behauptungen diejenigen zu beweisen, die der Gegner nicht ausdrücklich zugestand oder wegen Ungehorsams als zugestehend erachtet wurde. Im Beweisverfahren kam der vom Beweisführer (Probanten) dem Gegner zugeschobene und referible Haupteid (iuramentum delatum und relatum) zur Anwendung. Auch konnte der Richter zur Ergänzung eines unvollständigen Beweises einen Erfüllungseid, iuramentum suppletorium, oder zur Entkräftung vorhandener Indizien einen Reinigungseid, iuramentum purgatorium, auferlegen. Handelte es sich um einen Zeugenbeweis, so leisteten die Zeugen zunächst ein eidliches Wahrheitsversprechen, um daraufhin vom Richter in Abwesenheit der Parteien nach Artikeln und Fragestücken vernommen zu werden. Nach Erschöpfung der Verhandlung beschlossen die Parteien, daß sie „nichts Neues mögen fürbringen oder beweisen", wofür der Richter einen besonderen Termin (ad producendum omnia et concludendum) setzen mochte. Als Zwangsmittel gegen den Ungehorsam des Beklagten, der die Einlassung verweigerte oder nicht vor Gericht erschien, dienten die Einsetzung des Klägers in die Güter des Beklagten (Einsatz, missio in bona) und die Acht. Doch stellte schon der ältere Reichsprozeß dem Kläger daneben den Beweis der Klage zur Wahl.

Das ganze Verfahren, dem jede Gliederung und jeder Ruhepunkt, insbesondere ein zwingender Abschluß der Parteihandlungen, fehlte, war außerordentlich schwerfällig und weitläufig und hielt der Prozeßschikane Türen und Tore offen, so daß es zu gerechten Beschwerden Anlaß ergab.

Im sächsischen Prozeß haben sich neben den durch die italienische Rechtswissenschaft vermittelten Grundlagen Prozeßinstitute des heimischen Rechtes triebkräftig erhalten. Der sächsische Prozeß verschmähte das artikulierte Verfahren, bildete ein generelles, der Rechtskraft fähiges Beweisurteil aus, kraft dessen der Kläger den Grund der Klage, der Beklagte den der Einrede beweisen sollte, und ging im Fall des Ungehorsams endgültig mit der Verurteilung des Beklagten vor.

Die „Schärfe" des sächsischen Verfahrens wirkte als Vorbild auf die Reichsgesetzgebung ein, als diese zur dringend nötig gewordenen Reform des Reichsprozesses schritt. Um den üblichen Verschleppungen vorzubeugen, beseitigte der jüngste Reichsabschied das artikulierte Verfahren, er verpflichtete den Kläger, in der Klagschrift den Tatbestand kurz und nervose, jedoch deutlich, distincte und klar auszuführen mit Anhängung der Klagbitte, er legte dem Beklagten auf, im ersten Termin auf alle Punkte der Klage bestimmt zu antworten und sämtliche Einreden bei Strafe der Präklusion anzubringen. Der Kläger konnte in einem zweiten Termine replizieren, der Beklagte in einem dritten Termine duplizieren. Bei Ungehorsam des Beklagten sollte nicht mehr auf Einsatz und Acht verfahren, sondern über den Beweis der Klage in der Sache gegen den Beklagten erkannt werden. Auf dem Wege des Gerichtsgebrauches bildete das gemeine Zivilprozeßrecht im weiteren Verlauf seiner Entwickelung unter dem Einfluß der sächsischen Juristen Mevius und Carpzov ein spezialisiertes Beweisurteil aus, das die einzelnen für die Entscheidung des Rechtsstreites maßgebenden Tatsachen zum Beweise stellte.

Durch die neuere Partikulargesetzgebung sagte sich der größere Teil Deutschlands von den Grundsätzen des gemeinen Zivilprozeßrechtes los. In Preußen schritt man zu einer völligen Neugestaltung des Verfahrens, die in der allgemeinen Gerichtsordnung von 1793/5 ihren Abschluß fand, mit dem Verhandlungsprinzip und mit der Eventualmaxime brach und das Untersuchungsprinzip in den bürgerlichen Rechtsgang einführte. Links des Rheins blieb nach Beseitigung der französischen Herrschaft das französische Prozeßrecht in Geltung, das auf den Grundlagen der Öffentlichkeit und Mündlichkeit beruhte. Es diente der deutschen Landesgesetzgebung seit 1848, insbesondere der hannoverschen Prozeßordnung vom 8. November 1850, zum Vorbild. Im Anschluß an die damit angebahnte Reformbewegung schuf die Reichszivilprozeßordnung vom 30. Januar 1877 ein Verfahren, das auf die Verhandlungsmaxime, auf die Öffentlichkeit und Mündlichkeit, auf den unmittelbaren Prozeßbetrieb der Parteien und auf das Prinzip der freien richterlichen Beweiswürdigung gebaut ist.

V. Das Privatrecht.

§ 75. Auf dem Gebiete des Privatrechtes hat die Rezeption der fremden Rechte zwar sehr intensiv gewirkt, aber durchaus nicht etwa das gesamte deutsche Recht außer Kraft gesetzt. Es erhielt sich für Rechtsverhältnisse, die dem römischen Rechte unbekannt waren, wie die Reallasten. Römisches Recht wurde nicht aufgenommen, wenn das betreffende römische Rechtsverhältnis in Deutschland fremd war, wie das bezüglich der römischen Sklaverei zutraf. Rechtsverhältnisse, die beide Rechte kannten, hatten häufig dieselbe Normierung, oder es hatte sich das deutsche Recht der des römischen bereits genähert. Dann trat wenigstens nichts durchaus Fremdes an die Stelle des Alten. Von einem eigentlichen Kampfe konnte nur so weit die Rede sein, als beide Rechte dasselbe Verhältnis verschieden normierten. Das Ergebnis war ein verschiedenes. Entweder wurde der deutsche Rechtssatz ausgestoßen oder die Rezeption des römischen abgelehnt, oder es fand eine gegenseitige Modifikation statt, eine Verschmelzung römischrechtlicher und deutschrechtlicher Grundsätze. Nicht selten hat ein deutschrechtliches Institut nur ein römischrechtliches Gewand oder einen römischen Namen erhalten, so z. B. dadurch, daß man die Aufhebung der väterlichen Gewalt durch Gründung einer selbständigen Wirtschaft als emancipatio auffaßte. Sogar völlig neue Rechtsinstitute bildeten sich durch Verquickung römischer und deutscher Rechtsideen, so das Familienfideikommiß. Weder das römische noch das deutsche Recht sind seit der Rezeption auf ihrem damaligen Standpunkte stehen geblieben; beide

haben sich seitdem fortgebildet. Namentlich das moderne Verkehrsrecht schuf eine große Anzahl neuer Einrichtungen, für die es dem römischen Rechte an Vorbildern fehlt.

Im allgemeinen läßt sich das Verhältnis beider Rechte für das ausgehende neunzehnte Jahrhundert etwa in folgender Art bestimmen. In Fragen der Rechts- und der Geschäftsfähigkeit war das römische Recht nicht als Grundlage anzusehen. Die Lehre von der Vollmacht fand im fremden Rechte keine haltbaren Anknüpfungspunkte. Das Körperschafts- und Gesellschaftsrecht hatte germanisches Gepräge. Das Recht der Wertpapiere beruht auf deutschrechtlichen Gedanken. Im Sachenrechte besaßen die dem deutschen Rechte entlehnten Bestandteile das Übergewicht. Die römische Besitzlehre war zwar im allgemeinen rezipiert, aber umgestaltet, der Begriff des Rechtsbesitzes auf eine breitere Basis gestellt worden. Die Lehre vom Eigentumserwerb hatte zum Teil infolge der Ausbildung besonderer, aus den Regalien hervorgegangener Aneignungsrechte (Jagd-, Fischerei- und Bergrecht) vom römischen Rechte durchaus abweichende Rechtssätze aufzuweisen. Im größten Teile Deutschlands war durch die Einrichtung der öffentlichen Bücher das deutsche Auflassungsprinzip mehr oder minder gewahrt oder wiederhergestellt worden. Dasselbe galt von der Ausschließung der Fahrnisklage kraft des Grundsatzes: Hand muß Hand wahren. Das deutsche Pfandrecht an Liegenschaften war zwar durch die Rezeption in arge Verwirrung gebracht, aber fast überall auf Grund deutscher Rechtsprinzipien reformiert worden. Gemeines Immobiliarrecht galt schließlich im wesentlichen unverändert nur noch im preußischen Amtsgerichte Homburg und für etliche Grundstücke des mecklenburgischen Anteils an Ratzeburg. Die Reallasten, die eigenartigen Rechtsverhältnisse der deutschen Bauerngüter und das Lehnrecht fußten auf völlig unrömischen Grundlagen. Im Obligationenrechte hat, abgesehen von den Instituten des Handels- und Seerechts, des Wechselrechts und des Versicherungsrechts, das römische Recht bei der Auseinandersetzung den Schwertteil davongetragen. Dennoch bestanden wesentliche Abweichungen. Das streng persönliche Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner, wie es die römische Obligatio kennzeichnet, blieb uns fremd. Daher die Übertragbarkeit der Forderungen, der Erwerb der Forderung im Wege unmittelbarer Stellvertretung, daher die Verträge über Leistungen an Dritte und zu gunsten Dritter. Das römische Recht kannte nicht die allgemeine Klagbarkeit der Schuldverträge und entbehrte zahlreiche und wichtige Vertragsarten des modernen Rechtes, wofür die Versicherungsverträge, die Leibrentenverträge, die durch Begebung von Wertpapieren abgeschlossenen Verträge, der Maklervertrag, der Verlagsvertrag als Beispiele dienen mögen. Im Familienrechte überwog das deutsche Recht. Für das eheliche Güterrecht galt der unrömische Grundsatz der Vertragsfreiheit, und bestanden die drei deutschrechtlichen Güterrechtssysteme der Verwaltungsgemeinschaft, der allgemeinen und der beschränkten Gütergemeinschaft, während das römische Dotalrecht nur in einem sehr geringen Teile Deutschlands Wurzel zu fassen vermochte. Die römische patria potestas ist ebensowenig wie das römische Pekulienrecht in unser Rechtsleben eingedrungen. Unsere Vormundschaft besaß infolge der Ausbildung der Obervormundschaft des Staates einen von der römischen völlig verschiedenen Charakter. Auch das Erbrecht enthielt neben seinen römischrechtlichen Grundlagen eine Masse deutschrechtlicher Bestandteile, so die Erbverträge und Erbverzichte, das Institut der Testamentsvollstrecker, die Fideikommiß- und Lehnserbfolge, zu geschweigen von der Geltung deutscher Erbrechtssätze in den Kodifikationen und Partikularrechten. Urheber- und Patentrecht, Namen-, Marken- und Firmenrecht, Gewerberecht und Bergrecht sind deutsch.

Im Bürgerlichen Gesetzbuch stellt sich die Mischung römischrechtlicher und deutschrechtlicher Grundlagen ähnlich wie im früheren Rechte. Die römischen überwiegen im Obligationen- und Erbrecht, die deutschen im Sachen- und Familienrecht. Doch hat sich das Verhältnis merklich zu gunsten des deutschen Rechtes verschoben. Die Materien, die das Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch den Landesrechten überließ, beherrscht das deutsche Recht.

Im sächsischen Prozeß haben sich neben den durch die italienische Rechtswissenschaft vermittelten Grundlagen Prozeßinstitute des heimischen Rechtes triebkräftig erhalten. Der sächsische Prozeß verschmähte das artikulierte Verfahren, bildete ein generelles, der Rechtskraft fähiges Beweisurteil aus, kraft dessen der Kläger den Grund der Klage, der Beklagte den der Einrede beweisen sollte, und ging im Fall des Ungehorsams endgültig mit der Verurteilung des Beklagten vor.

Die „Schärfe" des sächsischen Verfahrens wirkte als Vorbild auf die Reichsgesetzgebung ein, als diese zur dringend nötig gewordenen Reform des Reichsprozesses schritt. Um den üblichen Verschleppungen vorzubeugen, beseitigte der jüngste Reichsabschied das artikulierte Verfahren, er verpflichtete den Kläger, in der Klagschrift den Tatbestand kurz und nervose, jedoch deutlich, distincte und klar auszuführen mit Anhängung der Klagbitte, er legte dem Beklagten auf, im ersten Termin auf alle Punkte der Klage bestimmt zu antworten und sämtliche Einreden bei Strafe der Präklusion anzubringen. Der Kläger konnte in einem zweiten Termine replizieren, der Beklagte in einem dritten Termine duplizieren. Bei Ungehorsam des Beklagten sollte nicht mehr auf Einsatz und Acht verfahren, sondern über den Beweis der Klage in der Sache gegen den Beklagten erkannt werden. Auf dem Wege des Gerichtsgebrauches bildete das gemeine Zivilprozeßrecht im weiteren Verlauf seiner Entwickelung unter dem Einfluß der sächsischen Juristen Mevius und Carpzov ein spezialisiertes Beweisurteil aus, das die einzelnen für die Entscheidung des Rechtsstreites maßgebenden Tatsachen zum Beweise stellte.

Durch die neuere Partikulargesetzgebung sagte sich der größere Teil Deutschlands von den Grundsätzen des gemeinen Zivilprozeßrechtes los. In Preußen schritt man zu einer völligen Neugestaltung des Verfahrens, die in der allgemeinen Gerichtsordnung von 1793/5 ihren Abschluß fand, mit dem Verhandlungsprinzip und mit der Eventualmaxime brach und das Untersuchungsprinzip in den bürgerlichen Rechtsgang einführte. Links des Rheins blieb nach Beseitigung der französischen Herrschaft das französische Prozeßrecht in Geltung, das auf den Grundlagen der Öffentlichkeit und Mündlichkeit beruhte. Es diente der deutschen Landesgesetzgebung seit 1848, insbesondere der hannoverschen Prozeßordnung vom 8. November 1850, zum Vorbild. Im Anschluß an die damit angebahnte Reformbewegung schuf die Reichszivilprozeßordnung vom 30. Januar 1877 ein Verfahren, das auf die Verhandlungsmaxime, auf die Öffentlichkeit und Mündlichkeit, auf den unmittelbaren Prozeßbetrieb der Parteien und auf das Prinzip der freien richterlichen Beweiswürdigung gebaut ist.

V. Das Privatrecht.

§ 75. Auf dem Gebiete des Privatrechtes hat die Rezeption der fremden Rechte zwar sehr intensiv gewirkt, aber durchaus nicht etwa das gesamte deutsche Recht außer Kraft gesetzt. Es erhielt sich für Rechtsverhältnisse, die dem römischen Rechte unbekannt waren, wie die Reallasten. Römisches Recht wurde nicht aufgenommen, wenn das betreffende römische Rechtsverhältnis in Deutschland fremd war, wie das bezüglich der römischen Sklaverei zutraf. Rechtsverhältnisse, die beide Rechte kannten, hatten häufig dieselbe Normierung, oder es hatte sich das deutsche Recht der des römischen bereits genähert. Dann trat wenigstens nichts durchaus Fremdes an die Stelle des Alten. Von einem eigentlichen Kampfe konnte nur so weit die Rede sein, als beide Rechte dasselbe Verhältnis verschieden normierten. Das Ergebnis war ein verschiedenes. Entweder wurde der deutsche Rechtssatz ausgestoßen oder die Rezeption des römischen abgelehnt, oder es fand eine gegenseitige Modifikation statt, eine Verschmelzung römischrechtlicher und deutschrechtlicher Grundsätze. Nicht selten hat ein deutschrechtliches Institut nur ein römischrechtliches Gewand oder einen römischen Namen erhalten, so z. B. dadurch, daß man die Aufhebung der väterlichen Gewalt durch Gründung einer selbständigen Wirtschaft als emancipatio auffaßte. Sogar völlig neue Rechtsinstitute bildeten sich durch Verquickung römischer und deutscher Rechtsideen, so das Familienfideikommiß. Weder das römische noch das deutsche Recht sind seit der Rezeption auf ihrem damaligen Standpunkte stehen geblieben; beide

haben sich seitdem fortgebildet. Namentlich das moderne Verkehrsrecht schuf eine große Anzahl neuer Einrichtungen, für die es dem römischen Rechte an Vorbildern fehlt.

Im allgemeinen läßt sich das Verhältnis beider Rechte für das ausgehende neunzehnte Jahrhundert etwa in folgender Art bestimmen. In Fragen der Rechts- und der Geschäftsfähigkeit war das römische Recht nicht als Grundlage anzusehen. Die Lehre von der Vollmacht fand im fremden Rechte keine haltbaren Anknüpfungspunkte. Das Körperschafts- und Gesellschaftsrecht hatte germanisches Gepräge. Das Recht der Wertpapiere beruht auf deutschrechtlichen Gedanken. Im Sachenrechte besaßen die dem deutschen Rechte entlehnten Bestandteile das Übergewicht. Die römische Besitzlehre war zwar im allgemeinen rezipiert, aber umgestaltet, der Begriff des Rechtsbesitzes auf eine breitere Basis gestellt worden. Die Lehre vom Eigentumserwerb hatte zum Teil infolge der Ausbildung besonderer, aus den Regalien hervorgegangener Aneignungsrechte (Jagd-, Fischerei- und Bergrecht) vom römischen Rechte durchaus abweichende Rechtssätze aufzuweisen. Im größten Teile Deutschlands war durch die Einrichtung der öffentlichen Bücher das deutsche Auflassungsprinzip mehr oder minder gewahrt oder wiederhergestellt worden. Dasselbe galt von der Ausschließung der Fahrnisklage kraft des Grundsatzes: Hand muß Hand wahren. Das deutsche Pfandrecht an Liegenschaften war zwar durch die Rezeption in arge Verwirrung gebracht, aber fast überall auf Grund deutscher Rechtsprinzipien reformiert worden. Gemeines Immobiliarrecht galt schließlich im wesentlichen unverändert nur noch im preußischen Amtsgerichte Homburg und für etliche Grundstücke des mecklenburgischen Anteils an Ratzeburg. Die Reallasten, die eigenartigen Rechtsverhältnisse der deutschen Bauerngüter und das Lehnrecht fußten auf völlig unrömischen Grundlagen. Im Obligationenrechte hat, abgesehen von den Instituten des Handels- und Seerechts, des Wechselrechts und des Versicherungsrechts, das römische Recht bei der Auseinandersetzung den Schwertteil davongetragen. Dennoch bestanden wesentliche Abweichungen. Das streng persönliche Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner, wie es die römische Obligatio kennzeichnet, blieb uns fremd. Daher die Übertragbarkeit der Forderungen, der Erwerb der Forderung im Wege unmittelbarer Stellvertretung, daher die Verträge über Leistungen an Dritte und zu gunsten Dritter. Das römische Recht kannte nicht die allgemeine Klagbarkeit der Schuldverträge und entbehrte zahlreiche und wichtige Vertragsarten des modernen Rechtes, wofür die Versicherungsverträge, die Leibrentenverträge, die durch Begebung von Wertpapieren abgeschlossenen Verträge, der Maklervertrag, der Verlagsvertrag als Beispiele dienen mögen. Im Familienrechte überwog das deutsche Recht. Für das eheliche Güterrecht galt der unrömische Grundsatz der Vertragsfreiheit, und bestanden die drei deutschrechtlichen Güterrechtssysteme der Verwaltungsgemeinschaft, der allgemeinen und der beschränkten Gütergemeinschaft, während das römische Dotalrecht nur in einem sehr geringen Teile Deutschlands Wurzel zu fassen vermochte. Die römische patria potestas ist ebensowenig wie das römische Pekulienrecht in unser Rechtsleben eingedrungen. Unsere Vormundschaft besaß infolge der Ausbildung der Obervormundschaft des Staates einen von der römischen völlig verschiedenen Charakter. Auch das Erbrecht enthielt neben seinen römischrechtlichen Grundlagen eine Masse deutschrechtlicher Bestandteile, so die Erbverträge und Erbverzichte, das Institut der Testamentsvollstrecker, die Fideikommiß- und Lehnserbfolge, zu geschweigen von der Geltung deutscher Erbrechtssätze in den Kodifikationen und Partikularrechten. Urheber- und Patentrecht, Namen-, Marken- und Firmenrecht, Gewerberecht und Bergrecht sind deutsch.

Im Bürgerlichen Gesetzbuch stellt sich die Mischung römischrechtlicher und deutschrechtlicher Grundlagen ähnlich wie im früheren Rechte. Die römischen überwiegen im Obligationen- und Erbrecht, die deutschen im Sachen- und Familienrecht. Doch hat sich das Verhältnis merklich zu gunsten des deutschen Rechtes verschoben. Die Materien, die das Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch den Landesrechten überließ, beherrscht das deutsche Recht.

Die nachstehende Bearbeitung der Brunsschen Darstellung des gemeinen Rechts hatte vor allem mit der Schwierigkeit zu kämpfen, daß Bruns dasselbe noch als geltendes behandelt hat, während es derzeit der Vergangenheit angehört. Es war nicht möglich, ohne Schädigung des stilistischen Aufbaus das von Bruns Gesagte einfach in die vergangene Zeitform zu übersetzen, und die Bearbeitung hat deshalb dieses Verfahren auf jene Stellen beschränkt, wo es dringend geboten war, im übrigen vom Leser erwartend, daß er von den konkreten Zeitverhältnissen abstrahiert und das Pandektenrecht losgelöst von seiner historischen Bedingtheit sich vergegenwärtigt. Die Ansichten von Bruns-Eck konnten nicht überall festgehalten werden, und es sind größere Abänderungen des Bearbeiters durch Spitzklammern ⟨ ⟩ als solche gekennzeichnet worden. Kleinere, bloß redaktionelle Umänderungen und Einschaltungen, insbesondere die nachgetragenen Literaturangaben, sind nicht besonders kenntlich gemacht. Was an der vorliegenden Arbeit von Eck herrührt, war in dessen Redaktion nicht ersichtlich gemacht worden und konnte darum auch jetzt nicht besonders ausgezeichnet werden.

Einleitung.

§ 1. Grundlagen des gemeinen deutschen Rechts waren das römische und das deutsche. Das Verhältnis derselben war im Privatrecht ein höchst eigentümliches. Im Leben und in der praktischen Anwendung waren beide auf das engste verbunden und gingen vollständig ineinander über. In der Theorie wurden sie dagegen in einer ziemlich scharfen Trennung voneinander gehalten; in den akademischen Vorlesungen namentlich und in den Lehrbüchern wurden beide als Pandekten oder „heutiges römisches Recht" und als deutsches Privatrecht vollständig voneinander geschieden. Doch war die Trennung nicht so, als ob unter dem ersteren rein römisches, unter dem anderen alles deutsche Recht gegeben worden wäre. Vielmehr verstand man unter heutigem römischen Rechte das römische Recht in seiner modernen praktischen Gestalt, also mit allen den Modifikationen, die es durch das kanonische und das deutsche Recht erhalten hatte, im deutschen Privatrecht aber wurde das deutsche Recht nur insoweit dargestellt, als es auf selbständigen deutschen Rechtsideen und -instituten beruhte. Im allgemeinen war dabei das Verhältnis so, daß das römische Recht das eigentliche vollständige und zusammenhängende System des Rechts gab, das deutsche mehr nur in einer Reihe einzelner Änderungen und Ergänzungen des römischen und in einzelnen neuen Gestaltungen des modernen Lebens bestand. Die ganze Scheidung scheint zunächst sehr zufällig nur nach der äußeren Quelle zu sein, indessen hatte sie ihren tieferen Grund in dem Grundcharakter sowohl des römischen als des deutschen Rechts. Das römische Recht hat seine Bedeutung hauptsächlich in der Ausbildung der allgemeinen abstrakten Grundlagen des Rechts, sowohl im sogenannten allgemeinen Teile des Rechts als bei den einzelnen Rechten, das deutsche Recht hat sich dagegen hauptsächlich in der Entwicklung der besonderen einzelnen Kreise des sozialen und staatlichen Organismus bewegt und die darauf beruhenden besonderen Gestaltungen der allgemeinen Rechtsbegriffe zur Ausbildung gebracht. Die Grenze zwischen beiden war natürlich nicht scharf, und man hat daher die ganze Scheidung angegriffen und die Forderung aufgestellt, wie das Recht im Leben nur ein zusammenhängendes Ganze sei, so müsse es auch in der Theorie zu einem Systeme verbunden werden, die stete Trennung beider Rechte verhindere jede klare Auffassung und Darstellung des wirklich praktischen Rechts. Der Vorwurf war aber nicht begründet. Die ältere Theorie hatte die Trennung noch nicht, allein bei der Verbindung wurden weder das römische noch das deutsche Recht in ihrer Eigentümlichkeit erkannt und daher vielfach praktische Resultate von sehr unklarer Begründung und zweifelhaftem Werte gewonnen. Gerade erst durch die Trennung beider Rechte war Klarheit in ihre Auffassung gebracht worden. Man hatte namentlich eingesehen, daß es in der Tat zwei verschiedene Seiten des Rechtslebens seien, die durch die beiden Rechte repräsentiert wurden und die wirklich eine gewisse Verschiedenheit der Behandlung forderten. Es ist zwar nicht zu leugnen, daß dadurch zum Teil ein gewisser übertriebener — sowohl romanistischer als germanistischer — Purismus in die Behandlung gebracht wurde, der die praktischen Resultate mitunter gefährdete. Man hat besonders beim römischen Rechte, dessen eigentümlicher Geist in Deutschland immer etwas Fremdartiges behielt, vielfach geglaubt, nicht genug die reine Erkenntnis hervorheben zu können, und seine moderne

praktische Gestaltung darüber vernachlässigt. Indessen lag die Gefahr dabei weniger in der Trennung des römischen Systems von den deutschen Rechtsinstituten als darin, daß man bei den römischen Instituten ihre Modifikationen in der heutigen Praxis nicht in Betracht zog, ein Fehler und eine Gefahr, die durch die bloße Verbindung der beiden Systeme in gar keiner Weise gehoben worden wäre. Nur durch Detailuntersuchungen, nicht durch Gesamtdarstellungen, ließ sich dieses beseitigen. Aus diesen Gründen ist denn auch in der vorliegenden Darstellung des Pandektenrechts die Scheidung der beiden Rechte beibehalten.

Dabei hat man sich nun aber von vornherein sehr vor der Vorstellung zu hüten, als ob das, was man das System des Pandektenrechts nennt, wirklich einfach das römische Recht gewesen wäre. In diesem Recht steckte die Arbeit, geistige Entwicklung und Wissenschaft fast des gesamten modernen Europas. Das Pandektenrechtssystem war keineswegs das wirklich römische. Schon im Inhalte war es von Anfang bis zu Ende durchzogen von modernen Ideen. Noch mehr aber war die ganze Form wesentlich eine neue Schöpfung des modernen Geistes, an der fast alle Nationen mitgearbeitet haben. Dieses prinzipielle Erfassen, Gliedern und Schematisieren der Rechtsbegriffe war die Tat der Neuzeit. Die Römer hatten allerdings den eigentlichen Hauptstoff dazu geliefert; man darf aber nicht glauben, daß, wenn Stoff und Inhalt gegeben seien, dann die Findung der wissenschaftlichen Form eine einfache und leichte Sache sei. Die Römer haben sie gar nicht gefunden, und nach der Rezeption hat es Jahrhunderte gebraucht, um sie einigermaßen zu erfassen. Eine kurze Übersicht über den Entwicklungsgang der romanistischen Rechtswissenschaft seit dem Mittelalter wird zeigen, wie schwer der modernen Wissenschaft die Aufgabe geworden ist.

§ 2. Die Entwicklung der romanistischen Wissenschaft seit den Glossatoren hat — kurz bezeichnet — die Richtung des Fortschritts von einfacher Rezeption des römischen Rechts zu selbständiger wissenschaftlicher Reproduktion desselben. Der Anfang ist Aufnahme des überlieferten Details des römischen Rechts, das Ziel Begründung dieses Details im Gesamtsysteme des Rechts. Dementsprechend ist die Methode im Anfange Exegese der einzelnen Stellen, am Ziele dogmatische Konstruktion des Systems. Die Hauptstufen der Entwicklung sind dabei folgende:

1. Die Glossatoren. Die erste Aufgabe war, die Masse des römischen Details als solchen in das Bewußtsein und Verständnis der neuen Welt aufzunehmen, also die einzelnen Aussprüche als solche ihrem unmittelbaren Wortlaute und praktischen Gehalte nach zu erklären, sie miteinander zu vergleichen, die Widersprüche hervorzuheben, die Begriffe und Rechtsregeln daraus zu abstrahieren und in äußeren Zusammenstellungen zu ordnen. In der Lösung dieser Aufgabe liegt die Hauptbedeutung der glossatorischen Wissenschaft. Die hauptsächlichsten Werke sind die sogenannte glossa ordinaria von Accursius († um das Jahr 1260) und die Summae in codicem von Rogerius, Placentinus und Azo.

2. Die Postglossatoren, d. h. die italienischen Juristen von den Glossatoren an (1250) bis zum sechzehnten Jahrhundert. Die nächste Aufgabe war, die Modifikationen, die das römische Recht bei seiner Anwendung auf die neuen Verhältnisse notwendig in Gewohnheit und Praxis erleiden mußte, in die Theorie mit aufzunehmen, darin zu bearbeiten und mit dem römischen Rechte selbst zu verbinden. Darin liegt die Hauptbedeutung der Wissenschaft dieser Zeit. Die Erkenntnis des römischen Rechts selber wird dabei nicht sehr gefördert, seine Theorie besteht fast nur in scholastischer Bearbeitung der Glosse ohne selbständiges Quellenstudium, doch werden dabei die Begriffe schulmäßiger gestaltet mit Definitionen, Terminologieen, Distinktionen u. s. w. Die Hauptvertreter sind Durantis († 1296), Bartolus († 1357), Baldus († 1400).

3. Die französischen Juristen des sechzehnten und siebzehnten Jahrhunderts. Die italienische Wissenschaft war rein praktisch, ohne andere Hilfsmittel als das corpus iuris und den praktischen Verstand. Dies war für die Erkenntnis des römischen Rechts nicht ausreichend. Ohne einen gelehrten Apparat philologischer und

historischer Kenntnisse war ein tieferes und reineres Verständnis nicht möglich. Die französischen Juristen waren es, welche die durch die Renaissance belebten philologischen und historischen Studien auch auf das römische Recht übertrugen. Der kritische Geist der Reformation ließ sie zugleich die Autorität der Glosse und überhaupt traditioneller Dogmen durchbrechen und auf der reineren Exegese eine reinere Dogmatik aufbauen. Cujas († 1590) und Doneau († 1591) sind die hervorragendsten Vertreter beider Beziehungen. Die holländischen und spanischen Juristen jener und der nächstfolgenden Zeit schließen sich ihrer Richtung an.

4. Die deutschen Juristen des siebzehnten und achtzehnten Jahrhunderts. Die deutsche Rechtswissenschaft des sechzehnten Jahrhunderts hat noch wenig Selbständiges, sie besteht fast nur in Aufnahme und Bearbeitung der italienischen und französischen. Erst im siebzehnten gewinnt sie eine eigene selbständige Richtung, aber, durch das praktische Bedürfnis hervorgerufen, eine überwiegend praktische. Die sogenannte Aktenversendung von Gerichten an die Universitäten zur Abfassung der Urteile erlangte eine solche Ausdehnung, daß die meisten Entscheidungen in ganz Deutschland nicht von den Gerichten, sondern von den Fakultäten ausgingen; dadurch wurden die Rechtslehrer auf den Universitäten veranlaßt, ja fast genötigt, vorzugsweise die unmittelbar praktische Gestaltung des römischen Rechts ins Auge zu fassen und namentlich seine Verbindung mit den Verhältnissen des modernen deutschen Lebens und Rechts bis in seine einzelnsten partikularen Gestaltungen hinein zu behandeln. Das historische Verständnis sowohl des römischen als des deutschen Rechts mußte darunter leiden, im übrigen aber begründeten sie mit einem richtigen praktischen Takte und Gefühle den Boden des sogenannten heutigen römischen Rechts schärfer und allgemeiner, als es die Italiener und Franzosen getan hatten. Hervorragende Namen sind Benedikt Carpzov († 1666), Schilter († 1705), Stryk († 1710), J. H. Böhmer († 1749).

5. Die naturrechtliche Schule des achtzehnten Jahrhunderts. Die allgemeine rationalistische Richtung des achtzehnten Jahrhunderts führte auch in der Rechtswissenschaft zu einer kritisierenden, philosophierenden und dogmatisierenden Methode. Dabei wurden zwar die realen historischen und praktischen Verhältnisse und ihre eigentlichen Ideen vielfach gründlich verkannt und durch selbstgemachte Abstraktionen überdeckt, allein andererseits wurde dadurch eine gewisse Befreiung von den „Banden des römischen Rechts", eine selbständige prinzipielle und systematische Auffassung des Rechts und eine kritische Beurteilung des römischen Rechts angebahnt. Das Preußische Landrecht Friedrichs des Großen ist gewissermaßen der Gipfelpunkt und das charakteristische Resultat dieser Richtung.

6. Das neunzehnte Jahrhundert. Die allgemeine Reaktion gegen den Rationalismus des achtzehnten Jahrhunderts trat auch in der Rechtswissenschaft hervor und führte hier zu einer tieferen historischen Auffassung des Rechts. Savigny war es, der hier die Idee zur Anerkennung brachte, daß das Recht als ein Ausfluß des nationalen Lebens der Völker anzusehen sei und darum bei jedem Volke vor allem historisch in seinen eigentümlichen nationalen Ideen erkannt werden müsse, daß daher auch den einzelnen Rechtsinstituten nicht abstrakte Prinzipien, sondern die konkreten Gesichtspunkte ihrer wirklichen Entstehung und Fortbildung zu Grunde gelegt werden müßten. Infolge davon ist zunächst die historische Auffassung des römischen Rechts tiefer und organischer geworden als bei der früheren französischen Schule, die mehr nur die Einzelheiten aufklärte, dann aber ist namentlich der Gegensatz des römischen und germanischen Rechts und die Grundverschiedenheit ihrer Standpunkte und Ideen zu größerer Klarheit und Entschiedenheit gebracht. Allerdings führte die historische Richtung mehrfach zu einer gewissen einseitigen historischen Idolatrie und einem theoretischen Quietismus, der sich mit der Auffindung historischer Resultate befriedigte, unbekümmert um ihre praktische Brauchbarkeit. Dem trat zunächst die Bildung einer reineren Rechtsphilosophie entgegen, die nicht mehr die Auffindung eines absoluten Naturrechts als ihre Aufgabe ansah, sondern nur die allgemeinen Begriffe und Ideen, die in den einzelnen Volksrechten zur konkreten historischen Erscheinung kommen, in ihrer Allgemeinheit und Notwendigkeit

praktische Gestaltung darüber vernachlässigt. Indessen lag die Gefahr dabei weniger in der Trennung des römischen Systems von den deutschen Rechtsinstituten als darin, daß man bei den römischen Instituten ihre Modifikationen in der heutigen Praxis nicht in Betracht zog, ein Fehler und eine Gefahr, die durch die bloße Verbindung der beiden Systeme in gar keiner Weise gehoben worden wäre. Nur durch Detailuntersuchungen, nicht durch Gesamtdarstellungen, ließ sich dieses beseitigen. Aus diesen Gründen ist denn auch in der vorliegenden Darstellung des Pandektenrechts die Scheidung der beiden Rechte beibehalten.

Dabei hat man sich nun aber von vornherein sehr vor der Vorstellung zu hüten, als ob das, was man das System des Pandektenrechts nennt, wirklich einfach das römische Recht gewesen wäre. In diesem Recht steckte die Arbeit, geistige Entwicklung und Wissenschaft fast des gesamten modernen Europas. Das Pandektenrechtssystem war keineswegs das wirklich römische. Schon im Inhalte war es von Anfang bis zu Ende durchzogen von modernen Ideen. Noch mehr aber war die ganze Form wesentlich eine neue Schöpfung des modernen Geistes, an der fast alle Nationen mitgearbeitet haben. Dieses prinzipielle Erfassen, Gliedern und Schematisieren der Rechtsbegriffe war die Tat der Neuzeit. Die Römer hatten allerdings den eigentlichen Hauptstoff dazu geliefert; man darf aber nicht glauben, daß, wenn Stoff und Inhalt gegeben seien, dann die Findung der wissenschaftlichen Form eine einfache und leichte Sache sei. Die Römer haben sie gar nicht gefunden, und nach der Rezeption hat es Jahrhunderte gebraucht, um sie einigermaßen zu erfassen. Eine kurze Übersicht über den Entwicklungsgang der romanistischen Rechtswissenschaft seit dem Mittelalter wird zeigen, wie schwer der modernen Wissenschaft die Aufgabe geworden ist.

§ 2. Die Entwicklung der romanistischen Wissenschaft seit den Glossatoren hat — kurz bezeichnet — die Richtung des Fortschritts von einfacher Rezeption des römischen Rechts zu selbständiger wissenschaftlicher Reproduktion desselben. Der Anfang ist Aufnahme des überlieferten Details des römischen Rechts, das Ziel Begründung dieses Details im Gesamtsysteme des Rechts. Dementsprechend ist die Methode im Anfange Exegese der einzelnen Stellen, am Ziele dogmatische Konstruktion des Systems. Die Hauptstufen der Entwicklung sind dabei folgende:

1. Die Glossatoren. Die erste Aufgabe war, die Masse des römischen Details als solchen in das Bewußtsein und Verständnis der neuen Welt aufzunehmen, also die einzelnen Aussprüche als solche ihrem unmittelbaren Wortlaute und praktischen Gehalte nach zu erklären, sie miteinander zu vergleichen, die Widersprüche hervorzuheben, die Begriffe und Rechtsregeln daraus zu abstrahieren und in äußeren Zusammenstellungen zu ordnen. In der Lösung dieser Aufgabe liegt die Hauptbedeutung der glossatorischen Wissenschaft. Die hauptsächlichsten Werke sind die sogenannte glossa ordinaria von Accursius († um das Jahr 1260) und die Summae in codicem von Rogerius, Placentinus und Azo.

2. Die Postglossatoren, d. h. die italienischen Juristen von den Glossatoren an (1250) bis zum sechzehnten Jahrhundert. Die nächste Aufgabe war, die Modifikationen, die das römische Recht bei seiner Anwendung auf die neuen Verhältnisse notwendig in Gewohnheit und Praxis erleiden mußte, in die Theorie mit aufzunehmen, darin zu bearbeiten und mit dem römischen Rechte selbst zu verbinden. Darin liegt die Hauptbedeutung der Wissenschaft dieser Zeit. Die Erkenntnis des römischen Rechts selber wird dabei nicht sehr gefördert, seine Theorie besteht fast nur in scholastischer Bearbeitung der Glosse ohne selbständiges Quellenstudium, doch werden dabei die Begriffe schulmäßiger gestaltet mit Definitionen, Terminologieen, Distinktionen u. s. w. Die Hauptvertreter sind Durantis († 1296), Bartolus († 1357), Baldus († 1400).

3. Die französischen Juristen des sechzehnten und siebzehnten Jahrhunderts. Die italienische Wissenschaft war rein praktisch, ohne andere Hilfsmittel als das corpus iuris und den praktischen Verstand. Dies war für die Erkenntnis des römischen Rechts nicht ausreichend. Ohne einen gelehrten Apparat philologischer und

historischer Kenntnisse war ein tieferes und reineres Verständnis nicht möglich. Die französischen Juristen waren es, welche die durch die Renaissance belebten philologischen und historischen Studien auch auf das römische Recht übertrugen. Der kritische Geist der Reformation ließ sie zugleich die Autorität der Glosse und überhaupt traditioneller Dogmen durchbrechen und auf der reineren Exegese eine reinere Dogmatik aufbauen. Cujas († 1590) und Doneau († 1591) sind die hervorragendsten Vertreter beider Beziehungen. Die holländischen und spanischen Juristen jener und der nächstfolgenden Zeit schließen sich ihrer Richtung an.

4. Die deutschen Juristen des siebzehnten und achtzehnten Jahrhunderts. Die deutsche Rechtswissenschaft des sechzehnten Jahrhunderts hat noch wenig Selbständiges, sie besteht fast nur in Aufnahme und Bearbeitung der italienischen und französischen. Erst im siebzehnten gewinnt sie eine eigene selbständige Richtung, aber, durch das praktische Bedürfnis hervorgerufen, eine überwiegend praktische. Die sogenannte Aktenversendung von Gerichten an die Universitäten zur Abfassung der Urteile erlangte eine solche Ausdehnung, daß die meisten Entscheidungen in ganz Deutschland nicht von den Gerichten, sondern von den Fakultäten ausgingen; dadurch wurden die Rechtslehrer auf den Universitäten veranlaßt, ja fast genötigt, vorzugsweise die unmittelbar praktische Gestaltung des römischen Rechts ins Auge zu fassen und namentlich seine Verbindung mit den Verhältnissen des modernen deutschen Lebens und Rechts bis in seine einzelnsten partikularen Gestaltungen hinein zu behandeln. Das historische Verständnis sowohl des römischen als des deutschen Rechts mußte darunter leiden, im übrigen aber begründeten sie mit einem richtigen praktischen Takte und Gefühle den Boden des sogenannten heutigen römischen Rechts schärfer und allgemeiner, als es die Italiener und Franzosen getan hatten. Hervorragende Namen sind Benedikt Carpzov († 1666), Schilter († 1705), Stryk († 1710), J. H. Böhmer († 1749).

5. Die naturrechtliche Schule des achtzehnten Jahrhunderts. Die allgemeine rationalistische Richtung des achtzehnten Jahrhunderts führte auch in der Rechtswissenschaft zu einer kritisierenden, philosophierenden und dogmatisierenden Methode. Dabei wurden zwar die realen historischen und praktischen Verhältnisse und ihre eigentlichen Ideen vielfach gründlich verkannt und durch selbstgemachte Abstraktionen überdeckt, allein andererseits wurde dadurch eine gewisse Befreiung von den „Banden des römischen Rechts", eine selbständige prinzipielle und systematische Auffassung des Rechts und eine kritische Beurteilung des römischen Rechts angebahnt. Das Preußische Landrecht Friedrichs des Großen ist gewissermaßen der Gipfelpunkt und das charakteristische Resultat dieser Richtung.

6. Das neunzehnte Jahrhundert. Die allgemeine Reaktion gegen den Rationalismus des achtzehnten Jahrhunderts trat auch in der Rechtswissenschaft hervor und führte hier zu einer tieferen historischen Auffassung des Rechts. Savigny war es, der hier die Idee zur Anerkennung brachte, daß das Recht als ein Ausfluß des nationalen Lebens der Völker anzusehen sei und darum bei jedem Volke vor allem historisch in seinen eigentümlichen nationalen Ideen erkannt werden müsse, daß daher auch den einzelnen Rechtsinstituten nicht abstrakte Prinzipien, sondern die konkreten Gesichtspunkte ihrer wirklichen Entstehung und Fortbildung zu Grunde gelegt werden müßten. Infolge davon ist zunächst die historische Auffassung des römischen Rechts tiefer und organischer geworden als bei der früheren französischen Schule, die mehr nur die Einzelheiten aufklärte, dann aber ist namentlich der Gegensatz des römischen und germanischen Rechts und die Grundverschiedenheit ihrer Standpunkte und Ideen zu größerer Klarheit und Entschiedenheit gebracht. Allerdings führte die historische Richtung mehrfach zu einer gewissen einseitigen historischen Idolatrie und einem theoretischen Quietismus, der sich mit der Auffindung historischer Resultate befriedigte, unbekümmert um ihre praktische Brauchbarkeit. Dem trat zunächst die Bildung einer reineren Rechtsphilosophie entgegen, die nicht mehr die Auffindung eines absoluten Naturrechts als ihre Aufgabe ansah, sondern nur die allgemeinen Begriffe und Ideen, die in den einzelnen Volksrechten zur konkreten historischen Erscheinung kommen, in ihrer Allgemeinheit und Notwendigkeit

erkennen wollte. Sie begründete damit eine schärfere Scheidung des philosophischen und historischen Elements im Rechte, dann aber wurde auch das praktische Ziel der Rechtswissenschaft wieder mehr in den Vordergrund gestellt durch die allgemeine Bewegung, die infolge des Jahres 1848 auf dem Gebiete der inneren Politik und der Gesetzgebung entstand und dem ganzen geistigen Leben Deutschlands eine überwiegend praktische und realistische Richtung gab. Auch die romanistische Wissenschaft faßte ihre Aufgabe wieder schärfer ins Auge. Sie suchte das geltende römische Recht prinzipieller zu erfassen, die selbständige innere Konstruktion der Rechtsbegriffe aus ihren praktischen Elementen zu gewinnen, den Gegensatz der römischen und der modernen Anschauung schärfer hervorzuheben und in seinen Konsequenzen zu verfolgen. Die Autorität des reinen römischen Rechts litt dabei manche Einbuße, seine wahre Bedeutung als Element des neuzeitlichen deutschen Rechtslebens wurde dadurch nur gehoben[1].

Das Resultat der gesamten Entwicklung für den Standpunkt der Theorie des Pandektenrechts läßt sich kurz dahin zusammenfassen, daß die einzelnen Elemente, deren einseitige Ausbildung die einzelnen Entwicklungsstufen bestimmte, das exegetische, historische, praktische, dogmatische und philosophische, jetzt organisch zu einem Ganzen verbunden wurden. Die Wissenschaft suchte die Rechtsbegriffe selbständig in ihrer allgemeinen Natur und inneren Konstruktion zu erfassen, ihre konkrete Gestaltung im römischen Rechte nachzuweisen, ihre etwaige Umwandlung oder Erweiterung im Leben der Neuzeit und im modernen Bewußtsein zu verfolgen und danach ein System des römischen Rechts in seiner wirklich praktischen gemeinrechtlichen Gestalt aufzustellen.

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß als Quelle des Pandektenrechts, so lange es in Deutschland galt, nicht das römische Recht allein, nur mit Weglassung des Antiquierten, angesehen werden konnte, sondern daß damit die neueren Gewohnheiten und Gesetze verbunden werden mußten, sofern sie bloße Modifikationen des römischen Rechts enthielten, wie z. B. die allgemeine Klagbarkeit der Verträge, nicht aber, sofern sie selbständige neue Rechtsinstitute geschafft hatten, wie z. B. die eheliche Gütergemeinschaft, das Urheber-, Patentrecht u. a. m., diese bildeten vielmehr den Inhalt des sogenannten deutschen Privatrechts.

Dabei gehörten zu den Gewohnheiten nicht nur die eigentlich deutschen allgemeinen

[1] Die neuesten Lehr- und Handbücher des heutigen römischen Rechts, in denen auch die spezielleren Literatur für die einzelnen Lehren nachzusehen ist, sind: Arndts, Lehrbuch der Pandekten. 14. Aufl. von Pfaff und Hofmann. 1889; Baron, Pandekten. 9. Aufl. 1896; Bekker, System des heut. Pandektenrechts I. 1886, II. 1889; Brinz, Lehrbuch der Pandekten. 2 Bde. 1857—71. 2. Aufl. Bd. I 1873, Bd. IV 1895, herausgeg. von Lotmar; außerdem 3. Aufl. I 1. 1884; Dernburg, Pandekten. 3 Bde. 7. u. 6. Aufl. 1900; Hölder, Pandekten I. 1886—91; Holzschuher, Theorie und Kasuistik des gemeinen Zivilrechts. 3 Bde. 3. Aufl. von Kuntze. 1863; Keller, Pandekten. 2. Aufl. von Lewis. 1866; Puchta, Pandekten. 11. Aufl. von Rudorff. 1872. 12. Aufl. von Schirmer. 1877; J. A. Seuffert, Praktisches Pandektenrecht. 3 Bde. 4. Aufl. von E. A. Seuffert. 1860—72; Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht. 3 Bde. 3. Aufl. 1868; v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. 3 Bde. 7. Aufl. 1863 bis 1869; Wendt, Lehrbuch der Pandekten. 1888; Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 3 Bde. 8. Aufl. (besorgt von Kipp) 1900; C. G. v. Wächter, Pandekten. 2 Bde. von O. v. Wächter. 1880. 81. Dazu das unvollendete System des heutigen römischen Rechts von v. Savigny: Allgem. Teil 8 Bde. und 2 Bde. vom Obligationenrecht. 1840—53. Endlich, gleichfalls unvollendet: Regelsberger, Pandekten. 1. Bd. 1893. Darstellungen des römischen Rechts in seiner modernen Gestaltung in Partikularrechten geben: Wächter, Handbuch des in Württemberg geltenden Privatrechts. 2 Bde. 1839—42; Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. 3 Bde. Bd. I. 5. Aufl. 1892; Bd. II. 5. Aufl. 1892; Bd. VI. 4. Aufl. 1894; Fr. Förster, Preußisches Privatrecht. Auf d. Grundl. d. Werkes von F. bearb. von M. E. Eccius. 4 Bde. 7. Aufl. 1896—97. Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs. Bd. I 5. Aufl. 1894. Bd. II 5. Aufl. 1897. Bd. III 4. Aufl. 1896; Roth, Bayerisches Zivilrecht. 3 Bde. 1872—74. Bd. I 2. Aufl. 1881. Hervorzuheben ist auch: Pfaff und Hofmann, Kommentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. I u. II, und Exkurse. 2 Bde. 1877—89. Von außerdeutscher Literatur sind jetzt vor allem beachtenswert: Girard, Manuel élémentaire de droit Romain. 3. Aufl. Paris 1901 (zwar vom reinen römischen Recht ausgehend, aber auch für das Studium des Pandektenrechts wertvoll) und Ferrini, Manuale di Pandette. Milano 1900; Die Modifikationen, welche das römische Recht durch das deutsche erfahren hat, sind natürlich in diesen Werken nicht berücksichtigt.

Gewohnheiten, sondern auch die schon in Italien bei der Wiederbelebung des römischen Rechts entstandenen und mit ihm nach Deutschland übertragenen. Die zum gemeinen Rechte gehörigen Gesetze aber waren: das kanonische Recht, die sogenannten fridericianischen Authentiken[1] und die deutschen Reichsgesetze, und zwar nicht nur die des alten, sondern auch die des neuen Reiches.

Das Pandektenrecht war hiernach eigentlich ein allgemeiner europäischer Begriff, es hat in allen Ländern, die an seiner Ausbildung mitgearbeitet haben, mehr oder weniger praktische Geltung gehabt, war mehr oder weniger in ihre Gesetzgebungen übergegangen und bildet bei allen noch immer die Grundlage der Rechtswissenschaft. Indessen hat es seine unmittelbare praktische Geltung fast überall verloren, ⟨insbesondere auch in Deutschland, seit hier (1. Januar 1900) das bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich in Kraft getreten ist. Die unmittelbare Geltung des Pandektenrechts beschränkt sich auf wenige europäische und außereuropäische Landstriche, wo in Ermanglung einer abschließenden Kodifikation des Privatrechts noch auf das römische Recht als die ratio scripta zurückgegriffen wird.⟩

⟨In den letzten Dezennien der Geltung des Pandektenrechts machten sich bereits Vorzeichen geltend, welche seiner praktischen und wissenschaftlichen Zukunft sehr bedrohlich waren. Einerseits begann die vertiefte historische Forschung in den justinianischen Gesetzgebungswerken die massenhaften Interpolationen des reinen klassisch-römischen Rechts aufzudecken, und wenn auch damit die gesetzliche Geltung des justinianischen Systems keineswegs berührt war, ergab sich daraus doch ein Moment der Skepsis gegenüber dem geltenden Gesetz, welches die vertrauensvolle Hingebung bei der dogmatischen Behandlung ausschließen und daher auf die Dauer zersetzend wirken mußte, da eine gesunde Anwendung des Rechts den inneren Einklang zwischen dem Gesetzgeber und den Juristen voraussetzt. Eine weitere Gefahr drohte dem Pandektenrecht dadurch, daß es in seiner starren Unveränderlichkeit, welche durch das Eingreifen von Spezialgesetzen nicht behoben werden konnte, den Anforderungen der modernen sozialen Entwicklung nicht mehr zu folgen vermochte; insbesondere aus diesem Grunde ist es mit Befriedigung zu begrüßen, daß das Streben nach der Einheit des bürgerlichen Rechts auch eine höhere Sozialisierung derselben mit sich gebracht hat, als sie dem Pandektenrecht bei allen Fortbildungsbestrebungen der Praxis jemals möglich gewesen wäre. Übrigens war auch die Pandektentheorie in den letzten Jahren ihrer Geltung nahe daran, ihre zentrale Stellung wenigstens in gewissen Punkten aufgeben zu müssen; insbesondere in den sogenannten allgemeinen Rechtslehren, wie z. B. die vom objektiven und subjektiven Recht, der juristischen Personen u. a., hatten die hierzu mindestens ebenso berufenen Disziplinen des öffentlichen Rechts ihr die einstige Alleinherrschaft zu bestreiten begonnen.

Nichtsdestoweniger muß und wird das Pandektenrecht auf absehbare Zeit seine große Bedeutung behalten und jede wissenschaftliche Rechtskenntnis durch vorhergehendes eindringendes Studium an diesem in seiner großartigen Klarheit und immanenten Logik unerreichten Gedankenbau bedingt sein.⟩

§ 8. Das System d. h. die systematische Ordnung des Rechts bildet bei einer Gesamtdarstellung des Rechts die Hauptfrage. Solange man sich an die Ordnung der Pandekten, die sogenannte Legalordnung, hielt, kam die Frage noch nicht zum Bewußtsein. Indessen war die auf das prätorische Edikt gebaute Pandektenordnung schon für das justinianische Recht verkehrt, für das Pandektenrecht war sie völlig sinnlos. Ein-

[1] Dies sind zwei Gesetze von Kaiser Friedrich I. und ein von den Glossatoren in elf Stücke zerteiltes Gesetz von Friedrich II., die zwar nur für Italien erlassen waren, aber von den Glossatoren an den betreffenden Stellen des Kodex eingeschaltet wurden und dadurch mit dem Kodex auch in Deutschland rezipiert wurden. Verschieden davon sind die sogenannten authenticae communes, d. h. Auszüge, die von den Glossatoren aus den Novellen gemacht und an den betreffenden Stellen des Kodex eingeschaltet wurden, wie z. B. die authentica: Si qua mulier zu C. IV, 29, 22. Diese hatten gesetzlich gar keine Bedeutung. In der neuesten Ausgabe des Kodex von Krüger sind die Authentiken nur in appendix II mitgeteilt.

zelne bedeutendere Juristen, wie namentlich Donellus, hatten dies schon früher erkannt und selbständige Systeme aufzustellen versucht, aber freilich ohne Glück. Erst im neunzehnten Jahrhundert, nachdem man die Legalordnung ganz aufgegeben hatte, ist die Frage nach dem natürlichen Systeme des Rechts allgemeiner geworden und prinzipieller ins Auge gefaßt worden. Dabei ist man freilich über ein äußeres Schematisieren nach methodologischer Zweckmäßigkeit wenig hinausgekommen. Dieses zeigte sich gleich bei der Frage nach dem sogenannten allgemeinen Teile. Mit dem Aufgeben der Legalordnung machte sich sofort das Bedürfnis geltend, gewisse Begriffe und Lehren, die sich hauptsächlich auf alle Arten von Rechten beziehen, also die allgemeinen Voraussetzungen, Bestandteile und Wirkungen aller Rechte, in ihrer Allgemeinheit zu erfassen und als solche den einzelnen Rechten voraufzustellen. Man nannte dies den allgemeinen Teil. Ein eigentliches Prinzip hatte man dafür nicht, und daher stellte jeder nach Belieben dahin, was er sonst nicht recht unterzubringen wußte. Dieses rief eine Reaktion hervor, die bis zur völligen Verwerfung des allgemeinen Teils ging. Man bildete sich nun ein, logischer zu verfahren, wenn man die allgemeinen Elemente, die man doch nicht entbehren konnte, einfach koordiniert in eine Reihe mit den einzelnen Rechten selber stellte oder einzelnes wohl gar hinter dieselben, weil es sich doch auf alle bezöge! Als ob damit die Idee des allgemeinen Teils nicht ganz von selbst gerechtfertigt würde. Sie war eine durchaus richtige. Sie beruhte einfach auf den logischen Kategorien des Allgemeinen-Besonderen und Einzelnen. Das allgemeine Wesen kommt durch die besonderen Arten in den einzelnen Fällen zur wirklichen Erscheinung. Der allgemeine Teil ist demnach nicht eine beliebige Häufung allgemeiner Sätze, sondern ganz scharf die Bestimmung des allgemeinen Wesens der Rechte im Gegensatze zu den besonderen Arten. Das allgemeine Wesen der Rechte kann aber nicht mit einigen allgemeinen Phrasen abgemacht werden, sondern ist in seinen allgemeinen Elementen selber zu bestimmen. Es besteht darin, daß das objektive Recht, das Gesetz, die subjektive Freiheit des Menschen in Verfolgung seiner Lebensinteressen anerkennt und zum subjektiven Rechte erhebt und daher in ihrem Schutze seine eigene Objektivität zur Geltung zu bringen hat. Die Lehre vom objektiven Rechte, vom subjektiven Rechte und vom Schutze des Rechts sind daher die drei notwendigen Bestandteile des allgemeinen Teils.

Der besondere Teil hat das System der einzelnen Rechte darzustellen, natürlich nach ihrer organischen Gestaltung im Organismus des Lebens selber, nicht, wie Puchta wollte, in einer Zerschneidung der Lebensverhältnisse nach den abstrakten Kategorien der Rechte. Der Organismus der Privatlebensverhältnisse ist aber folgender:

1. Die Grundlage bildet die Existenz des Menschen als einzelnen rechtsfähigen Subjekts oder Person für sich und in seiner allgemeinen sozialen Verbindung mit den anderen. Als Mensch und Person existieren heißt aber frei sein und Herr des Unfreien, d. h. der äußeren Natur, der Sache, sein können. Person und Eigentum sind daher die ersten Grundlagen des Rechts. Durch die soziale Verbindung der Personen und Eigentümer entsteht dann der Begriff des rechtlichen Verkehrs und damit die Begriffe des Rechts an einer fremden Sache und der Obligation. Die Person kann ihre Freiheit zwar nicht im allgemeinen aufgeben, es ist aber eine Ausübung der Freiheit selbst, sich im einzelnen gegen andere rechtlich beschränken und verpflichten zu können. Das dadurch entstehende Recht auf Erfüllung der Verpflichtung bildet eine weitere äußere Macht der Person neben dem Sachenrechte. Der Begriff des Eigentums erweitert sich dadurch zu dem des Vermögens. Person und Vermögen sind danach die allgemeinen abstrakten Grundlagen des Privatrechts; alle weiteren Verhältnisse bestehen stets nur in besonderen Ausgestaltungen und Modifikationen des allgemeinen abstrakten Personen- und Vermögensrechtes. Die Person wird aber als Subjekt der Rechte im allgemeinen Teile bestimmt, so daß für die speziellen Teile nur das Vermögen Sachen- und Obligationenrecht bleibt.

2. Der Mensch existiert nicht abstrakt atomistisch als Person, sondern wesentlich nur als einzelnes, endliches Glied der gesamten unendlichen Gattung in enger Verbindung mit ihr. Die Gattung pflanzt sich in den einzelnen fort, erhält sich und besteht in

ihnen. Die rechtliche Gestaltung dieses Gattungslebens des Menschen schließt folgende Verhältnisse in sich:

a. Die Entstehung des einzelnen durch den Gattungs- oder Geschlechtsprozeß, d. h. die Differenz und Vereinigung der Geschlechter, die Zeugung und die Abstammung. Darauf beruht die Familie und ihr Recht, namentlich die Ehe und die väterliche Gewalt.

b. Die einzelne endliche Existenz ist der natürlichen Hilflosigkeit durch Kindheit, Wahnsinn u. dgl. unterworfen; die Gattung erhält sich aber in den einzelnen und sorgt daher für den, der nicht selber für seine Rechte sorgen kann. Darauf beruht das Vormundschaftsrecht. Die Gattung ist dabei natürlich nicht abstrakt im ganzen tätig, sondern in den kleineren Einheiten, durch die der einzelne mit ihr verbunden ist, nämlich in der Familie und im Volk, d. h. Staat.

c. Der einzelne ist die endliche vorübergehende Existenz der bleibenden Gattung; mit dem Tode des einzelnen hören daher zwar seine individuellen Rechte und Pflichten auf, sein Vermögen bildet aber einen Bestandteil des allgemeinen sozialen Gattungsorganismus, bleibt daher bestehen und geht auf die überlebende Gattung über, die auch hier durch Familie und Staat vertreten wird, falls der Verstorbene nicht selber anders bestimmt hat. Darauf beruht das Erbrecht.

3. Mit diesen beiden Rechtssphären, dem abstrakten Vermögensrechte und den Verhältnissen des Gattungslebens, hörten unsere Systeme des Zivilrechts auf und zwar meistens, als ob es gar nichts weiter in der Welt gäbe. Im römischen Rechte findet sich allerdings auch nicht viel mehr, wenigstens nichts für uns Brauchbares. In der reicheren Gestaltung des germanischen und modernen sozialen Organismus gibt es nun aber noch eine ganze Reihe weiterer Verhältnisse, die wenigstens bei der Anlage des Systems mit in Betracht gezogen werden müssen, wenn auch ihre Ausführung vom System des römischen Rechts ausgeschlossen bleiben muß. Es sind dies alle die Verhältnisse, die auf der organischen Gliederung des sozialen Lebens und Verkehrs der Menschen und der besonderen Stellung und Tätigkeit der einzelnen darin beruhen. Im älteren deutschen Rechte gestaltete sich alles dies unter der Form des Rechts der besonderen Stände. Im Rechte der Gegenwart ist es der Begriff des sozialen Verkehrsrechts, der dieses Gebiet beherrscht. Es umfaßt Landwirtschaft, Bergbau, Handwerk, Fabrik, Handel jeder Art und Schiffahrt und außerdem auch das gesamte Genossenschafts- und Korporationswesen, welches bei der Lehre von den juristischen Personen im allgemeinen Teile eine viel zu einseitige und beschränkte Stellung hatte.

Übersieht man das Resultat, so ergibt sich, was immer der beste Prüfstein für eine Theorie ist, daß die naiv praktische Auffassung bei ihrem Schematisieren im römischen System längst von selbst auf die natürliche Ordnung gekommen war, nur ohne inneres Prinzip, sowohl im allgemeinen Teile als in der Reihenfolge von Sachen-, Obligationen-, Familien-, Vormundschafts- und Erbrecht. Unglückliche Versuche der Änderung bestätigten die Regel. Im deutschen System hat man sich natürlich auch hier lange nicht vom römischen frei machen können, die besonderen modernen Verkehrsverhältnisse mußten sich in das römische Sachen- und Obligationenrecht einzwängen lassen, ⟨doch hat sich dies neuerlich zumeist in vorteilhafter Weise geändert.⟩

Allgemeiner Teil.

A. Die Pandektenlehre vom objektiven Recht.

I. Allgemeine Natur des Rechts.

§ 4. Die Grundlage der Rechtsordnung im Staate ist das Dasein eines objektiven Rechts, d. h. allgemeingültiger Rechtssätze, nach denen alle einzelnen Rechtsverhältnisse zu beurteilen sind. Nicht nur die subjektive Willkür, sondern auch die Zufälligkeit der subjektiven Ansichten und Meinungen über das, was „an sich" oder „von Natur" recht sei, muß in der wirklichen Rechtsordnung der Fixierung bestimmter, objektiv aufgestellter Rechtsnormen weichen. Ob die Aufstellung durch Gesetz der Staatsgewalt oder Gewohnheit des Volkes oder durch irgend eine Mittelform von beiden geschieht, ist gleichgültig. Man darf den Begriff des positiven Rechts nicht auf die Vorschrift der Staatsgewalt über das, was sie als Recht beobachtet wissen will, stellen. Das Recht ist nicht ein bloßes Mittel für den Staatszweck, sondern hat in sich selber, in der Rechtsidee, seinen selbständigen Grund.

Näher zu bestimmen ist dabei:

1. Der Inhalt. In seinem vollen Umfange schließt das objektive Recht das gesamte Staats- und Rechtsleben des Volkes in sich. Indessen scheidet es sich nach den zwei Hauptrichtungen des gesamten Volkslebens, dem Privatleben und den öffentlichen Verhältnissen, in zwei Hauptteile oder -massen, Privatrecht und öffentliches Recht. Entsprechend zerfallen auch die subjektiven Rechte der einzelnen in Privatrechte und öffentliche Rechte. Der Unterschied ist praktisch äußerst wichtig, die Grenze aber sehr streitig. Früher wollte man einfach nach den Subjekten der Rechte unterscheiden, ob sie dem Staate oder den Untertanen zuständen, allein unzweifelhaft können beide beide Arten von Rechten haben. Neuere Gesetze unterscheiden nach dem Rechtsgrunde Rechte aus öffentlichem und privatrechtlichem Titel; allein dabei wird die eigentliche Scheidung schon vorausgesetzt. Das Prinzip kann nur im Inhalte und Zwecke des objektiven wie des subjektiven Rechts liegen; die römische Bestimmung, daß das Privatrecht „ad singulorum utilitatem spectat", das öffentliche „ad statum reipublicae", ist die einzig richtige und auch völlig zureichende: utilitas singulorum ist das besondere Interesse der einzelnen als solcher, ihr Privatinteresse, status reipublicae der Zustand und die Interessen des Staates und der Gesamtheit[1]. Natürlich können bei vielen Verhältnissen beide Rücksichten und Interessen verbunden sein, z. B. bei den Rechten der Staatsdiener; auch können einzelne Verhältnisse im Laufe der Zeit ihren Charakter verändern, wie z. B. das Lehnswesen. Überhaupt aber gehören zum öffentlichen Rechte im objektiven Sinne nicht bloß die Bestimmungen über die Staatsverhältnisse, sondern auch alle diejenigen Bestimmungen bei Privatverhältnissen, die die Wahrung des öffentlichen Interesses bei denselben zum Zwecke haben, wie namentlich die, welche die Formen der Äußerung des Privatwillens und die Schranken seiner Geltung bestimmen. In dieser Ausdehnung ist der Begriff des ius publicum auch schon im römischen Rechte gefaßt.

Das Grundprinzip für den gesamten Inhalt des Privatrechts liegt in der Durchführung der freien Persönlichkeit des Menschen, natürlich nicht bloß als abstrakten Willenssubjektes, sondern den verschiedenen Seiten seines Wesens entsprechend. Indessen darf man sich den Inhalt des Rechts nicht als eine einfache konsequente Entwicklung dieses Prinzips denken. Die positive Gestaltung des Rechts im wirklichen Leben der Völker geht nicht so theoretisch vor sich; die Rechtssätze entstehen darin selbständig nebeneinander, zwar stets von der allgemeinen Idee durchzogen und beherrscht, aber doch oft in freierer Bildung nach Bedürfnissen und auch Zufälligkeiten des Lebens. Abgesehen

[1] Hierwider: Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht. 1878. S. 109 ff. — Im allgem. vgl. Jellinek, Allgem. Staatslehre I, 345.

von den daraus hervorgehenden Unregelmäßigkeiten im Rechte, sind dann aber noch drei Begriffe, die vielfach geradezu direkte Abweichungen von der eigentlichen Rechtskonsequenz begründen, die Billigkeit, die Sittlichkeit und das öffentliche Wohl.

a. Die Billigkeit (aequitas) ist das Prinzip der rechtlichen Gleichheit, aber der wahren inneren im Gegensatz zu einer bloß formalen äußeren. Sie beruht auf dem Satze: Gleiches soll gleich, Ungleiches ungleich behandelt werden. Ohne wesentliche innere Verschiedenheiten sollen keine äußeren rechtlichen Unterschiede gemacht werden, es sollen also keine unbilligen Privilegien gegeben werden; wo aber innerlich wesentliche Verschiedenheit ist, da soll auch äußerlich im Rechte eine verschiedene Behandlung eintreten, sollen also billige Ausnahmen von der allgemeinen Regel zugelassen werden.

b. Sittlichkeit. Das Recht ist zwar an sich von der Moral geschieden, doch bildet es einen Teil der gesamten sittlichen Ordnung und darf daher in keinen direkten Gegensatz zur Moral treten. Das Unsittliche darf daher als solches weder Grund noch Gegenstand von Rechten sein. Darauf beruht namentlich die Ungültigkeit unsittlicher Verträge und Bedingungen.

c. Das öffentliche Wohl. Das Recht ist an sich unabhängig von der öffentlichen Wohlfahrt, und für die Anwendung des bestehenden Rechts hat man sogar den Satz aufgestellt: fiat iustitia, pereat mundus. Bei der Aufstellung des objektiven Rechts selber darf und soll aber der Staat Rücksicht auf das öffentliche Wohl nehmen und aus sogenannten Nützlichkeitsrücksichten der verschiedensten Art Ausnahmen von der Rechtskonsequenz anordnen.

Nach allem diesen zieht sich ein Gegensatz von Rechtskonsequenz und Ausnahme oder von regelmäßigen und anomalen Rechtssätzen durch das ganze Recht hindurch und gibt ihm vielfach einen so bunten Inhalt, daß der Faden der Einheit oft nur schwer festzuhalten ist. Der Gegensatz wird im römischen Rechte durch ius commune und singulare bezeichnet. Das letztere wird auch privilegium genannt. Ursprünglich bedeutet dies Wort zwar eine lex in privum, d. h. ein Gesetz für eine einzelne Person, also eine spezielle Ausnahme vom Gesetze nur für einen einzelnen Fall, wie z. B. Begnadigung eines Verbrechers, doch ist das Wort bei den Römern und bei uns auch für die generellen Ausnahmen, die im Gesetze selber angeordnet sind, die daher einen Teil desselben bilden, gebraucht, wie z. B. Privilegien der Soldaten, der Weiber u. a. Ebenso wendet man es auch auf die einzelnen subjektiven Rechte an, die jemandem aus einem ius singulare zustehen.

2. Rechtliche Kraft. Das objektive Recht beherrscht und ordnet das gesamte ihm unterworfene soziale Leben der Menschen. Es normiert also die Rechte und Pflichten der einzelnen, d. h. einerseits gewährt es einem jeden das rechtliche Maß seiner Freiheit und gibt ihm insoweit Recht, Befugnis, Erlaubnis zum Handeln, andererseits bestimmt es die entsprechenden Pflichten der anderen, befiehlt ihre Erfüllung, verbietet das Zuwiderhandeln und ordnet nötigenfalls auch Strafen dafür an. Man hat daraus in älterer Zeit eine Einteilung der Gesetze in permissive, präzeptive, prohibitive und punitive gemacht. ⟨Neuerlich unterscheidet man insbesondere Normen, welche ein rechtliches Können (oder Nichtkönnen), z. B. den wirksamen Abschluß von Rechtsgeschäften, und solche, welche ein rechtliches Dürfen (oder Nichtdürfen) begründen; letztere setzen immer das Können als gegeben voraus. So begründen die sogenannten trennenden Ehehindernisse die Nichtigkeit der damit behafteten Ehe, also eine Unmöglichkeit der wirksamen Eheschließung (Nichtkönnen), aufschiebende Ehehindernisse dagegen nur die Unerlaubtheit (Nichtdürfen) der (trotz ihrem Vorhandensein wirksam abgeschlossenen) Ehe. Die große Tragweite dieses Gegensatzes wird jetzt allgemein anerkannt.⟩

Die rechtliche Kraft der Gesetze im Privatrechte ist nun aber keineswegs die, daß sie unbedingt stets auf alle Verhältnisse angewendet werden müßten. Im Gegenteil, wo es sich nur um Privatinteressen der Parteien handelt, über welche diese freie Gewalt haben, können sie durch Vertrag oder Testament nach Belieben anders als das Gesetz darüber verfügen, die Bestimmungen des objektiven Rechts kommen immer nur soweit zur Anwendung, als die beteiligten Personen nicht selber andere Verfügungen getroffen haben. Man nennt dies ungenau das Recht der Privatautonomie. Wenn und insoweit

das öffentliche Recht in das Privatrecht eingreift und im öffentlichen Interesse feste Bestimmungen und feste Beschränkungen für die Privatverhältnisse aufstellt, kommt das Prinzip zur Anwendung „ius publicum privatorum pactis mutari non potest“ (l. 38 D. de pactis 2, 14), jede Privatverfügung gegen solche Bestimmungen ist nichtig. Man hat hieraus bei uns eine Einteilung der privatrechtlichen Gesetze selber gemacht; die der letzteren Art nennt man absolute, zwingende oder prohibitive, die anderen hypothetische, dispositive oder vermittelnde.

Die Kraft des objektiven Rechts beruht darauf, daß es als der Wille des Staates gilt, daher dessen Schutz hinter sich hat und von ihm nötigenfalls mit äußerem Zwange durchgeführt wird. Daraus folgt von selbst, daß jeder, der ihm unterworfen ist, auch verpflichtet ist, es zu kennen oder sich bei seinen Rechtsverhältnissen darnach zu erkundigen, und daß, wenn er es auch nicht kennt oder irrige Ansichten darüber hat, er in der Regel doch danach beurteilt wird[1]. Nur hat das römische Recht dabei eine gewisse Milde. Soweit zur Abwendung von rechtlichen Nachteilen überhaupt eine Berufung auf Irrtum zulässig ist, kann man sich auch auf Rechtsunkenntnis berufen, falls sie den Umständen nach entschuldbar war, man namentlich auch keine Gelegenheit zur Erkundigung hatte. Dagegen kann Erlangung von Vorteilen, z. B. durch Usukapion, nie auf Rechtsirrtum gegründet werden[2]. In größerer Ausdehnung wird die Rechtsunkenntnis den Minderjährigen nachgesehen und in gewissen Fällen auch den Weibern, Soldaten und sogenannten rustici. Viele moderne Gesetzbücher haben einen strengeren Standpunkt, weil sie von der Ansicht ausgehen, daß gerade durch sie jedermann in den Stand gesetzt werde, unmittelbar selbst die nötige Rechtskenntnis zu erlangen. Dies ist jedoch eine Täuschung[3] ⟨und der Standpunkt des römischen Rechts der bei weitem richtigere, nur daß die Abgrenzung des entschuldbaren vom unentschuldbaren Rechtsirrtum hier zum Teil — wie bei der Bevorzugung der Soldaten und Frauen — eine willkürliche, durch die Velleitäten der nachklassischen Kaisergesetzgebung kasuistisch geregelte ist⟩.

II. Die Entstehung des Rechts.

§ 5. Einleitung. Die Entstehung des positiven Rechts wird seit Savigny meistens auf den einfachen Satz zurückgeführt, daß das Recht ein Erzeugnis des nationalen Rechtsbewußtseins der Völker sei. Unzweifelhaft bildet diese Auffassung einen wesentlichen Fortschritt gegen die ältere Ansicht, daß alles Recht auf der Willkür der Gesetzgeber beruhe, indessen ist sie in jener Allgemeinheit doch ungenau oder unrichtig. Sie stellt nur das normale Verhältnis auf und verallgemeinert dieses, verleugnet aber, daß es auch abnorme Verhältnisse geben kann, wo der Gesetzgeber nicht Kind und Träger des Volksgeistes ist, vielmehr als Eroberer und Usurpator auch Gesetze geben kann, die im schreiendsten Widerspruche mit dem Volksgeiste und seinem Rechtsbewußtsein stehen. Dieses dann auch auf die Rechtsüberzeugung des Volkes zurückzuführen, weil es duldend das fremde Recht in sich aufnehme, ist eine leere und unwürdige Sophisterei. Es tritt darin der Hauptfehler der ganzen Auffassung hervor, daß nämlich die Bildung des Inhalts der Rechtssätze und die Begründung ihrer formellen äußeren Geltung nicht unterschieden sind, vielmehr das Rechtsbewußtsein des Volkes ganz unmittelbar als solches für wirkliches Recht erklärt ist. Puchta definiert das Recht überhaupt einfach als „gemeinsame Überzeugung der in rechtlicher Gemeinschaft Stehenden“ und sieht daher in Gesetz und Gewohnheit keine Entstehungs-, sondern nur Erkenntnismittel des Rechts. Dabei ist verkannt, daß Bewußtsein und Überzeugung nur subjektive innere Zustände der

---

[1] ⟨Genauer: An sich wirkt der Rechtssatz unabhängig davon, ob die Parteien ihn gekannt haben und das liegt in seinem Wesen. Eine davon erst zu unterscheidende zweite Frage ist, ob nicht eine Reaktion gegen diese Wirkung aus Irrtum über deren Eintreten hergeleitet werden kann. Diese Unterscheidung ist richtig betont von K. Adler, Iherings Jhb. 33, 149 ff.; praktisch freilich ist das Resultat schon früher dasselbe gewesen.⟩

[2] v. Savigny, System III, 344—355; v. Wächter, Die bona fides. 1871. S. 95—129; Bruns, Das Wesen der bona fides. 1882. S. 101—128.

[3] A. Menger, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen. 1890. S. 13 f.

Individuen als solcher sind, daß aber das objektive Recht als solches ein objektives Dasein über den Individuen haben muß. Es muß irgendwie objektiv als ein gemeingültiges und eine die einzelnen wirklich beherrschende Macht gesetzt werden. Das eben geschieht durch die Form des Gesetzes oder durch die Gewohnheit.

Die Identifizierung von Volksüberzeugung und wirklichem Rechte führt zu dem sonderbaren Widerspruche, daß einerseits sehr gegen Gesetzgebung geeifert wird, weil sie so leicht die wahre Volksüberzeugung verkenne und Irrtümer fixiere, und andererseits das Gesetz doch für bloßes Erkenntnismittel der Volksüberzeugung erklärt wird, somit jede Torheit, Einseitigkeit, Härte der Gesetzgebung ohne weiteres auf Rechnung der Volksüberzeugung gesetzt und der Einfluß von Willkür, Irrtum, Zufall auf die Gesetze ganz negiert wird: denn sonst müßte neben dem Gesetze eine Untersuchung über seine Übereinstimmung mit dem Volksbewußtsein zulässig sein, was natürlich keine Rechtstheorie zulassen kann. Derselbe Fehler liegt bei der Idee zu Grunde, daß die Wissenschaft eine Rechtsquelle sei, weil sie bei entwickelteren Zuständen der Völker das Rechtsbewußtsein des Volkes repräsentiere[1]. Das ist in betreff des Inhaltes des Rechts bis auf einen gewissen Grad richtig. Allein wie der Inhalt der Volksüberzeugung nur durch Gesetz oder Gewohnheit wirkliches Recht werden kann, ebenso auch der Inhalt der Wissenschaft. An sich ist er es nicht. Eben darum ist auch die von den Germanisten behandelte Frage, ob bei Zwiespalt zwischen den Volksüberzeugungen und den Ansichten der Juristen das Volksrecht oder das Juristenrecht vorgehe, juristisch gar nicht möglich. Beide sind kein wirkliches Recht, sondern nur gärende und kämpfende Elemente, von denen schließlich eines das andere in Gesetzen oder Gewohnheiten überwindet und damit dann wirkliches Recht wird. Eben darum kann es auch keine selbständige Theorie des Volks- und des Juristenrechts geben. Noch weniger bildet die Wissenschaft insofern eine selbständige Rechtsquelle, als sie die Prinzipien des bestehenden Rechts nachweist und zu ihren Konsequenzen entwickelt. Denn darin ist der Sache nach überhaupt gar keine Rechtsproduktion enthalten. Ebensowenig liegt eine solche in der richterlichen Rechtsprechung, die nur eine Anwendung des geltenden Rechts auf einzelne Fälle darstellt[2]. Nur kann auch hier der Inhalt eines festen Gerichtsgebrauchs durch allgemeine Gewohnheit in Recht übergehen.

§ 6. 1. Gesetz. Gesetz nennt man im engern Sinne die von der höchsten Staatsgewalt aufgestellten objektiven Rechtssätze. Der Begriff ist aber an sich im Gegensatz von Gewohnheitsrecht weiter. Der allgemeine Unterschied ist Satzung und Gewöhnung. Gesetz ist jede Satzung oder Setzung eines wirklich gültigen und verbindenden objektiven Rechtssatzes. Ob es von der obersten Staatsgewalt geschieht oder von irgend einer anderen im Staate dazu berechtigten Gewalt, von Beamten, Behörden, Gemeinden, Korporationen, selbst Familien, kann zwar für Umfang, Kraft, Dauer der Geltung von Wichtigkeit sein, das Wesentliche des Begriffes ist überall dasselbe. Es besteht nur darin, daß von jemandem, der die Gewalt dazu hat, eine objektive Rechtsregel für irgend welche Verhältnisse gesetzt oder aufgestellt ist, die maßgebend und rechtsverbindlich für sie ist. Die Beschränkung der Definition auf die höchste Staatsgewalt ist noch ein Rest von der Idee, daß alles Recht eigentlich vom Staate komme. Die Edikte der römischen Prätoren und die Autonomie der deutschen Gemeinden und Korporationen gehören daher vollständig unter den allgemeinen Begriff der Gesetzgebung, sie sind beschränkte Gesetzgebungsgewalten. Dagegen ist die sogenannte Privatautonomie bei Verträgen und Testamenten wesentlich von der Gesetzgebung zu trennen, weil sie kein objektives Recht aufstellen, sondern nur subjektive Rechte geben kann.

Die Frage, wer im Staate Gesetze geben kann und in welcher Form, ist lediglich eine staatsrechtliche und hängt von der konkreten Staatsverfassung ab. Dadurch, daß dieselbe die Ordnung gewisser Materien der höchsten Staatsgewalt vorbehält und dafür

---

[1] v. Savigny, System I § 14; Beseler, System des deutschen Privatrechts §§ 34—36; Thöl, Einleitung in das deutsche Privatrecht §§ 55—57.

[2] Ganz anders O. Bülow, Gesetz und Richteramt. 1885.

einen streng bestimmten „Weg der Gesetzgebung" vorschreibt, bildet sich die Unterscheidung eines Gesetzes im formellen und eines solchen im materiellen Sinne des Wortes[1]. Die ganze Ausführung darüber und damit auch die über den Unterschied von Gesetz und Verordnung, über die Publikation der Gesetze und die Frage von der richterlichen Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Verordnungen gehört in das deutsche Staatsrecht.

§ 7. 2. Gewohnheitsrecht[2]. Wie der einzelne Mensch bei all seinem Tun teils nach Absicht und Grundsatz handelt, teils sich mehr unwillkürlich durch Gewohnheit leiten läßt, so auch die Völker in ihrem Staats- und Rechtsleben. Ihre Grundsätze sind ihre Gesetze, daneben stehen ihre Rechtsgewohnheiten und Gewohnheitsrechte. Das Wesen aller Gewohnheit ruht ⟨„auf der allgemeinen psychischen Eigenschaft der Menschheit, welche das sich stets wiederholende Faktische als das Normative ansieht"[3]. Das Gewohnheitsrecht entsteht also aus der Gewohnheit, d. h. aus der fortgesetzten tatsächlichen Anwendung einer bestimmten Regel. Das Richtunggebende für den Inhalt dieser Regel liegt allerdings oft in bestimmten, auf ihren Ursprung nicht zurückführbaren Anlagen und Anschauungen des Volks; aber der eigentliche Grund des Gewohnheitsrechts ist darum doch nicht, wie man oft gesagt hat, die Rechtsüberzeugung des Volks. Denn eine gemeinsame Rechtsüberzeugung besteht nirgends von vornherein, sondern bildet sich erst in und mit der gewohnheitsmäßigen Übung eines Satzes heraus. Die „Volksseele" ist also nicht der unmittelbare Quell des Gewohnheitsrechts, sondern kommt nur insofern in Betracht, als sie auf die inhaltliche Bestimmung der Rechtsgewohnheiten zumeist einen großen Einfluß hat[4]. Doch ist selbst dieses nicht immer der Fall; ein lokales Gewohnheitsrecht z. B., wonach in geschlossenen Ortschaften die Häuser einen bestimmten Abstand voneinander haben müssen, kann unmöglich auf den Volksgeist zurückgeführt werden. Manche gewohnheitsrechtliche Satzungen haben nachweislich eine ganz zufällige Veranlassung gehabt. Nach dem Gesagten ist auch die Lehre der römischen Juristen, welche die Geltungskraft der Mores auf den tacitus consensus omnium zurückführen, nicht anzuerkennen; sie stellt sich schon in ihrer Fassung als reine Fiktion dar.⟩

Die Frage ist nun, ob der tatsächlich geübte Rechtssatz auch rechtlich wie ein Gesetz gelte und vom Staate anerkannt und geschützt werden müsse. Gesetz und Gewohnheit völlig gleichstellen, wäre, wie wenn man den Unterschied von Vorsatz und Gewöhnung beim einzelnen Menschen leugnen wollte. Wie beim einzelnen der Wille über den Gewohnheiten steht, sofern der Betreffende nur die Kraft hat, ihn durchzuführen, so steht auch im Staate das Gesetz über der Rechtsgewohnheit. Das Gesetz ist der unmittelbare Wille des Staates, es gilt nicht, weil es gut und volkstümlich ist, sondern weil es Staatswille ist und Macht hinter sich hat. Die Gewohnheit hat an sich keine andere Macht hinter sich, sie ruht nur auf sich selbst. Damit übt sie zwar friedlich eine stille Gewalt über das Volk aus, so daß es von selbst tatsächlich ihr folgt; allein daß der Arm des Staates sie gegen Widerstrebende beschützen müsse, folgt daraus noch nicht. Der Staat kann sich mit den Neigungen und Gewöhnungen des Volks in Widerspruch setzen und seinen Richtern verbieten, Gewohnheiten zu berücksichtigen. Es kann das töricht und unpolitisch sein, aber widersinnig ist es nicht. Dagegen die Beachtung seiner Gesetze verbieten, wäre einfach Unsinn. ⟨Vielfach wird freilich der Staat auch die bestehenden Gewohnheiten schützen und das um so mehr, je sicherer anzunehmen ist, daß sie durch den kulturellen Entwicklungsgang des Volks bedingt sind und das ihm angemessene Rech darstellen.⟩ In unentwickelten Zuständen der Völker, bei überwiegend volkstümlicher Ge-

[1] A. Hänel, Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne. 1888; A. Pernice, Formelle Gesetze im römischen Recht, in der Festgabe für Gneist. 1888. Laband, Staatsrecht des deutschen Reiches (1895) I, 540 ff., II, 988 ff.

[2] G. F. Puchta, Gewohnheitsrecht. 2 Bde. 1828—37. v. Savigny, System I § 12. Gierke, Deutsch. Priv.-R. I, 159 f. mit Citaten.

[3] Jellinek, Allgem. Staatslehre I, 309. Vgl. auch Zitelmann, Arch. f. ziv. Praxis. 1883. S. 459.

[4] Über die Bedeutung des Rechtsgefühls bei der Rechtsbildung vgl. Bernatzik in Schmollers Jahrb. 1896. S. 653 ff. Jellinek a. O. 320 f.

staltung der Rechtspflege versteht sich diese Geltung des Gewohnheitsrechts ganz von selbst. Bei allen Völkern fängt das Recht mit Gewohnheitsrecht und nicht mit Gesetzen an. In späteren entwickelteren Verhältnissen, bei kritischer Auffassung des Rechts, tritt der Gegensatz zwar mehr ins Bewußtsein, allein eine verständige und nationale Gesetzgebung muß dem Gewohnheitsleben des Volks auch hier freien Spielraum lassen und nur Ausartungen und Mißbildungen und zu große Zersplitterungen verhindern. Der Grund der Geltung des Gewohnheitsrechts liegt danach zunächst zwar in ihm selbst, seine formell zwingende Kraft aber hat es durch die Anerkennung und Beschützung vom Staate.

In der modernen Theorie ist diese Natur des Gewohnheitsrechts noch sehr verkannt. Savigny und Puchta haben den ganzen Begriff eigentlich vollständig vernichtet. Um die alte Idee, daß aus dem äußeren Tun ein Recht entstände, zu beseitigen, nehmen sie an, daß das Recht schon vor der Gewohnheit fertig ist; Puchta diviniert eine allgemeine Volksüberzeugung, die als solche schon von selbst Recht sei, eben darum ausgeübt und daraus erkannt werde. Die Gewohnheit als solche, die Gewöhnung, geht dabei ganz verloren; es ist ganz konsequent, daß Puchta gern auch den ganzen Ausdruck Gewohnheitsrecht hätte verbannen mögen und es nur unterließ, weil er „zu sehr eingebürgert" sei. Von Anfang an hat man dies gefühlt, aber die Opposition gegen Puchta will immer, wie er selbst eine unmittelbare Gesetzeskraft der Gewohnheit deduzieren und kommt dadurch wieder auf das Prinzip der Gesetzgebung, den subjektiven Willen, zurück, entweder klar mit offener Proklamation der Autonomie oder unklar durch Paralleliſierung der Gewohnheit mit der Gesetzespublikation.

Auch das Verhältnis des Gewohnheitsrechts zur Gesetzgebung ist hiernach wesentlich anders zu bestimmen, als Puchta es tut. Wie Kinder und Ungebildete vorzugsweise durch Gewohnheiten sich leiten lassen, der erwachsene und gebildete Mann aber mit Bewußtsein die Prinzipien seines Handelns erfassen und durchführen soll, so wird auch im Rechtsleben der Völker das Verhältnis von Gewohnheit und Gesetz ein anderes, wenn ihr Leben sich zu reiferen Zuständen entwickelt. Die Gesetzgebung wird dann die Hauptsache, und nur kleinere und untergeordnete Verhältnisse können der Gewohnheit überlassen bleiben. Für ein so rasch fortschreitendes und so vielseitig und lebhaft bewegtes Leben, wie das heutige, die Rechtsentwicklung auf den Weg der Gewohnheit verweisen, wäre eine wahre Ironie. Im wirklichen Leben selber ist darüber auch nicht der geringste Zweifel. Viel zweifelhafter ist umgekehrt die andere Frage, ob man das Gewohnheitsrecht nicht noch mehr beschränken solle. Das römische Recht stellt die Gewohnheit dem Gesetze völlig gleich; sie kann nicht nur neben den Gesetzen wirksam sein, sondern auch gegen dieselben, sie ändern und aufheben, nur sollen Partikulargewohnheiten nicht gegen allgemeine Reichsgesetze gelten. Bei uns haben dagegen nicht nur das preußische und österreichische Gesetzbuch der Gewohnheit alle Kraft abgesprochen, was sich aus der damaligen Theorie erklärt, sondern auch in dem sächsischen Gesetzbuche ist wieder derselbe Standpunkt eingenommen. Das ältere deutsche Handelsgesetzbuch läßt die Gewohnheiten zwar gelten, aber doch nur neben dem Gesetze, nie gegen das Gesetz. Man hat dies mit der absoluten Autorität des modernen Staatswillens erklären wollen, und daß in der Zulassung von Gewohnheiten gegen das Gesetz eine Sanktion der Ungesetzlichkeiten, mit denen solche Gewohnheiten anfangen müßten, enthalten sei. Dabei liegt aber immer die Auffassung der Gewohnheit als subjektiven Volkswillens zu Grunde. Denn abgesehen davon muß der Staat zwar die Zersplitterung seiner einheitlichen Gesetze durch Partikulargewohnheiten verhindern, nicht aber kann er vernünftigerweise den Einfluß, den die Änderung des ganzen Nationallebens in der Gewohnheit ausübt, verbieten wollen[1]. ⟨Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Reich übergeht die Frage mit Stillschweigen und hat dadurch der Anerkennung der Gewohnheitsrechte, falls sie nötig werden sollte, Raum gelassen.⟩

[1] Sturm, Der Kampf des Gesetzes mit der Rechtsgewohnheit. 1877. Esser, Die derogatorische Kraft des Gewohnheitsrechts. 1888.

III. Die Aufhebung der Gesetze.

§ 8. Gesetze und Gewohnheitsrechte dauern von selbst solange fort, bis sie durch neue Gesetze oder Gewohnheitsrechte aufgehoben werden. Dadurch, daß die Umstände und Verhältnisse, die die Veranlassung und die Motive zur Einführung des Gesetzes gaben, wegfallen oder sich so ändern, daß das Gesetz nun nicht mehr gegeben werden würde und jetzt unnötig, unpassend, nachteilig erscheint, wird das Gesetz nicht von selbst aufgehoben. Die oft aufgestellte Regel: cessante ratione legis cessat lex ipsa ist, in diesem Sinne genommen, unrichtig. Bloß wenn Gesetze ausdrücklich nur transitorisch für gewisse Zeiten und Verhältnisse gegeben sind, verlieren sie mit deren Aufhören ihre Geltung von selbst, und außerdem versteht sich, daß, wenn der Gegenstand, worauf sich ein Gesetz bezieht, nicht mehr existiert, es auch nicht mehr darauf angewendet werden kann.

Für alle neuen Gesetze gilt die Regel: lex posterior derogat priori. Sie kann durch keine sogenannte salvatorische Klausel des älteren Gesetzes ausgeschlossen werden, höchstens kann, wie oft bei Verfassungsgesetzen, eine erschwerende Form angeordnet werden. Sie tritt auch stets ganz von selbst ein, ohne daß es einer besonderen sogenannten derogatorischen oder kassatorischen Klausel in dem neuen Gesetz bedürfte. Der Grund der Aufhebung ist zwar der Wille des neuen Gesetzes, allein in jeder neuen Position desselben ist die Negation des widersprechenden alten von selbst enthalten. Darum ist auch der Umfang der Aufhebung, wenn das neue Gesetz nichts ausdrücklich darüber bestimmt, rein nach dem Prinzipe des Widerspruchs zu bestimmen, also: alles Widersprechende ist aufgehoben, alles Nichtwidersprechende bleibt. Daraus folgt, daß mit der Aufhebung eines Rechtssatzes seine Folgesätze stets von selber mit aufgehoben sind, seine Nebensätze und Ausnahmen dagegen bleiben und mit dem neuen Rechtssatze verbunden werden müssen —, immer falls das neue Gesetz nichts anderes bestimmt. Die Scheidung von beiden aber, namentlich in betreff der Folgesätze, Nebensätze und Ausnahmen eines aufgehobenen allgemeinen Rechtssatzes, muß durch scharfe Entgegenstellung der Prinzipien und Absichten des alten und neuen Gesetzes gewonnen werden. Die oft aufgestellte Regel, die alte lex specialis werde durch die neue generalis nicht aufgehoben, ist in dieser Allgemeinheit falsch oder doch nur insofern haltbar, als man unter der lex specialis eine von einer Regel geltende Ausnahme versteht, welche allerdings durch die Aufstellung einer abweichenden neuen Regel im Zweifel nicht beseitigt wird.

IV. Die Auslegung der Gesetze[1].

§ 9. Die Anwendung der Gesetze ist bedingt durch ihre Auslegung. Die Auslegung der Gesetze ist die Darlegung ihres Inhaltes, d. h. die Feststellung der Fälle, die darunter fallen, und der Grundsätze, die für dieselben gelten sollen. Die Erklärung, d. h. Klarmachung dunkler Gesetze, ist nur ein Teil davon. Es war ein schiefer Gedanke der älteren Theorie, daß Auslegung nur bei mangelhaften und dunkeln Gesetzen stattfinden könne. Sie ist bei jedem, auch dem klarsten, Gesetze nötig, weil kein Gesetz alle Fälle, die es umfaßt, im voraus einzeln aufzählen kann. Die Auslegung ist darum auch nicht als bloße Feststellung des unmittelbaren Sinnes einzelner Gesetze aufzufassen, sie soll vielmehr den gesamten Inhalt des objektiven Rechts in allen seinen Prinzipien und Konsequenzen aus den Gesetzen darlegen und für alle Fälle, die der Reichtum des Lebens bietet, die entsprechende rechtliche Entscheidung gewähren. Das positive Recht ist nicht eine zusammenhangslose Masse einzelner Befehle, sondern ein organisches Ganze, welches das gesamte Leben umfaßt und daher für jeden Fall eine Entscheidung in sich schließt. Jeder Rechtssatz, den ein Gesetz ausspricht, ist ein Prinzip, das nicht nur in seiner unmittelbaren Wortfassung gilt, sondern als solches mit allen darin enthaltenen Konsequenzen anerkannt werden muß. Darum kann es auch keine eigentlichen Lücken im Rechte geben. Wo ausdrückliche Bestimmungen in den Gesetzen fehlen, müssen und können sie durch Schlußfolgerungen aus den vorhandenen ergänzt werden. Der Richter kann daher nie

[1] v. Savigny, System I. Kapitel 4. Vgl. auch Sohm, Institutionen. 10. Aufl. 1901. § 8.

die Entscheidung eines Falles wegen einer Lücke in den Gesetzen ablehnen. Mit Recht erklärt der Code Napoléon dies für eine Justizverweigerung. Früher fragte man, welches Recht subsidiär bei Lücken der Gesetze anzuwenden sei. Das österreichische Gesetzbuch verwies auf das Naturrecht, das preußische auf die Gesetzgebungskommission. Beides ist verfehlt. Natürlich muß die Auslegung dem Richter unbeschränkt zustehen. Bei schwierigen Auslegungsfragen den Richter an die Gesetzgebung verweisen ist ein klägliches Mißtrauen des Staats in seine Richter und eine arge Vermischung von Recht und Gesetzgebung.

Auslegung ist Wissenschaft. Die Kraft ihrer Resultate hängt daher von der Richtigkeit ihrer Gründe ab. Doch kann der Sinn eines Gesetzes für die praktische Anwendung auch durch neue Gesetze oder Gewohnheiten festgestellt werden (sogenannte authentische und Usualinterpretation). Dann muß diese Deutung unbedingt gelten, ohne Rücksicht auf ihre Richtigkeit.

Die erste Aufgabe der Auslegung ist nun, den unmittelbaren Inhalt der einzelnen Gesetze festzustellen, also den juristischen Gedanken, den Rechtssatz, den sich der Gesetzgeber selber dabei gedacht hat. Es gibt dafür zwei Wege: man kann entweder a posteriori aus den Worten, aus den Ausdrucksmitteln des Gedankens zu dem Gedanken selber kommen oder a priori aus den Elementen, aus denen er selbst hervorgegangen ist.

1. Die Interpretation aus den Worten schließt in sich:
   a. die lexikalische Bedeutung der einzelnen Worte,
   b. ihre Verbindung zu Sätzen nach den Regeln der grammatischen Konstruktion,
   c. die Vereinigung der Sätze zu einem Gedanken nach den Grundsätzen der formalen Logik.
2. Die Elemente, aus denen der Gedanke eines Gesetzes hervorgehen kann, und aus denen daher a priori Schlüsse auf seinen Inhalt gezogen werden können, sind seine Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft, d. h.
   a. seine historische Entstehung und Ausbildung,
   b. sein dogmatischer Zusammenhang mit dem ganzen Rechtssysteme als ius commune oder singulare,
   c. sein legislativer Zweck für die zukünftige Gestaltung des Lebens.

Beide Wege oder Mittel müssen natürlich zur vollen Interpretation eines Gesetzes stets verbunden werden; sie ergänzen sich und bilden gegenseitig die Probe ihrer Richtigkeit. Es ist eine rohe Vorstellung, die Worte seien das Gesetz und müßten allein entscheiden, nur wenn sie unklar wären, dürften die mehr idealen Elemente zu Hilfe gezogen werden. Doch war dies die althergebrachte Ansicht, die man mit den überdies unpassend gewählten Ausdrücken: grammatische und logische Interpretation, zu formulieren suchte. Savigny hat die ganze Idee glücklich beseitigt; weniger gelungen ist es, wenn er an die Stelle der alten Einteilung eine neue von „vier Elementen" der Interpretation setzt, einem grammatischen, logischen, historischen, systematischen.

Der Rechtssatz, dessen Feststellung das Ziel der Auslegung ist, besteht im wesentlichen stets darin, daß für bestimmte Tatsachen eine bestimmte Rechtsregel aufgestellt wird, und zwar aus bestimmten Gründen, die in irgend welchen bestimmten Eigenschaften der Tatsachen beruhen. Man unterscheidet danach dispositio und ratio legis. Die Auslegung hat stets beide zu ermitteln, da die Tragweite der Disposition sich nur aus ihrem Grunde feststellen läßt und die eigentliche Absicht des Gesetzes den Inhalt bildet, welcher zum Gesetze erhoben ist. Nicht die Worte sind das Gesetz, sondern der Gedanke, der in ihnen ausgedrückt ist; sie als solche sind nur das Ausdrucksmittel. Demgemäß sind unklare, unvollständige, mehrdeutige Worte möglichst der sonst zu ermittelnden Absicht des Gesetzes gemäß zu interpretieren, und wenn Worte und Absicht entschieden nicht harmonieren, geht die letztere vor. Sind die Worte zu eng gefaßt, so müssen sie extensiv interpretiert werden, wenn zu weit, restriktiv. Im Zweifel muß man freilich an den Worten festhalten, und bloße Härten, Unbilligkeiten und Unzweckmäßigkeiten sind an sich noch kein Grund, von einem klaren Wortlaute abzuweichen.

Von der Feststellung des unmittelbaren Inhalts der einzelnen Gesetze hat die Auslegung zu den Konsequenzen fortzuschreiten, die sich logisch daraus ergeben, ohne speziell ausgesprochen oder auch nur zum bewußten Gedanken des Gesetzgebers gelangt zu sein. Es gehören dahin zunächst die Konsequenzen für das betreffende Verhältnis selber in seinen weiteren Detailfragen, dann aber auch die Konsequenzen für andere, gleichartige Verhältnisse, für die keine besonderen gesetzlichen Bestimmungen existieren. Auf diese sind die Gesetze *ἀνὰ λόγον*, d. h. secundum rationem legis, auszudehnen. Gerade durch diese sogenannte analoge Behandlung ähnlicher Verhältnisse wird die Ausfüllung aller Lücken der Gesetze möglich gemacht und die innere Harmonie des ganzen Rechtsorganismus erhalten. Natürlich muß sie vorsichtig geschehen, man darf nicht bloße Ähnlichkeiten zu allgemeinen Gleichstellungen ausdehnen, und anomale Rechtssätze oder Privilegien dürfen nicht übertragen werden; man darf nicht, wenn das Gesetz für einen Fall eine Ausnahme macht, darum auch andere, ähnliche Fälle ausnehmen.

V. Die zeitliche und örtliche Anwendung der Gesetze[1].

§ 10. Allgemeines. Bei der Anwendung der Gesetze auf die einzelnen Tatsachen ist die Ausdehnung, in der sie geschehen muß, zu bestimmen. Soll der Richter stets nur das gegenwärtige Recht und Gesetz seines Landes bezw. Bezirkes zur Anwendung bringen, ohne Rücksicht, wann und wo die Tatsachen vorgefallen sind, höchstens etwa mit einzelnen Ausnahmen? — oder ist das Prinzip, daß jede Tatsache in der Regel nach den Gesetzen zu beurteilen ist, unter deren Herrschaft sie vorgefallen ist, wenn sie auch unter anderen Gesetzen zur Beurteilung kommt? Die Frage hat eine doppelte Beziehung, eine zeitliche und eine räumliche, d. h. sie entsteht bei verschiedenen Gesetzen nacheinander und nebeneinander, also wenn Tatsachen unter einem alten, aufgehobenen Gesetze vorgefallen sind und wenn sie sich in einem fremden Rechtsgebiete unter anderen Gesetzen ereignet haben.

Bei aller Verschiedenheit beider Fälle ist doch die Grundfrage bei beiden dieselbe. Man hat in älterer und neuerer Theorie gesagt, man müsse davon ausgehen, daß jeder Staat sein eigenes gegenwärtiges Recht für das beste halte, für besser als früheres und fremdes, sonst würde er es nicht haben; folglich müsse der Richter auch stets jenes anwenden und nicht das schlechtere frühere oder fremde. Es ist das der schulmeisterliche, bevormundende Standpunkt der Staatsweisheit des achtzehnten Jahrhunderts, wonach das Volk sein Leben nicht selber gestaltet, sondern nur als Untertan der Gegenstand väterlicher Beurteilung und Leitung weiser Männer ist, bei denen natürlich die neueste Weisheit immer die beste ist. Faßt man dagegen das Recht als eine dem Menschen und seinem Leben immanente sittliche Idee und Macht auf, so haben die Tatsachen von innen heraus bei ihrem Entstehen ihren bestimmten rechtlichen Charakter, der ihnen bleibt und unabhängig von Zeit und Ort stets und überall derselbe sein und als solcher anerkannt und beurteilt werden muß. Auch ist dies nicht etwa nur der Standpunkt für ein ideales Naturrecht, das positive Recht muß ihn bei seiner zeitlichen und örtlichen Verschiedenheit ebenso haben. Jede Zeit hat ihr Recht, und jedes Land hat sein Recht, und zwar ist das nicht bloß zeitliche und örtliche Weisheit der Staatslenker, sondern eigenstes, immanentes Recht der Zeit und des Landes selber. Es steht im engen Zusammenhange mit ihrem gesamten sonstigen Leben und gibt darum auch jeder Tatsache, die darunter vorfällt, ihren festen rechtlichen Charakter, ohne Rücksicht, wann und wo sie zur rechtlichen Beurteilung kommen wird. Der rechtliche Charakter der Tatsachen, die Gültigkeit oder Ungültigkeit der Rechtshandlungen kann daher nicht mit der Zeit und dem Orte des Gerichts, welches darüber zu entscheiden hat, wechseln, sondern muß stets von Zeit und Ort ihrer Entstehung abhängen. Das Prinzip für die Anwendung der Gesetze ist also nach der Auffassung der jüngsten Pandektisten nicht: jedes Gericht hat seine Gesetze auf alle Tatsachen anzuwenden, die an dasselbe kommen, sondern: jedes Gericht hat auf alle

[1] R. Schmid, Die Herrschaft der Gesetze nach ihren räumlichen und zeitlichen Grenzen. 1863.

Tatsachen die Gesetze anzuwenden, unter denen sie vorgefallen oder entstanden sind, oder kurz: die Tatsachen sind nach den Gesetzen ihrer Entstehung, nicht ihrer Entscheidung, zu beurteilen.

§ 11. In zeitlicher Beziehung[1] führt dieses Prinzip zu der bekannten Regel, daß neue Gesetze nicht auf vergangene Tatsachen angewendet werden dürfen, keine rückwirkende Kraft haben sollen. Die Regel steht im römischen und heutigen Rechte unzweifelhaft fest. Man streitet jedoch über ihre Begründung, ob sie auf rechtlicher Konsequenz oder nur legislativer Zweckmäßigkeit beruhe. Offenbar ist sie nur die negative Seite des allgemeineren positiven Prinzips, daß alle Tatsachen nach dem Gesetze ihrer Entstehung zu beurteilen sind. Natürlich kann aber die Macht des Gesetzes die Konsequenz des Rechtes stets brechen und, wo es ihr gut dünkt, Rückanwendung anordnen. Insofern ist allerdings dann im einzelnen das, was die Regel erhält und die Ausnahme ausschließt, doch nur legislative Zweckmäßigkeit, und insofern kann im einzelnen die Entscheidung, ob bei einem Gesetze Rückanwendung eintreten müsse oder nicht, allerdings nur aus der Interpretation der Absicht des einzelnen Gesetzes entnommen werden. Ein leitendes Prinzip muß jedoch natürlich auch dabei sein. Es liegt darin, daß Rückanwendung stets einen Eingriff in bestehende Rechte (sogenannte iura quaesita, wohlerworbene Rechte) enthält und solche Eingriffe, als Ausnahmen von der regelmäßigen Rechtsordnung, im Zweifel nicht als Absicht der Gesetze angesehen werden können. Auf diese Weise reduziert sich das Rechtsprinzip: Gesetze haben keine rückwirkende Kraft, im praktischen Resultate auf das legislative Prinzip: Gesetze sollen nicht in bestehende Rechte eingreifen. Von einer unmittelbaren Identität beider kann keine Rede sein, da das eine rechtlich, das andere legislativ ist. Die Grenze der Anwendung beider hängt natürlich nur von dem Belieben der Gesetzgebung ab. Sobald ein neues Gesetz in alte Rechte eingreifen will, muß es darauf angewendet werden und rücksichtslos, soweit seine Absicht reicht. Begriffliche Unterscheidungen, wie die ältere zwischen vermittelnden und zwingenden Gesetzen oder die neuere von Savigny zwischen Gesetzen über Erwerb und über Dasein der Rechte oder die von Lassalle, ob die Gesetze den einzelnen mit oder ohne Vermittlung seines Willens treffen, sind rechtlich ohne Kraft, sie können höchstens Wahrscheinlichkeiten über die Absicht der einzelnen Gesetze begründen, nicht aber direkt darüber entscheiden.

Dagegen ist nun für alle Fälle, wo das neue Gesetz keine Rückanwendung beabsichtigt, die Anwendung des alten Gesetzes nach dem Prinzipe zu bestimmen, daß alle Tatsachen, die unter seiner Herrschaft vorgefallen sind, den rechtlichen Charakter der Gültigkeit oder Ungültigkeit, der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit, den sie danach hatten, auch unter dem neuen Gesetze behalten. Danach sind zu unterscheiden:

1. Die Tatsachen, die gültig und wirksam vollendet sind und Rechte begründet haben, und die, welche ungültig, unwirksam, unvollendet waren. Bei den ersteren sind die dadurch für den einzelnen begründeten Rechte in allen Punkten, in Wirkung und Beschränkung, stets nach dem alten Gesetze zu beurteilen; die letzteren dagegen können unter dem neuen Gesetze keine rechtliche Wirksamkeit mehr bekommen. Dahin gehören auch angefangene oder unvollendete Verjährungen, falls das neue Gesetz nicht Anrechnung der alten Zeit gestattet. Die Schwierigkeit liegt nur in der Abgrenzung der beiden Gebiete, und in dieser Beziehung ist zu sagen, daß die gewöhnlich gebrauchte Bezeichnung „erworbene Rechte" nicht weit genug ist, um auszudrücken, daß alle unter dem alten Gesetz bereits entstandenen und geschaffenen Rechtswirkungen, z. B. auch ein formgerecht errichtetes Testament, von dem neuen Gesetz unberührt bleiben.

2. Die Tatsachen, welche konkrete wirkliche subjektive Rechte des einzelnen, und

[1] v. Savigny, System VIII §§ 383–400; Lassalle, Das System der erworbenen Rechte. 2 Bde. 1861. 2. Aufl. von L. Bucher. 1880; Rintelen, Über den Einfluß neuer Gesetze auf die zur Zeit ihrer Emanation bestehenden Rechtsverhältnisse. 1877; Göppert, Das Prinzip: „Gesetze haben keine rückwirkende Kraft". Eine Abhandlung aus dem Nachlaß ihres Verfassers herausgegeben und ergänzt von E. Eck, in Iherings Jahrbb. für Dogmatik XXII 1–206; Pfaff und Hofmann in den Exkursen über das österreichische allgemeine bürgerliche Recht I 112–350. 1889.

die, welche nur erst abstrakte gesetzliche Möglichkeiten und nähere oder fernere rechtliche Erwartungen begründeten. Alle bloßen Möglichkeiten und Erwartungen, z. B. gesetzliche Erbanwartschaften, hören mit dem Gesetze, worauf sie sich stützen, auf; wo nach dem alten Gesetze noch kein wirkliches konkretes Recht begründet ist, kann auch keins erhalten werden.

Eine Ausnahme vom Verbote der Rückwirkung der Gesetze gilt nur in dem einen Falle, wenn das Gesetz selber sie anordnet, sei es ausdrücklich oder sonst bestimmt erkennbar. Dasein und Umfang einer solchen Vorschrift ist im allgemeinen ganz nach der Interpretation des einzelnen Gesetzes zu bestimmen, doch soll die Rückanwendung in der Regel nicht auch auf die bereits durch Zahlung, Urteil, Vergleich und Ähnliches vollständig abgemachten Verhältnisse bezogen werden. Ein besonderer Fall der rückwirkenden Gesetze sind die deklaratorischen Gesetze oder authentischen Interpretationen. Sie bestimmen zwar eigentlich nur, wie ein Gesetz von jetzt an verstanden werden soll, aber da sie dies rückwärts als wirklichen Sinn des alten Gesetzes hinstellen, so muß es in allen Fällen gelten, die von jetzt an zur Beurteilung kommen. Eine Rezission bereits entschiedener Fälle wegen Irrtums folgt daraus nicht, da dieser nach der Zeit vor der Deklaration beurteilt werden müßte.

§ 12. *In örtlicher Beziehung*[1] würde das Prinzip der Immanenz des Rechts in den Tatsachen zu der Regel führen, daß im internationalen Verkehre der Völker jedes Recht nach den Gesetzen seines Entstehungsortes zu beurteilen ist, ohne Unterschied, wo es zur gerichtlichen Entscheidung kommt. Die Durchführung des Prinzips bietet jedoch hier noch mehr Schwierigkeiten wie bei der zeitlichen Beziehung, weil es sich hier nicht bloß um einzelne Differenzen innerhalb der Gesetzgebung *eines* Staates handelt, sondern um die Gesetzgebungen verschiedener Staaten, die selbständig und mit eifersüchtiger Wahrung ihrer Souveränität und Gesetzgebungspolitik einander gegenüberstehen. Die Materie bekommt dadurch hier wesentlich ein völkerrechtliches Element; auch sind die bezüglichen Fragen durch neuere Untersuchungen wieder so sehr in Fluß gekommen, daß man von einem allseits anerkannten leitenden Prinzip kaum mit Sicherheit sprechen kann. Indessen folgt daraus nicht, daß man die souveräne Gewalt und Weisheit des einzelnen Staates zum Ausgangspunkte dabei machen müsse. Denn die Frage bezieht sich keineswegs bloß auf die Gesetze verschiedener Staaten, sondern ebenso auf das Verhältnis der verschiedenen Rechte und Gesetze, die in verschiedenen Gebieten eines und desselben Staates gelten. Und auch bei verschiedenen Staaten kann das Ziel nicht in einer eifersüchtigen Geltendmachung der einzelnen Staatssouveränität liegen, sondern nur in möglichster Erleichterung des Völkerverkehres, gegenseitiger Anerkennung der Nationen mit ihren Gesetzen und gleichmäßiger Beschützung der entstandenen Rechte. Das römische Recht enthält keine Beantwortung der Frage. In der älteren Zeit hatte es das Prinzip der Persönlichkeit des Rechts, nur mit der eigentümlichen Aushilfe des ius gentium für den Fremdenverkehr; später war innerhalb des Reiches allgemeine Rechtseinheit und mit Fremden überhaupt wenig rechtlicher Verkehr. Die germanischen Völker hatten anfangs gleichfalls das Prinzip der Persönlichkeit des Rechts; seit dem dreizehnten Jahrhunderte trat aber in Italien und Deutschland das der Territorialität an seine Stelle, jedoch ohne große Schroffheit, weil die kleinen italienischen und deutschen Staaten und Städte sich stets in nationaler und mehr oder weniger auch staatlicher Rechtsgemeinschaft fühlten. In neuerer Zeit ist mit der Entwicklung des modernen Völkerverkehrs und -Rechts in ganz Europa und auch Amerika das universale Prinzip der internationalen Rechtsgemeinschaft und Reziprozität des Rechtsschutzes immer vollständiger zur Anerkennung gekommen. Zwar hat das territoriale Prinzip der Staatssouveränität gerade in der neueren deutschen Theorie noch bedeutende Verteidiger gefunden, Wächter, Puchta u. a., und auf dem

[1] v. Savigny, System VIII §§ 345—382; v. Bar, Das internationale Privat- und Strafrecht. 1862. 2. Aufl. unter dem Titel: Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts. 2 Bde. 1889; Zitelmann, Internationales Privatrecht I. 1897; II. (unvollendet) 1898; Kahn, Abhandlungen a. d. intern. Priv.-R. Iherings Jahrbb. 39 ff.

Boden des deutschen Partikularismus ist dies nicht ohne Beifall geblieben, indessen ist der universale Standpunkt durch Savigny u. a. doch zur überwiegenden Geltung gebracht.

Gewisse Beschränkungen des universalen Prinzips durch das territoriale sind freilich in keiner Weise abzuwehren, nämlich:

1. Daß die positiven Bestimmungen, die im einzelnen Staate durch besondere Gesetze über die Behandlung der Frage aufgestellt sind, unbedingt von seinen Gerichten zur Anwendung gebracht werden müssen und jeder Fremde sich diesen schlechthin zu unterwerfen hat. Indessen sind andere Staaten dann nach dem Prinzipe der Reziprozität berechtigt, iure retorsionis die Untertanen jenes Staates bei sich ähnlich zu behandeln.

2. Die Anerkennung fremder Gesetzgebungen kann nie so weit gehen, daß der Staat die Fremden besser als seine eigenen Angehörigen behandeln müßte. Privilegien und Vorrechte fremder Gesetzgebungen erkennt daher kein Staat bei sich an, sobald sie seinen Gesetzen fremd sind. Ebendarum erkennt er auch Rechte, die seine Gesetzgebung für absolut unsittlich oder gemeinschädlich hält, nie bei Fremden an, wenn auch deren Gesetze sie zulassen.

Abgesehen von diesen Beschränkungen suchten die Lehrer der Pandektentheorie zumeist das Prinzip der Immanenz des Rechts als Regel durchzuführen. Nach ihrer Auffassung steht jede Tatsache bei ihrer Entstehung unter dem Rechte irgend eines bestimmten Rechtsgebietes. Dieses bestimmt ihren rechtlichen Charakter der Gültigkeit oder Ungültigkeit, und danach muß sie überall, in welchem Rechtsgebiete und unter welchen Gesetzen es auch zur Entscheidung kommt, beurteilt werden. Die weitere Frage ist nur, welchen Gesetzen eine jede Tatsache bei ihrer Entstehung unterworfen ist. Es entscheidet darüber nicht absolut der Ort, wo sie sich ereignet. Vielmehr sind solche Tatsachen, die mit anderweitigen umfassenderen und dauernden Rechtsverhältnissen in Verbindung stehen, auch deren Gesetzen mit unterworfen, da die Gesetze des zufälligen Ereignisortes dann gar nicht die Absicht haben, ihren rechtlichen Charakter zu bestimmen. Demnach ist die Aufgabe, für jedes Rechtsverhältnis nachzuweisen, welchem Rechtsgebiete es seiner inneren Natur nach angehöre. Im allgemeinen legten die Pandektisten dabei folgende Unterschiede zu Grunde:

1. Die Person ist als solche, also in betreff ihres allgemeinen persönlichen Rechtszustandes, ihrer Handlungsfähigkeit, ihrer Familien- und Vormundschaftsverhältnisse, und darum auch in betreff ihrer gesamten Beerbung, im allgemeinen den Gesetzen ihrer Heimat (sogenannten statuta personalia) unterworfen.

2. Sachen sind als solche den Gesetzen des Ortes, wo sie liegen (statuta realia), unterworfen. Danach sind daher alle dinglichen Rechte, sowohl ihre Möglichkeit als die Art und Form ihres Erwerbes und Verlustes, zu beurteilen, jedoch nur in betreff des dinglichen Elementes, denn die Rechtstitel darauf hängen meistens von persönlichen und obligatorischen Verhältnissen ab.

3. Handlungen jeder Art, d. h. Rechtsgeschäfte und Delikte, stehen im allgemeinen unter den Gesetzen des Ortes der Vornahme (sogenannte statuta mixta), nach der Regel: locus regit actum. Nur greift gerade hier bei der Einklagung solcher Verhältnisse in anderen Ländern vielfach die oben angeführte Beschränkung in betreff der absolut verworfenen Rechte ein, und außerdem sind hier noch weitere besondere Modifikationen:

a. solche Geschäfte, die sich auf Verhältnisse der Personal- und Realstatuten beziehen, wie Ehe, Adoption, Testament, Verpfändung, sind sämtlich danach zu beurteilen;

b. in betreff der sogenannten Dispositivgesetze bei Verträgen kommt es auf die Absicht der Parteien an, mithin darauf, welchen Gesetzen sie sich dabei unterwerfen wollen;

c. in betreff der äußeren Form der Rechtsgeschäfte war es ein ziemlich allgemeines Gewohnheitsrecht, daß die Parteien die Wahl haben zwischen der Form des Orts der Vornahme und der des Orts der materiellen Wirksamkeit des Geschäftes, sofern die letztere Form nicht einen absolut zwingenden Charakter hat.

B. Die Pandektenlehre vom subjektiven Recht.

I. Allgemeine Natur.

§ 13. Die subjektiven Rechte sind die Befugnisse, die den einzelnen Subjekten dem objektiven Rechte nach zustehen. Sie bestehen im allgemeinen in der vom objektiven Rechte anerkannten und geschützten Freiheit der einzelnen in Verfolgung ihrer Lebensinteressen. Indem die Rechtsordnung diese Freiheit dem einzelnen gewährleistet, legt sie den anderen die Pflicht auf, sie insoweit anzuerkennen und nicht zu verletzen. Durch diese Beziehung auf eine entsprechende Pflicht anderer wird die natürliche und sittliche Freiheit zur rechtlichen oder zum Rechte. Ohne Pflicht kein Recht. Man streitet, ob der Grund des Rechts in der Freiheit oder in den Interessen liege. Die Theorie der abstrakten Willensfreiheit war seit Hegel vorherrschend. Energisch hat Jhering[1] sie angegriffen und das Interesse, den Nutzen, den Genuß als Grund und Zweck des Rechts geltend gemacht. Offenbar gehört beides wesentlich zusammen. Die Freiheit ist nicht abstrakt um ihrer selbst willen berechtigt, sondern als Grundlage für die Verfolgung der sittlichen Interessen und Zwecke des menschlichen Lebens[2]. Darum wird der ganze Inhalt der Rechte nicht durch abstrakte Willenscapricen bestimmt, sondern nur durch die verschiedenen wirklichen Lebensinteressen, und Rechte ohne vernünftiges Interesse werden gar nicht zugelassen, z. B. bei Servituten, Obligationen, Stiftungen. Allein, wollte man ganz von der Freiheit abstrahieren und nur auf das Interesse sehen, so würde der eigentliche Grund für den Schutz desselben fehlen, denn Interessen und Schutz derselben sind auch bei Tieren, z. B. den Tauben von S. Marco, möglich. Die Rechte der Willensunfähigen, der Kinder und Wahnsinnigen können kein Bedenken machen, da diese an sich frei sind und ihre Freiheit nur nicht vernünftig ausüben können.

Diese Begriffe von Recht und Pflicht sind in ihrer praktischen Durchführung wesentlich auf die Kategorien von Freiheit und Notwendigkeit zurückzuführen. Das Recht ist reine Freiheit, d. h. Möglichkeit zum Handeln; man darf es ausüben, braucht es aber nicht, kann auch ganz darauf verzichten und es auf andere übertragen. Die Pflicht ist umgekehrt reine Notwendigkeit; man muß sie erfüllen, wenn der Berechtigte es verlangt, kann sich ihr nicht einseitig entziehen, sie nicht auf andere übertragen. Das Verhältnis beider zueinander ist, daß das Recht eine gewisse Macht oder Herrschaft über den Verpflichteten gibt, der Berechtigte die Erfüllung der Pflicht verlangen kann und der Staat dafür einen Schutz durch äußeren Zwang gewährt.

Neben dem Rechte oder der rechtlichen Herrschaft, der rechtlichen Möglichkeit, einen Rechtsinhalt auszuüben, steht der Besitz oder die faktische Herrschaft, die faktische Möglichkeit, einen Rechtsinhalt auszuüben. Begriff und Wort „Besitz" haben ihren historischen und etymologischen Ausgang beim Eigentume oder der Herrschaft über Sachen. Hier schließt das „Sitzen", „sedere", auf der Sache die volle faktische Herrschaft in sich. Der Begriff ist aber an sich ein allgemeiner und bei allen Rechten, die eine dauernde äußere Herrschaft oder Ausübung in sich schließen, anwendbar. Doch läßt sich sein ganzes Wesen besser bei dem konkreten Falle des Sachbesitzes bestimmen, weshalb hier darauf verwiesen wird. Vgl. unten §§ 30—32.

§ 14. Der Begriff des Rechts bietet, da er die gesamte Freiheitssphäre des Menschen und alle seine äußeren Lebensinteressen umfaßt, eine unendliche Mannigfaltigkeit von Unterschieden, Arten und Einteilungen dar. Die Haupteinteilung ist die nach dem Gegenstande der Rechte in Zustands- (oder Personen-) und in Vermögensrechte. Der Unterschied beruht auf dem Gegensatze der persönlichen Existenz des Menschen

---

[1] Jhering, Geist des römischen Rechts III § 60. Vgl. Jhering, Zweck im Recht. 2 Bde. 2. Aufl. 1884. 86. Übereinstimmend Dernburg, Pandekten I § 39.

[2] Vgl. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte. 1892. S. 40 ff.

und seiner Herrschaft über die äußere Natur und andere Menschen. Der Mensch hat ein Recht, zu *sein* und äußere Macht zu *haben*.

1. Die Zustandsrechte beschränken sich nicht auf die bloße persönliche Existenz, d. h. Leben und Freiheit, sondern schließen auch die Existenz und Stellung des Menschen in den verschiedenen Kreisen, die zum Gesamtorganismus der Gattung gehören, wie Familie, Staat, Gemeinde u. a., mit in sich. Sie gehen darauf, daß der Mensch in seinem allgemeinen und besonderen persönlichen Zustande von anderen anerkannt und nicht verletzt, also in der Ausübung der dazu gehörigen Freiheitssphäre nicht verhindert werde. Diese Freiheit bezieht sich zunächst auf die freie allgemeine Tätigkeit des Menschen, dann in den einzelnen besonderen Kreisen auf die besonderen Verhältnisse, die deren Wesen ausmachen. In der Familie, die allein von diesen Kreisen in das Privatrecht gehört, umfaßt sie alle die persönlichen Beziehungen, in denen die einzelnen Familienmitglieder dem objektiven Organismus der Familie zufolge, jedes nach seiner Stellung, zueinander stehen, so namentlich die Verhältnisse der Ehegatten und die väterliche Gewalt. Die letztere insbesondere ist nicht eine äußere, zufällige und willkürliche Macht des Vaters über die Kinder, sondern nur die rechtliche Durchführung der gegenseitigen Stellung des Erzeugers und des Erzeugten [1].

Der ganze Begriff der Zustandsrechte ist in neuerer Zeit mehrfach angefochten, namentlich von Unger; man könne nur von faktischen Zuständen mit rechtlichen Folgen bei Verletzungen, aber nicht von Zustandsrechten sprechen, der Mensch sei Person, Gatte, Vater, Bürger, aber es sei kein Recht, dies zu sein; ein Recht könne nur auf Tun und Haben, nicht auf bloßes Sein gehen; die sogenannten Familienrechte seien nur sittliche Ansprüche. Allein, wenn Recht Freiheit ist, so ist das Dasein der Freiheit das erste Recht. Ein Sein, was anerkannt werden muß und nicht verletzt werden darf, dem also eine Pflicht entspricht, ist ein Recht, sonst wäre seine Verletzung kein Unrecht. Die Auflösung des Rechts der Persönlichkeit in einzelne Befugnisse und Ansprüche aus Verletzungen stände der Auflösung des Eigentums in einzelne Befugnisse und Schadenersatzansprüche analog. Der sittliche Charakter der Familienverhältnisse schließt aber den rechtlichen nicht aus. Unzulässig ist es dagegen, die Zustandsrechte dadurch den Rechten auf Tun auf Haben näherzubringen, daß man sie als Rechte des Menschen über sich selbst oder gar des Geistes über den Körper auffaßt, wie Vangerow wollte.

2. Die Vermögensrechte gehen auf die äußere, willkürliche und zufällige Macht des Menschen, also seine Herrschaft über die Natur, d. h. die einzelnen Sachen, und über andere Menschen. Man unterscheidet beide als Sachen- und Forderungsrechte oder als dingliche und persönliche Rechte.

a. Das Wesen der Sachenrechte besteht in der unmittelbaren rechtlichen Unterwerfung der Sachen unter den Willen des Berechtigten, der unmittelbaren Macht des Berechtigten über sie, die von jedermann anerkannt werden muß und nicht verletzt werden darf. Dem Rechte entspricht die allgemeine, aber nur negative Pflicht der Nichtverletzung von allen anderen Menschen. Nur in dieser Beziehung auf andere Menschen liegt der Charakter des Sachenrechts als Rechts. Man kann nicht, wie Windscheid früher (bis zur dritten Auflage) in seinem Lehrbuch § 43, sagen, das Sachenrecht habe zum unmittelbaren Inhalte nur die Herrschaft über die Sache; die Befugnis, von anderen etwas zu verlangen, sei erst eine Konsequenz davon. Das Sachenrecht ist, wie jedes andere, nur durch die entsprechende Pflicht ein Recht und besteht daher als solches wesentlich nur in der Beziehung von Person zu Person; zwischen Person und Sache ist überhaupt kein Recht, sondern nur ein Faktum möglich [2].

b. Die Forderungsrechte bestehen in einer Macht über andere Menschen, die nicht auf der objektiven Ordnung der verschiedenen Kreise des Gattungsorganismus beruht,

---

[1] Das Nähere darüber s. unten §§ 76. 80.

[2] Diesen Gedanken führt E. Fuchs, Das Wesen der Dinglichkeit. Berlin 1889, dahin durch, daß das dingliche Recht überhaupt die Sache nicht ergreife, sondern nichts anderes sei als ein absolutes, d. h. gegen eine unbestimmte Vielheit von Personen gerichtetes Recht.

sondern auf einer äußeren, mehr zufälligen und willkürlichen Unterwerfung unter den subjektiven Willen des Berechtigten. Diese Macht kann der allgemeinen Freiheit des Menschen wegen keine unmittelbare und absolute wie bei Sachen sein, das wäre Sklaverei, sondern nur eine durch die Freiheit und den eigenen Willen des Unterworfenen vermittelte; sie kann also nur in einer Verpflichtung seines Willens zu einzelnen Handlungen bestehen, dem Berechtigten nur ein Recht geben, diese zu fordern. Darin liegt das Wesen des Forderungsrechts oder der Obligation. Die Obligationen sind weder als Rechte „über" noch als Rechte „an" Handlungen zu bestimmen, sondern als Rechte über eine Person „auf" Vornahme einer Handlung.

Alle Vermögensrechte stehen in einem gemeinsamen scharfen Gegensatze zu den Zustandsrechten. Da sie sämtlich eine der Willkür des Menschen zur Befriedigung seiner Interessen unterworfene äußere Macht enthalten, so ist insofern eine allgemeine Vergleichung und Abmessung ihrer Bedeutung oder ihres Wertes für den Menschen möglich, und im weiteren Verfolge davon dann auch ein allgemeiner sachlicher Maßstab, mittelst dessen sie taxiert und insofern auch ihrem Werte nach ersetzt werden können. Dieser Maßstab ist das Geld, auf welches alle Vermögensrechte reduziert werden können, während die Zustandsrechte in Gelde unschätzbar sind und überhaupt unter sich in ihrer Bedeutung und ihrem Werte für den Menschen gar keine eigentliche Vergleichung und Abmessung zulassen.

Andere Einteilungen der Rechte sind: in personale und reale, absolute und relative, positive und negative, prinzipale und accessorische, gemeine und privilegierte.

II. Die Subjekte der Rechte.

§ 15. Allgemeines. Insofern alles Recht in der Ordnung der menschlichen Verhältnisse, namentlich der menschlichen Freiheit, besteht, erscheinen die subjektiven Rechte zunächst stets nur als Berechtigungen der einzelnen Subjekte, als unzertrennliche Attribute von diesen und ohne sie undenkbar. In der konkreten Gestaltung des Rechtslebens werden indessen wenigstens die Vermögensrechte zu bestimmten einzelnen Machtverhältnissen über Sachen und Personen, die einen festen objektiven Inhalt und Umfang haben, der von dem einzelnen berechtigten Subjekte unabhängig ist, von ihm getrennt werden und unverändert auf andere Subjekte übergehen, ja selbst ohne alles Subjekt fortexistierend gedacht werden kann. Vorübergehend ist eine solche subjektlose Existenz möglich, wenn ein Subjekt weggefallen und noch kein neues eingetreten ist, wie bei ruhenden Erbschaften oder derelinquierten Inhaberpapieren. Aber auch dauernd kann sie begründet werden, zwar nicht zwecklos, da alles Recht nur der menschlichen Interessen wegen da ist, wohl aber, wenn Interessen existieren, die an keinen einzelnen Menschen gebunden sind, und zu deren Befriedigung doch ein festes Vermögen bestimmt werden soll, wie z. B. bei Staats- und Gemeindeinteressen, Armenpflege, Förderung von Kunst und Wissenschaft u. dgl. Dann muß das Recht die Möglichkeit geben, daß ein Vermögen auch ohne einzelnen Herrn besteht, nur ganzen Gesamtheiten von Personen gehöre oder sogar ohne allen Inhaber nur einem bestimmten Zwecke diene. Um indessen das Dogma, daß ohne Subjekt kein Recht möglich sei, aufrechtzuerhalten und diese Fälle dem Vermögen der einzelnen Personen möglichst gleichzustellen, hat man das Mittel der Personifikation von Ideen zu Hilfe genommen und danach eine Einteilung der Personen in physische und juristische aufgestellt.

§ 16. Die physischen Personen. Der Mensch als rechtsfähiges Subjekt heißt Person; Persönlichkeit ist insofern Rechtsfähigkeit. Dabei hat das heutige Recht, anders als das römische, den Standpunkt, daß der Mensch rein als solcher, weil Freiheit sein Wesen ist, als rechtsfähig gilt und darum auch alle Menschen im allgemeinen gleichmäßig. Sklaverei ist daher absolut unzulässig, und Fremde haben im allgemeinen gleiche Rechtsfähigkeit mit den Einheimischen. Der römische nationale Standpunkt, daß nur der römische Bürger die volle Rechtsfähigkeit hat, der befreundete Peregrine eine beschränkte, der Feind gar keine, ist dem kosmopolitischen der allgemeinen rechtlichen Anerkennung der Menschenwürde gewichen.

Mit der allgemeinen gleichen Rechtsfähigkeit steht es natürlich nicht im Widerspruche, daß bei faktischen Verschiedenheiten der Menschen auch rechtliche Unterschiede eintreten. Dahin gehören:

1. Die physischen Unterschiede nach Geschlecht, Alter und Gesundheit, körperlicher und namentlich geistiger. In betreff des Alters nimmt das römische Recht den vollendeten, volljährigen Menschen erst mit 25 Jahren an, das ältere deutsche Recht meistens schon mit 21 Jahren, und dies ist durch ein Reichsgesetz vom 17. Februar 1875 allgemein eingeführt. Unterstufen der Minderjährigkeit sind im römischen Rechte nach verschiedenen Rücksichten: die infantia (Kindheit) bis zum siebenten Jahr, nach dessen Vollendung man impubes infantia maior heißt, die pubertas (Mündigkeit) mit 14 Jahren, bei Mädchen mit 12, die plena pubertas mit 18 bezw. 14 Jahren, das Alter für venia aetatis mit 20 bezw. 18 Jahren; in den vor dem B.G.B. geschaffenen Reichsgesetzen außerdem: für Ausschließung oder Milderung der Kriminalstrafen ein Alter von weniger als 12 bezw. 18 Jahren, für Ehemündigkeit 20 bezw. 16 Jahre, für Ehefähigkeit ohne elterlichen Konsens 25 bezw. 24 Jahre.

2. Die sittliche Verschiedenheit der Menschen hat im allgemeinen keinen Einfluß auf ihre Rechte. Der Grund des Rechts ist die Freiheit des Menschen, nicht ihr sittlicher Gebrauch. Der Unsittliche, der Ehrlose, selbst der Verbrecher bleibt rechtsfähig. Nur bei solchen Rechten, die ausnahmsweise eine besondere Ehrenhaftigkeit der Gesinnung voraussetzen, muß wegen entschiedener Unehrenhaftigkeit, also namentlich wegen Verbrechen, eine Rechtsminderung eintreten. Diesen Charakter haben aber zwar im öffentlichen Rechte die meisten Rechte, namentlich alle Wahl- und Amtsrechte, im Privatrechte aber nur wenige, wie das Recht zu Vormundschaft, elterlicher Erziehung, Zeugnis, Eid. In der Fähigkeit zu diesen Rechten tritt daher die Ehrenhaftigkeit oder Ehre des Menschen auch rechtlich hervor. Darum nennt man die Unfähigkeit dazu schlechthin Ehrlosigkeit. Nur von diesem Standpunkte aus ist die Rechtsminderung wegen Ehrlosigkeit zu begründen, nicht, wie meistens geschieht, damit, daß die Mißachtung, in der man bei anderen stehe, also deren Meinung, einen Einfluß auf die rechtliche Stellung haben müsse.

Die näheren Bestimmungen über die Ehrlosigkeit, ihre Gründe und Wirkungen sind stets ganz besonders von Sitten und Zuständen eines Volkes abhängig. Die römischen Grundsätze darüber konnten in Deutschland nie als maßgebend angesehen werden; dagegen traten an ihre Stelle die §§ 31—37 des Reichsstrafgesetzbuchs.

3. Soziale, politische und religiöse Verschiedenheiten nach Stand, Rang, Gewerbe, Heimat, Religion können auch auf das Privatrecht in verschiedener Weise von Einfluß sein, doch beruhten die darüber in Deutschland geltenden Grundsätze auf deutscher Quelle.

Weitere rechtliche Bestimmungen über die Rechtsfähigkeit des Menschen sind nur für ihren Anfang und ihr Ende, Geburt und Tod, nötig.

1. Erst von der Geburt an gilt der Mensch als Person, doch werden den Ungeborenen ihre eventuellen Rechte vorbehalten und gesichert. Kommen sie tot zur Welt, so ist die Rücksicht auf sie nunmehr erledigt[1]. Wie es sich verhalte, wenn sie zwar lebend, aber so unreif zur Welt kommen, daß sie darum nicht lebensfähig sind, war im Pandektenrecht eine vielverhandelte Streitfrage. Nach einer sehr verbreiteten Lehre sollte das römische Recht einem solchen Kinde (abortus) die Persönlichkeit absprechen[2], und damit stimmt auch das französische Recht überein. Doch unterlag dieselbe großen Zweifeln[3], und jedenfalls legten das preußische und österreichische Recht auf die Lebensfähigkeit ebensowenig Gewicht, als es gegenwärtig das B.G.B. tut. Im übrigen kommt auf die konkrete Lebensfähigkeit und -Dauer nichts an. Das römische Recht spricht auch dem monstrum die Rechtsfähigkeit ab; die neuere Medizin bestreitet aber die Möglichkeit, daß ein monstrum lebendig zur Welt komme.

---

[1] Krieg, Delation der Erbschaft im Falle einer Totgeburt. 1876.
[2] Wächter, Comm. de partu vivo non vitali, pars I—V. 1863—66.
[3] Bekker, System des Pandektenrechts I § 45 Beilage I.

2. Beim Tode können nur in betreff des Beweises Zweifel entstehen. Leben und Tod sind Tatsachen, die nicht präsumiert werden können; wer Rechte auf das eine oder andere gründet, muß es beweisen, ebenso, wenn es sich um die Priorität des Todes von zwei Personen handelt. Nur bei der letzteren macht das römische Recht eine Ausnahme, indem beim Tode von Eltern und Kindern in gemeinsamer Gefahr, wie Schiffbruch oder auch Krieg, im Zweifel präsumiert werden soll, daß unmündige Kinder vor, mündige nach den Eltern gestorben seien. Die Präsumtion ist ohne inneren Grund und ohne bestimmbare Grenze und daher in den neueren Gesetzbüchern allgemein verworfen.

Dagegen hat die gemeinrechtliche Praxis eine Präsumtion des Todes bei sogenannten Verschollenen eingeführt[1]. Das römische Recht empfand dazu bei seiner freien Beweistheorie kein Bedürfnis. Die Schwierigkeit des modernen Beweises führte aber schon im italienischen Mittelalter dazu. Anfangs nahm man die Todespräsumtion erst mit dem hundertsten Lebensjahre an, später zwar mit dem siebzigsten, doch wurde dabei in Deutschland erst noch ein Versuch, durch Ediktalzitation Nachrichten zu bekommen, und dann eine förmliche Todeserklärung für nötig erklärt. Neuere Gesetze haben zweckmäßiger relative Fristen nach den Jahren der Abwesenheit angesetzt, und zwar verschiedene, je nach den Verhältnissen, unter welchen die Verschollenheit eingetreten ist.

§ 17. Die juristischen Personen[2]. Wenn alles Recht nur den Schutz und die Sicherung der menschlichen Lebensinteressen zum Zwecke hat, so darf es nicht auf die unmittelbaren individuellen Interessen der einzelnen als solcher beschränkt sein, sondern muß auch die Verhältnisse mitumfassen, die im sozialen Leben in mehr allgemeiner und ideeller Weise zur Förderung der menschlichen Interessen gebildet werden. Es gehören dahin alle Verbindungen von Menschen zu bestimmten Zwecken, sowohl die größeren, wie Staat und Gemeinden, als die kleineren, wie Korporationen und Vereine; außerdem auch alle Anordnungen und Bestimmungen von Rechten und Vermögen zu bestimmten Zwecken, wie bei Stiftungen und Anstalten.

Die Möglichkeit solcher Rechtsgestaltungen ist an sich außer Zweifel; streitig ist nur, in welcher rechtlichen Form sie auszuführen ist. Die Pandektentheoretiker haben verschiedene Konstruktionen aufgestellt. Das Vermögen der einzelnen Person schließt drei Elemente in sich: das Vermögen selber, davor das Haben, dahinter das Genießen desselben. Danach hat man in Ermangelung eines physischen Vermögenssubjektes entweder sich ein fingiertes Subjekt als Inhaber gedacht (Savigny) oder das Vermögen ganz selbständig gelassen, ohne Subjekt, nur mit der Zweckbestimmung (Brinz), oder die, für welche der Genuß bestimmt ist (die Destinatäre), wer sie auch seien, zugleich als Inhaber angesehen (Jhering)[3]. Das erste gibt die juristische Person, das zweite das Zweckvermögen, das dritte personae incertae als Eigentümer. (Doch war die Streitfrage in dieser Formulierung in unzulänglicher Weise auf das Gebiet des reinen privaten Vermögensrechtes beschränkt. Sobald man erkannt hat — was heute unter dem Einfluß der Staatswissenschaften immer mehr geschieht —, daß die juristischen Personen auch eine publizistische Existenz führen, verschiebt sich die Grundlage der Untersuchung so sehr, daß sie auf dem Boden des Privatrechtes nicht erledigt werden kann, und steht gleichzeitig fest, daß jede Betrachtung, welche die juristische Person als bloßen Träger von Vermögensrechten ansieht, durchaus einseitig ist. Dies gilt selbst für Anstalten und Stiftungen, da auch diese wenigstens nicht notwendig auf vermögensrechtliche Betätigung beschränkt sind.)

---

[1] Bruns, Die Verschollenheit, in Bekkers Jahrbuch des gemeinen Rechts I 90—201.

[2] v. Savigny, System II §§ 85—102; Brinz, Pandekten §§ 226—244 (2. Aufl. §§ 59 bis 62); Zitelmann, Begriff der juristischen Person. 1873; Bolze, Der Begriff der juristischen Person. 1879; Gierke, Die Staats- und Korporationslehre des Altertums und des Mittelalters und ihre Aufnahme in Deutschland. 1881 (Das deutsche Genossenschaftsrecht III); Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung. 1887; Karlowa in Grünhuts Zeitschrift f. Privatrecht XV 381 ff.

[3] Geist des römischen Rechts III § 61 (4. Aufl. S. 355—360).

Unter den juristischen Personen sind zu unterscheiden einerseits die Korporationen, anderseits die Anstalten und Stiftungen.

Ihnen allen gemeinsam ist, daß die soziale Organisation, welche sie darstellen, durch einen höheren Willen gebunden ist; dieser kommt zur Erscheinung in ihrem Statut (Satzung). Gerade dadurch unterscheiden sich die Korporationen von der reinen Gesellschaft (societas) des Privatrechts. Es ist nicht richtig gedacht, wenn man den Gegensatz von Sozietät und Korporation dahin bestimmt, daß dort die einzelnen Sozietäre, hier die Korporation Träger der Rechte ist. Die Tatsache ist wohl unbestreitbar, aber sie ist nur eine Folge des tieferen Gegensatzes, daß die Gesellschafter, wenn sie einig sind, über die Rechte der Gesellschaft nach Belieben verfügen können (natürlich nicht jeder einzelne für sich allein), die Korporationsmitglieder dagegen durch das Statut gebunden sind. Wohl kann das Statut abgeändert werden, aber nur unter den Bedingungen und in jenen Formen, die es selbst festsetzt. Infolgedessen ist hier das Korporationsvermögen ein an das Statut gebundenes und darum nicht Eigentum der Mitglieder.

Den Gegensatz zwischen Anstalten und Korporationen darf man nicht darin allein suchen, daß bei diesen der soziale Organismus durch physische Personen gebildet wird, bei jenen nicht. Es gibt auch Anstalten, die durch Personenverbände gebildet werden. Der Unterschied liegt in der Stellung, welche die physischen Personen gegenüber dem Verband einnehmen. Wo das Vorhandensein und der Verbandswille physischer Träger für denselben Existenzbedingung ist, spricht man von Korporationen; daher erlöschen dieselben notwendig mit dem Wegfall sämtlicher Mitglieder. Personenverbände anstaltlicher Natur können den Wegfall ihrer zeitigen Mitglieder überdauern, wie z. B. die Episkopate in partibus infidelium zeigen. Sie werden eben durch einen höheren Willen behufs Aufnahme zukünftiger Mitglieder aufrechterhalten. Derselbe höhere Wille kann auch gewisse Personenkreise selbst gegen ihren Willen zu einem Verband zusammenfügen (Zwangsgenossenschaften). Insofern haben viele Verbände, welche man gemeiniglich als Korporationen bezeichnet, etwas vom anstaltlichen Charakter an sich, wie z. B. die Ortsgemeinden[1]. — Anderseits schließt der anstaltliche Charakter eine gewisse privatrechtliche und publizistische Selbstbestimmung des Verbandes durch seine Mitglieder nicht aus, und je weiter diese reicht, desto sicherer pflegt man im gegebenen Fall von Korporationen zu sprechen. Die Grenzlinie zwischen Korporation und Personenanstalt ist daher eine fließende, und es gibt viele Übergangsformen.

In vermögensrechtlicher Beziehung läßt sich bei den Personenverbänden wieder unterscheiden zwischen solchen, wo das Vermögen ausschließlich dem statutarischen Zweck gewidmet ist, so daß die Mitglieder daran kein unmittelbares Nutzungsrecht haben, und solchen, wo ein derartiges Nutzungsrecht besteht. Im letzteren Fall pflegt man von einem Anteilsrecht zu sprechen, welches sich auch sowohl in einem Heimfallsrecht bei Aufhebung des Verbands als darin äußern kann, daß das Mitglied (oder im Vollstreckungsweg dessen Gläubiger) durch Kündigung der Mitgliedschaft seinen Anteil aus dem Verbandsvermögen herausziehen kann. Doch kann letzteres nur durch Beanspruchung einer Wertquote in Geld geschehen; formell bleibt das Verbandsvermögen auch hier dem Verband, wie denn nach außen er allein als dessen Eigentümer erscheint und zu seiner Verwaltung und Vertretung berufen ist. Ob ein Personenverband der ersten oder der zweiten Kategorie angehört, läßt sich nur durch Prüfung des Statuts im einzelnen Fall ermitteln, in Ermangelung eines Statuts nach der Observanz, und im letzteren Fall kann die Entscheidung sehr schwierig werden. Im ganzen überwiegt bei Korporationen, welche dem öffentlichen Recht angehören, mehr der erstere Typus, und insofern die römischen Juristen nur dieser ihr Interesse zuwenden, ist er in den Digesten allein geschildert, weshalb man ihn fast immer für ein wesentliches Merkmal des römischen Korporationsbegriffes hält und dem deutschen entgegenstellt. Jedoch ist sicher, daß auch die Römer Privatkorporationen mit Nutzungsrechten der Mitglieder anerkannt haben, wenngleich ihre Doktrin nicht

[1] Man kann dies auch dahin ausdrücken, daß die öffentlichen Korporationen meist anstaltliche Eigenschaften haben.

davon zu sprechen pflegt. Der Gegensatz zwischen römischem und deutschem Korporationsrecht ist daher nur ein scheinbarer. Im übrigen sind auch hier im Leben die Gestaltungen überaus mannigfach, besonders wenn man die Variationen hinzuzieht, welche durch etwaige publizistische Funktionsfähigkeit der Korporationen erzeugt werden.

Die römische Doktrin des Korporationsrechts freilich ist unzulänglich genug. Da die Privatvereine, trotz ihrer reichlichen Anzahl, im sozialen Leben der Kaiserzeit nur eine untergeordnete Rolle spielen[1], wird von ihnen nur sehr wenig gesprochen; die öffentlichen Korporationen aber, insbesondere die Gemeinden, stehen zu jener Zeit unter dem Zwang eines bureaukratisch bevormundenden Verwaltungsrechts, welches ihre lebendige Ausgestaltung verkümmert hat; auch liegen die Verhältnisse der Land- und Provinzialstädte dem Gesichtskreis der hauptstädtischen Rechtsschule ziemlich fern. Infolge dieser bureaukratischen Behandlung ist den Römern insbesondere die wichtige Erkenntnis fremd geblieben, daß die Korporation als Ganzes ein Gesamtdasein führen kann, ähnlich dem der physischen Personen, und daß ihre Organe hierbei nicht bloß als Stellvertreter, sondern als eigentliche Träger und mit dem Ganzen wesenseins in Betracht kommen können. Statt dessen haben die Römer zwischen der universitas und den singuli die schärfste Trennung aufgerichtet und damit die erstere aus dem lebendigen Rechtsverkehr teilweise ausgeschaltet. Seinen entschiedensten Ausdruck findet dies in dem Satz, daß die Korporation deliktsunfähig ist, da die Handlungen ihrer Mitglieder oder Vertreter als Privathandlungen angesehen werden, welche in die transzendente Sphäre der universitas nicht hinaufreichen. Von diesem Standpunkt haben sich die Pandektisten der Neuzeit im Grunde niemals recht emanzipiert; es war der heutigen Germanistik vorbehalten, die organische Einheit von Korporation und Mitgliedern darzutun[2].

Zwischen Anstalten und Stiftungen läßt sich eine Unterscheidung überall nicht durchführen; jede Stiftung ist eine Anstalt. Doch bezeichnet man als Stiftungen herkömmlich nur jene Anstalten, welche von Privatpersonen ins Leben gerufen sind. Bei den von der öffentlichen Gewalt aufgestellten Zweckwidmungen pflegt man mehr von Anstalt zu sprechen, da hier der dauernde, zweckbestimmende Wille dieser fortlebenden Autorität in den Vordergrund tritt. So pflegt ein vom Staat oder der Gemeinde errichtetes Krankenhaus als Krankenanstalt, ein von einem Privaten errichtetes als Stiftung bezeichnet zu werden, wobei noch das mitwirkt, daß bei ersteren eine gewisse tatsächliche Sicherheit dafür besteht, daß sie ihre Anstalten auch bei Verlust des derzeitigen Zweckvermögens aufrechterhalten würden. Natürlich aber sind nicht alle von Staat oder Gemeinde errichteten Anstalten selbständige juristische Personen, sondern solche können auch „unselbständige Anstalten" sein, d. h. Einrichtungen, bei denen Staat und Gemeinde sich nicht durch ein dauerndes Statut die Möglichkeit jederzeitiger Abänderung oder Aufhebung benehmen. Die Verwaltungsanstalten fallen meist unter diese letztere Kategorie.

Nach dem Gesagten muß man theoretisch genau die juristischen Personen einteilen in Korporationen und Anstalten und den Stiftungsbegriff als eine Unterkategorie des Anstaltsbegriffs ansehen; ferner muß man sich stets gegenwärtig halten, daß die genannten Einteilungen nicht einen scharfen Gegensatz für jeden einzelnen Fall bedingen, sondern nur gewisse Merkmale zum Ausdruck bringen, welche aber nicht immer in voller Reinheit bestehen.)

---

[1] Die Römer hatten zwar eine Menge corpora und collegia, alle Inschriften sind voll davon, allein sie bewegen sich nur in beschränkten Verhältnissen. Gemeinsame Leichenbestattung, Unterstützung, Festlichkeiten u. dgl. sind die Hauptsache, doch findet sich bei den Kollegien der Handwerker auch eine Beziehung zur Ausübung des Handwerks. Dividenden vom Einkommen und Nutzungsrechte am Eigentum des Kollegiums fehlen indessen auch schon hier nicht für die Mitglieder. Noch mehr war dies der Fall bei den korporativen Sozietäten für Zollpachtungen, Bergwerke und Salinen. Ungleich reicher hat sich dieses alles im heutigen Rechte entwickelt. Im Mittelalter war die Korporation neben dem Lehnswesen die Hauptform des politischen Lebens, und gegenwärtig bewegt sich wenigstens ein großer Teil der sozialen Bestrebungen in der Form der Korporation. Es ist dadurch die ganze öffentliche Seite der Korporationen überhaupt erst ins Leben gerufen und das Verhältnis von Sonderrechten der Mitglieder am Korporationsvermögen erst zur eigentlichen Entwicklung gebracht.

[2] Diesen Gedanken voll durchgeführt zu haben, ist das unschätzbare Verdienst der Korporationslehre von Gierke, oben S. 314 Nr. 2.

Bei der Entstehung der Korporationen ist die Hauptfrage, ob sich jeder Verein selber durch eigenen Beschluß zur Korporation machen kann, oder ob Erteilung des Korporationsrechts vom Staate dazu nötig ist. Die ältere Theorie forderte das letztere vom Standpunkte der fingierten Person aus, weil eine solche Fiktion nur vom Staate vorgenommen werden könne. Das war reiner Dogmatismus. Der Sache nach handelt es sich um zweierlei: die politische Frage der Freiheit des Vereinsrechts und die privatrechtliche der Scheidung des Vermögens der Vereine von dem der Mitglieder. Die römischen Kaiser sahen vorzugsweise auf das erstere. Sie machten alle Vereine wegen ihrer politischen Gefährlichkeit von obrigkeitlicher Genehmigung abhängig. Die Genehmigung gab aber stets auch das Korporationsrecht. Daraus folgt indessen nicht, daß sie die privatrechtliche Seite gar nicht beachtet hätten, und daß daher in Deutschland alle erlaubten Vereine von selbst Korporationsrechte gehabt hätten. Schon der Ausdruck: permittitur corpus (oder arcam) habere, zeigt, daß man auch auf das privatrechtliche Element ein Gewicht legte. Nach demselben Prinzipe mußte man in Deutschland, wo Vereine an sich ebenso frei waren wie Sozietäten, für das Korporationsrecht doch noch besondere staatliche Genehmigung fordern, entweder durch ein allgemeines Gesetz nach bestimmten Normativbedingungen (namentlich Publizität durch die Gerichtsbücher) oder durch spezielle Erteilung (der aber hier wie sonst der unvordenkliche Besitz gleichstand).

Aufgehoben wurden Korporationen durch die Aufhebung der idealen Gesamtheit der Mitglieder, also durch Auflösung des rechtlichen Bandes, das sie verbindet. Korporationen zu Privatzwecken der Mitglieder konnten sich ⟨durch ausdrückliche oder stillschweigend ausgesprochene Bestimmung des Statuts regelmäßig freiwillig⟩ auflösen und dann bei, d. h. vor der Auflösung ⟨häufig auch⟩ das Vermögen unter sich verteilen, ⟨doch war letzteres nicht immer der Fall, sondern richtete sich danach, ob den Mitgliedern ein latentes Anteilsrecht am Vermögen zustand, was auch bei Privatvereinen nicht immer der Fall sein muß[1]⟩. Öffentliche Korporationen konnten nach der Natur der Sache nur von der kompetenten öffentlichen Gewalt aufgelöst werden, und dann fiel ihr Vermögen als bonum vacans an den Staat.

⟨Die Rechtsfähigkeit war bei den römischen Korporationen wesentlich dadurch eingeschränkt, daß sie der zivilen hereditas unfähig waren, während der Empfang von Vermächtnissen seit dem 2. Jahrhundert der Kaiserzeit wenigstens gewissen Korporationen nachgelassen wurde. Im Pandektenrechte bestand eine starke Strömung, welche jede Beschränkung der vermögensrechtlichen Erwerbsfähigkeit leugnete und dieselbe der der physischen Personen vollkommen gleichstellte. Große Streitfragen dagegen bestanden über die vermögensrechtliche Handlungsfähigkeit der Korporation in der Richtung, ob die Handlungen ihrer Mitglieder und Vertreter bloß nach den Grundsätzen der Stellvertretung auf sie reflektieren sollten oder als eigene Handlung der universitas zu gelten hatten; am wichtigsten war dies in Bezug auf Delikte (s. oben S. 316) und erst das B.G.B. hat hier die Haftung der Gesamtheit für die Delikte ihrer Organe zur unzweifelhaften Anerkennung gebracht.

Über die Entstehung von Anstalten hat das römische Recht, welches den Anstaltsbegriff nicht formuliert, keine Grundsätze entwickelt. Die Entstehung der öffentlichen Anstalt vollzieht sich im Verwaltungsweg nach den Grundsätzen des Verwaltungsrechts. Private Stiftungen wurden bei den Römern meist so errichtet, daß das Stiftungsvermögen einer öffentlichen Korporation (bes. Gemeinden) zu Eigentum übertragen und nur dessen Ertrag gestiftet wurde[2]; man konnte sich eben die ideale Persönlichkeit der Stiftung noch nicht mit genügender Klarheit vorstellen, und dieselbe Gepflogenheit bestand auch in Deutschland, wo sich massenhaft Stiftungskapitalien im Eigentum von Korporationen, insbesondere auch der Kirche, befanden (unselbständige Stiftungen). Es wird von solchen häufig gelehrt, daß hier das Stiftungsvermögen von den rechtlichen Schicksalen des sonstigen Korporationsvermögens als selbständiger Fonds nicht berührt werden kann[3], und daher z. B. in den Konkurs desselben nicht hineingezogen werde würde; doch mangelt diesem

[1] Vgl. Bekker, Pandekten I 259—260.
[2] Pernice, Labeo III I, 150—172.
[3] Z. B. Regelsberger, Pandekten I, 342 u. Litt.

Satz jede gesetzliche Grundlage, und in wessen Namen sollte denn im Konkursfall das Vermögen aus der Masse beansprucht werden, wenn ein Rechtssubjekt nicht besteht? Ließe sich aber die bezeichnete Rechtsregel wirklich dartun, dann wären jene Fonds eben selbständige Stiftungen; der Gedanke einer unselbständigen Stiftung, welche doch mit dem Vermögen ihres Verwalters nicht in eines zusammenfließen soll, ist unvollziehbar.

Die in den Rechtsquellen der späteren Kaiserzeit auftretenden milden Stiftungen (piae causae) sind als selbständige Stiftungen zu betrachten; auch das gemeine Recht kannte unzweifelhaft die selbständige Stiftung; ihre Rechtsfähigkeit war insbesondere auch im Erbrecht eine der der physischen Personen ebenbürtige, wobei nur die bekannte, mehr dem Erbrecht als der Stiftungslehre angehörige Streitfrage bestand, ob auch eine erst vom Erblasser ad hoc zu errichtende Stiftung Erbe werden könne, indem man das Hysteron proteron befürchtete, daß die Erbeinsetzung eine vorhandene Person, diese aber hier wieder die Erbeinsetzung voraussetzt. Diese Streitfrage hat im B.G.B. einen besonderen Paragraphen (§ 84) ins Leben gerufen. Übrigens war es auch streitig, ob das Zustandekommen einer Stiftung von staatlicher Genehmigung abhängig sei; auch in dieser Beziehung hat erst das B.G.B. (§ 80) Ordnung geschaffen.〉

III. Das Objekt der Rechte.

§ 18. Der Begriff „Gegenstand" der Rechte wird in sehr verschiedenem Sinne genommen. Hauptsächlich versteht man darunter die Menschen und Sachen, über die man eine rechtliche Herrschaft bekommt, aber auch die Handlungen, zu denen man berechtigt wird; ferner die Pflicht anderer, auf die das Recht geht und durch die es eigentlich zum Rechte wird, bei Obligationsrechten dann auch die Handlungen und Leistungen des Schuldners, auf die der Gläubiger ein Recht bekommt, und selbst die Sachen, die der Gläubiger durch die Obligation bekommen soll. An wohlgemeinten Ratschlägen, den Sprachgebrauch zu fixieren und namentlich zwischen Gegenstand und Inhalt der Rechte zu unterscheiden, fehlt es nicht, aber ohne Erfolg. Im Grunde kann man den Begriff auch auf alles, was dem Subjekte im Rechte objektiv gegenübersteht, anwenden, ihn also nach den verschiedenen im Rechte enthaltenen Beziehungen in verschiedenem Sinne gebrauchen.

Real existierende *Gegenstände für die Rechte* sind natürlich nur der Mensch und die Natur. Der erstere nur als freies Wesen; er ist als Objekt nichts anderes wie als Subjekt, darum mit allen den rechtlichen Bestimmungen, die oben für ihn als Rechtssubjekt ausgeführt sind. Die Natur löst sich als Rechtsobjekt in einzelnen Sachen auf, die in der mannigfachsten Weise Gegenstände der Rechte bilden, unmittelbar und mittelbar, total und partiell, einzeln und vereint u. s. w. Dabei versteht sich, daß, da die Bedeutung der Sachen für den Gebrauch und Genuß der Menschen den Grund alles Rechts an ihnen bildet, ihre physische Beschaffenheit und Verschiedenheit in der mannigfachsten Weise von Einfluß auf ihre rechtliche Behandlung sein muß. Wie bei den Rechtssubjekten gibt es daher auch bei den Rechtsobjekten eine Lehre von ihren rechtlich wichtigen Eigenschaften und Unterschieden (de rerum divisione). Die wichtigsten sind die Beweglichkeit, Teilbarkeit, Vertretbarkeit, Verzehrbarkeit, Zusammengehörigkeit, ferner ihre Entstehung auseinander und ihre Verbindung miteinander. Alle diese Begriffe bekommen bei ihrer rechtlichen Durchführung ihre eigentümlich juristische, von der rein physischen mehrfach abweichende Bestimmung und bilden dadurch eine weitläufige Lehre, deren Detail jedoch hier umgangen werden muß.

Auch der Rechtsfähigkeit der Subjekte geht bei den Objekten der Begriff einer *passiven Rechtsfähigkeit*, d. h. der Fähigkeit, Objekt von Privatrechten zu sein, parallel. Im allgemeinen gibt die Möglichkeit der faktischen Herrschaft auch das Maß für die Möglichkeit der rechtlichen Herrschaft. Darum ist das Recht auf die Erde beschränkt und hier auf den festen Erdboden und das, was darauf und darin ist. Das Meer und die Luft sind „extra commercium"[1]. Außerdem muß der Staat diejenigen

[1] *Wappäus*, Zur Lehre von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen. 1867. Über die zum

Teile seines Gebietes, auf denen der allgemeine öffentliche Verkehr sich bewegen soll, nämlich die Häfen, Flüsse, Meere, Wege, Straßen und Plätze, dem Privatverkehr und den Privatrechten entziehen (res publicae). Das römische Recht behandelt diese Sachen nach altrepublikanischem Dogma als ein Korporationseigentum des Volkes und gibt allgemein Popularklagen zum Schutze der Benutzung. Bei uns sind sie Eigentum des Staates[1], sind jedoch durch die Bestimmung zur allgemeinen Benutzung von dem gewöhnlichen fiskalischen Eigentume unterschieden. Der Schutz der Benutzung ist Administrationssache.

Speziellere Beschränkungen sind bei verbotenen Sachen, z. B. Büchern, Waffen u. dgl., und bei den sogenannten relativen Verkehrsentziehungen.

IV. Erwerb und Verlust der Rechte.

§ 19. Allgemeine Natur. Das Recht der Existenz als Mensch, d. h. als freies, rechtsfähiges Wesen, hat der Mensch schlechthin mit seinem Dasein; alle anderen einzelnen Rechte entstehen für ihn nur unter besonderen, im Gesetze bestimmten Voraussetzungen und können wieder aufhören. Man nennt das Erwerb und Verlust der Rechte. Sie können zwar gleich mit seiner Existenz entstehen, wie z. B. Familienrechte, aber doch eben nur unter besonderen Voraussetzungen. Das Dasein der gesetzlichen Voraussetzungen des Erwerbes bildet den Rechtsgrund (causa, titulus) des Erwerbes. Besondere Erwerbshandlungen sind dabei nicht wesentlich. In der Regel erwirbt man zwar ohne oder gar wider seinen Willen keine Rechte; allein, da die Rechte nur in rechtlichen Möglichkeiten bestehen, so können diese auch unmittelbar durch das Gesetz eröffnet, die Rechte also von selbst erworben werden.

Wie der Erwerb so tritt auch der Verlust der Rechte immer nur bei besonderen gesetzlichen Voraussetzungen ein. Die Fortdauer der Rechte bedarf keiner besonderen Begründung, sondern liegt im Begriffe des Rechts, wird, wie man sagt, stets präsumiert; der Verlust muß vom Gegner bewiesen werden. Wie aber Rechte in der Regel nicht ohne und wider Willen erworben werden, so dauern sie in der Regel auch nicht wider Willen fort; vielmehr kann man sie in der Regel beliebig mit freiem Willen aufgeben. Dies heißt im allgemeinen Verzicht oder Veräußerung. Der Begriff umfaßt gleichmäßig das einfache Aufgeben, die Übertragung an andere, die Einräumung von beschränkenden Rechten für andere, den Erlaß von Rechten gegen sie u. s. w. Veräußern kann in der Regel jeder Berechtigte, doch gibt es auch unveräußerliche Rechte, und für manche Fälle sind besondere Veräußerungsverbote aufgestellt. Ein Widerruf von Verzichten und Veräußerungen ist in der Regel nicht zulässig.

Zwischen Erwerb und Verlust der Rechte liegt ihre Existenz. Diese erscheint zunächst als subjektive Berechtigung der einzelnen Personen. Die Person ist das Wesentliche und Dauernde, das Recht nur ein vorübergehendes Attribut. Anderes Subjekt, anderes Recht. Allein, im Zusammenhange der sozialen Ordnung kehrt sich dieses Verhältnis um. Die einzelnen Rechte, wenigstens die Vermögensrechte, erscheinen hier als feste objektive Einrichtungen und Bestandteile des sozialen Organismus der Gattung, als feste, konkret geformte Möglichkeiten von Interesse und Genuß, in welche die verschiedensten Subjekte je nach Bedürfnis und Zufall eintreten können. Der einzelne schafft und gestaltet sie, und was er geschaffen, das besitzt und genießt er dann auch. Allein, das letztere kann jeder andere ebensogut. Das Subjekt ist gleichgültig für das Recht. Wie der Rock seinen Träger wechselt und derselbe bleibt, ebenso auch das Recht am Rocke. Die Gesamtheit der Vermögen bildet das Nationalvermögen; dieses bleibt dasselbe, mag

---

Gottesdienst geweihten Sachen vgl. Hinschius, Kirchenrecht IV 163 ff.; Meurer, Begriff und Eigentümer der heiligen Sachen. 1885 (2 Bde.); Friedberg, Kirchenrecht [4] 492 ff.

[1] Gegen dieses Eigentum des Staats und für ein bloßes Hoheitsrecht hat sich Ihering ausgesprochen, dagegen für jenes Eigentum Dernburg, beide in ihren über den Baseler Festungsstreit abgegebenen Gutachten; für publizistisches Eigentum Eisele, Das Rechtsverhältnis der res publicae in publico usu. 1873. Vgl. auch Gierke, Genossenschaftsrecht III 209 ff., und Bekker, Pandekten I §§ 76—78.

der Wechsel der einzelnen Subjekte noch so groß sein; das Vermögen aber sind nicht die Sachen, sondern die Rechte.

Auf diesen Elementen beruht die Möglichkeit des Überganges der Rechte von einer Person auf die andere und damit der Begriff der Succession in fremde Rechte. Diese besteht äußerlich stets im Erwerb dessen, was ein anderer verliert. Indessen ist nicht jede solche Verbindung von Erwerb und Verlust eine Succession, sondern nur die, bei welcher Kontinuität des Rechts mit Wechsel des Subjekts verbunden ist, bei der also der eine nur dann ein Recht erwirbt, wenn der andere es hatte und verliert, der Erwerber sein Recht aus dem des Verlierers ableitet, somit durch dessen Beweis begründen muß. Man nennt dies, besonders beim Eigentume, derivativen Erwerb im Gegensatz zum originären. Der letztere ist vorhanden nicht bloß bei der ersten Unterwerfung herrenloser Sachen, sondern auch beim Erwerben fremder Sachen aus Gründen, die das Eigentum selbständig, ohne Rücksicht auf das bisherige Eigentum geben, wie Accession, Spezifikation, Usukapion.

Die Succession kann in doppelter Weise vor sich gehen, als Singular- oder Universalsuccession, d. h. entweder in einzelne Rechte als solche, wie bei Kauf oder Schenkung, oder in das gesamte Vermögen als solches, als ein Ganzes, als universitas. Die Vermögensrechte eines jeden Menschen haben in seiner Persönlichkeit stets einen Mittelpunkt, auf den sie sich beziehen, und von dem aus sie beherrscht werden, in welchem sie aber auch zu den Schulden der Person in eine notwendige Beziehung treten als Befriedigungsmittel derselben. Insofern bildet bei jedem Menschen die Gesamtheit seiner Rechte und Schulden, ohne Rücksicht auf Qualität und Quantität beider, eine zusammenhängende rechtliche Einheit, die als solche in ihrer Totalität auf andere Personen übergehen kann. Der wesentliche Unterschied dieses Überganges von der Singularsuccession ist, daß bei jenem nicht etwa bloß eine Menge Rechte auf einmal kollektiv durch einen gemeinschaftlichen Titel übergehen, sondern die ideale Gesamtheit als solche den nächsten Gegenstand der Succession bildet und die einzelnen Rechte nur mittelbar als in ihr enthaltene Elemente. Daraus folgen die Haupteigentümlichkeiten der Universalsuccession:

a. Der Erwerb geschieht uno actu für die Gesamtheit, bewirkt damit aber zugleich von selbst den Erwerb aller einzelnen Rechte, ohne Rücksicht auf die sonstige Möglichkeit und Form ihrer Übertragung, und ob man sie kennt oder nicht.

b. Mit den Rechten gehen auch die Schulden über, die ja sonst nicht einseitig übertragen werden können, und zwar ist es im allgemeinen gleichgültig, ob die Rechte oder die Schulden überwiegen.

Aus dem ganzen Begriffe der Universalsuccession und namentlich ihrer Wirkung für die Schulden ergibt sich von selbst der wichtige Satz, daß die einzelne Person sie nicht willkürlich anordnen kann, daß sie vielmehr nur dann eintreten kann, wenn die Person selber faktisch oder rechtlich vollständig aufhört, also nur beim natürlichen oder bürgerlichen Tode oder den ihm gesetzlich gleichgestellten Rechtsinstituten. Bloße Verträge auf Übertragung des ganzen Vermögens können nur Verpflichtung zur Übertragung aller einzelnen Rechte begründen, nie Universalsuccession.

Im einzelnen sind die Gründe für den Erwerb und Verlust der Rechte bei den einzelnen Rechten je nach ihrer besonderen Natur sehr verschieden. Man unterscheidet häufig als Hauptgründe den Willen der Parteien und den Willen des Gesetzes. Indessen ist der Wille der Parteien nur eine Tatsache neben anderen, die dem sogenannten Willen des Gesetzes, d. h. dem objektiven Rechte zufolge Rechte begründen oder aufheben kann. Die eigentliche Idee bei jener Unterscheidung ist, daß die gesetzlich aufgestellten Erwerbs- und Verlustgründe entweder auf eigentlichen Rechtsprinzipien und der rechtlichen Natur der Verhältnisse beruhen oder auf äußeren Nützlichkeitsprinzipien, die nur erst vom Gesetze mehr oder weniger willkürlich rechtliche Wirkungen bekommen haben. Der Hauptgrund der ersten Art ist nun, da alles Recht auf Freiheit beruht, der eigene Wille der Personen selber, welche Recht schaffen wollen, das sogenannte Rechtsgeschäft; doch sind auch andere Gründe daneben, z. B. für Obligationen die Delikte, für Beendigung der Rechte Konfusion und Tod; Gründe der zweiten Art sind die Verjährung, die Privi-

legien, beim Pfandrechte die Legalhypotheken u. s. w. Ein eigentliches, innerlich gegliedertes System läßt sich für beide Arten, auch die erste, nicht aufstellen; auch ist die Grenze zwischen beiden kaum scharf zu ziehen und vielfach von subjektiven Ansichten abhängig. Hier sind jedenfalls nur die Hauptgründe beider Arten näher ins Auge zu fassen.

§ 20. 1. Die Rechtsgeschäfte. Der einzige ganz allgemeine Grund, der bei Rechten jeder Art sowohl Erwerb als Verlust begründen kann, ist der eigene Wille der Parteien selber. Jede Willenserklärung aber der Personen als solcher (nicht als Richter oder Beamte), die auf Begründung oder Aufhebung von Rechten (Erhaltung und Veränderung ist darin mitenthalten) für sie selbst oder andere gerichtet ist, heißt Rechtsgeschäft[1]. Gleichgültig ist, ob sie reine Erklärung ist, förmliche oder formlose, oder ob eine sonstige Handlung damit verbunden ist, wie bei Okkupation oder Tradition. Dagegen sind Handlungen, die Rechte bewirken, ohne sie zu bezwecken, wie z. B. Delikte, keine Rechtsgeschäfte, wohl aber kann in einem Delikte ein Rechtsgeschäft mitenthalten sein, z. B. in jedem Diebstahl eine Besitzergreifung, falls man den Begriff des Rechtsgeschäfts auf diese miterstreckt. Der Begriff, in dieser vollen Allgemeinheit genommen, schließt natürlich eine unendliche Mannigfaltigkeit einzelner Arten in sich. Die Hauptunterschiede sind: ein- und zweiseitige (Verträge), inter vivos und mortis causa (Testamente), lukrative, oneröse und gemischte.

Die speziellere Ausführung der Grundsätze von den Rechtsgeschäften führt in ein unendliches Detail von Bestimmungen, das namentlich im römischen Rechte außerordentlich reich entwickelt ist. Hier kann es sich natürlich nur darum handeln, den inneren logischen Bau der ganzen Lehre, der zu den einzelnen Bestandteilen hinführt, klarzulegen. Er wird in der Regel verkannt, weil man nicht die positiven Bestandteile der Rechtsgeschäfte entwickelt, sondern nur die negativen Mängel ihrer Gültigkeit zusammenstellt. Der leitende Begriff für das Ganze ist der der Willenserklärung. Danach unterscheiden sich zunächst die wollenden Subjekte, der gewollte Inhalt, das Wollen selber und die Erklärung des Willens.

1. Die subjektive Fähigkeit zur Vornahme von Rechtsgeschäften ist im allgemeinen nichts anderes als Willensfähigkeit. Man nennt sie Handlungsfähigkeit. Sie besteht aber nur in der Fähigkeit, einen wirklich vernünftigen Willen zu fassen, also die rechtliche Bedeutung des Geschäftes zu beurteilen und sich demgemäß frei zu entschließen. Die Willensfähigkeit wird beim Menschen natürlich erst allmählich in der Jugend entwickelt. Darum tritt die volle Handlungsfähigkeit erst mit der Volljährigkeit ein; in der infantia fehlt sie ganz, später ist sie wenigstens beschränkt. Vollständig aufgehoben wird sie wieder durch Geistesstörung, momentan auch durch Trunkenheit, Angst, Zorn u. a. Dem Wahnsinn ähnlich behandelt das römische Recht die Verschwendung. Außerdem kann das Gesetz aus irgend welchen Gründen auch anderen Personen die Fähigkeit zu Rechtsgeschäften in größerem oder geringerem Umfange absprechen, wie es z. B. bei Konkursschuldnern in allen Konkursordnungen, bei Ehefrauen, Haussöhnen in betreff der Testamente u. a. im gemeinen Recht der Fall ist.

2. Der Gegenstand und Inhalt der Rechtsgeschäfte richtet sich natürlich ganz

[1] Karlowa, Das Rechtsgeschäft. 1887; Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft. 1879 (und Internat. Privatrecht II 1. Abt. S. 136 ff.). A. Pernice in Grünhuts Zeitschrift VII 465; Bruns, Pandektenfragmente, Kleine Schriften II 453 ff.; Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin. 1888/89. Gegen diese den Begriff des Rechtsgeschäfts an die Parteiabsicht anknüpfende Auffassung ist jedoch in neuester Zeit mannigfach Einspruch erhoben und ausgeführt worden, daß die Rechtsgeschäfte vielmehr von der Rechtsordnung geschaffen seien, daß die Parteiabsicht auf den Rechtserfolg gleichgültig oder daß sie überhaupt nicht auf einen solchen, sondern nur auf wirtschaftliche Folgen gerichtet sei. Brinz, Lehrbuch. 1. Aufl. II 1388; Lotmar, Über causa. 1875; Thon, Rechtsnorm. S. 365; Kohler, Jahrbb. für Dogmatik XVIII 134. XXVIII 166. Ja, man hat auch den ganzen Begriff des Rechtsgeschäfts verworfen: Schloßmann, Der Vertrag. 1876. Vermittelnd: Lenel, Jahrbb. für Dogmatik XIX 250; Bechmann, Kauf II 10 ff.; G. Hartmann, Jahrbb. für Dogmatik XX 76; u. a. m.

nach der Art und dem Zwecke der einzelnen Geschäfte und der Rechte, worauf sie sich beziehen. Eine allgemeine Unterscheidung der Bestandteile des Inhalts ist die in essentialia, naturalia und accidentalia negotii. Die ersteren sind die, ohne welche das Geschäft gar nicht oder nicht als solches bestehen kann; die zweiten die, welche sich gesetzlich von selbst verstehen, aber geändert werden können; die letzten sind willkürliche Zusätze.

3. Der eigentliche Kern, die Substanz der Rechtsgeschäfte, das, was ihre Wirkung begründet, ist der Wille der betreffenden Personen[1]. Der Inhalt der Rechtsgeschäfte ist nichts als der Inhalt des Willens. Der Wille bei Rechtsgeschäften ist daher kein besonderer, rein juristischer, sondern es ist der allgemeine natürliche, auf die Verfolgung der Interessen der Person gerichtete Wille; das Juristische liegt nur in der Beziehung auf die rechtliche Geltung. Darum bilden die allgemeinen Elemente des Willens auch die Erfordernisse des Rechtswillens und der Rechtsgeschäfte, und die Mängel und Beschränkungen des Willens bilden auch Mängel und Beschränkungen der Gültigkeit und Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte. Die allgemeinen Elemente des praktischen Willens sind nun folgende:

a. Den Ausgang bildet das Bewußtsein äußerer Umstände, die den Menschen zu äußerer Tätigkeit veranlassen; dadurch wird

b. die Absicht, wirklich praktisch darin einzugreifen, hervorgerufen, und diese kommt dann

c. im Entschlusse zur wirklichen Selbstbestimmung und vollendet damit den Willen.

Bewußtsein, Absicht und Entschluß sind somit die Elemente oder Stufen des Willens. Sie sind mangelhaft, wenn das Bewußtsein nicht richtig, die Absicht nicht ernstlich, der Entschluß nicht frei ist. Irrtum, Simulation und Zwang begründen daher Mängel des Willens und somit der Rechtsgeschäfte. Von den Mängeln des Willens verschieden sind seine Selbstbeschränkungen durch Bedingungen, Zeitbestimmungen und sonstige Modifikationen seines allgemeinen Inhalts. Hiernach ergibt sich folgendes System:

a. Erfordernisse und Mängel.

α. Bewußtsein und Irrtum. Aller Wille beruht auf dem Bewußtsein; man will, weil man sich die Verhältnisse in bestimmter Weise denkt. Sind sie daher anders, so ist der Wille mangelhaft. Doch ist ein Unterschied, ob der Irrtum wesentliche Bestandteile des Rechtsgeschäftes betrifft oder nur unwesentliche Nebenumstände. Im ersteren Falle ist der Wille innerlich wesentlich anders, als er äußerlich erscheint, also in Wahrheit gar nicht so da, wie er für das Rechtsgeschäft erforderlich wäre. Folglich muß dieses wegen wesentlichen Mangels völlig nichtig sein, und nur ausnahmsweise kann der Urheber der nichtigen Erklärung aus Rücksicht auf den Vertragsgegner diesem auf Erfüllung des Vertrages oder doch auf Ersatz des durch die nichtigen Verhandlungen verursachten Schadens haften. Beim unwesentlichen Irrtume ist der Wille dagegen an sich in den wesentlichen Elementen des Rechtsgeschäfts vollständig vorhanden; der Irrende würde nur nicht gewollt haben, wenn er nicht geirrt hätte. Hier muß das Rechtsgeschäft an sich gültig sein, und nur ausnahmsweise kann aus Billigkeit dem Irrenden gestattet sein, das Geschäft wieder zurückzunehmen[2].

---

[1] Röver, Über die Bedeutung des Willens bei Willenserklärungen. 1874. Schall, Der Parteiwille im Rechtsgeschäft. 1877; Windscheid, Wille und Willenserklärung. 1878, auch im Archiv für die zivilist. Praxis LXIII 72; Zitelmann in den Jahrbb. f. Dogmatik XVI 357 und Derselbe, Irrtum und Rechtsgeschäft. 1879; Hartmann, Wille und Werk bei stillschweigenden Willenserklärungen, Arch. für die zivilist. Praxis. LXXII (1888) 161 ff.

[2] Im Gegensatz zu dieser sogenannten Willenstheorie v. Savignys (System III §§ 114. 115. 134—139), Windscheids, Zitelmanns u. a. m. verteidigen eine sogenannte Erklärungs- oder Vertrauenstheorie, wonach der Urheber einer Erklärung, die seinem Willen nicht entspricht, ihm aber zuzurechnen ist, zu Gunsten des irregeführten Vertragsgegners an dieselbe gebunden sein soll, Bähr, Jahrbb. für Dogmatik XIV 393; Röver und Schall a. a. O. Vermittelnd, doch mehr nach der letzteren Theorie hinneigend: G. Hartmann, Jahrbb. für Dogmatik XX, 1 nnd Leonhard, Der Irrtum bei nichtigen Verträgen. 1882. — Nach der anderen Seite hin: Eisele, Jahrbb. für Dog-

β. Absicht und Simulation. Ein Wille, der äußerlich erklärt wird ohne die innere Absicht wirklicher Geltung, also nur zum Schein oder Scherz oder im Schauspiel u. s. w., ist nur ein Scheinwille und kein wirklicher Wille und kann daher kein Rechtsgeschäft begründen, natürlich sofern die Simulation äußerlich erkennbar und erweislich hervorgetreten ist, während, wenn sie die Täuschung des Vertragsgegners (als sogenannte Mentalreservation) oder diejenige dritter Personen bezweckte, sie einem Getäuschten gegenüber nicht geltend gemacht werden kann[1].

γ. Entschluß und Zwang. Wille ist Selbstbestimmung, also wesentlich freier Entschluß. Ein wirklicher direkter innerer Zwang ist aber gar nicht möglich, sondern nur äußere Einwirkung durch Drohungen. Darum tritt auch beim Zwange keine Nichtigkeit des Geschäfts, sondern nur Anfechtbarkeit ein[2], außer etwa vom Standpunkte der Simulation oder der augenblicklichen Willensunfähigkeit.

b. Selbstbeschränkungen des Willens[3].

α. Bedingungen[4]. Jeder Rechtswille wird durch die äußeren Verhältnisse veranlaßt. Sind alle Tatsachen, die seine Voraussetzungen bilden, bereits eingetreten, so wird der Wille einfach und definitiv gefaßt. Liegen einzelne noch in ungewisser Zukunft, so kann man sie abwarten, kann aber auch schon jetzt einen festen Entschluß fassen und erklären unter der Bedingung, daß sie eintreten. Bedingung ist also die Abhängigmachung eines sonst fest und unwiderruflich erklärten Willens von dem Eintritte einer zukünftigen ungewissen Tatsache. Das Eigentümliche bei der Bedingung ist die Verbindung von Festigkeit und Ungewißheit des Willens, also von Sicherheit und Zweifelhaftigkeit des Rechtsgeschäfts. Der Wille selbst, sein Dasein ist ungewiß; man will nur, wenn —, also nicht, wenn nicht. Windscheid meint, nicht die Existenz des Willens, sondern die des Gewollten sei von der Bedingung abhängig. Allein, ein Wille ohne Gewolltes ist kein Wille, und soweit der Wille ein Produkt der äußeren Tatsachen ist, müssen die vergangenen und die zukünftigen dabei gleiche Bedeutung haben; auch kann man nicht sagen, daß dann der Wille erst zu einer Zeit perfekt würde, wo gar nicht mehr gewollt würde. Die Bedingung schiebt das Wollen nicht auf, sondern macht es nur zweifelhaft; man will jetzt, wenn später. — Darum ist auch die Rückbeziehung der Bedingung in ihrem innersten Wesen begründet. Wirkliche objektive Zweifelhaftigkeit ist natürlich aber nur bei zukünftigen ungewissen Tatsachen; bei vergangenen und gegenwärtigen können nur subjektive Zweifel sein und bei notwendigen und unmöglichen gar keine. Diese alle können daher keine eigentlichen Bedingungen bilden.

Das weitere Detail der Lehre, die Scheidung der faktischen und rechtlichen, suspensiven und resolutiven, positiven und negativen Bedingungen, ihre Zulässigkeit, Erfüllung, Wirkung, kann hier nicht verfolgt werden.

β. Zeitbestimmungen[5]. Der Wille kann seinen Anfang oder seine Dauer an bestimmte Zeitfristen binden. Eigentlich ist auch hier die Existenz des Willens selber beschränkt. Allein, da hier die Existenz an sich nicht zweifelhaft ist, so ist die Zeitbestimmung doch nur für die Wirksamkeit des Willens von Einfluß. Eben darum muß aber auch jede Zeitbestimmung, deren Eintritt ungewiß ist, als Bedingung behandelt werden.

γ. Modus. Darunter versteht man im allgemeinen alle Beschränkungen des Willens in seinem Inhalte, also die Modifikationen allgemeiner Bestimmungen durch

---

matik XXV 414 ff.; Unger in Grünhuts Zeitschrift XV 673 ff.; Mitteis, Jahrbb. f. Dogm. XXVIII 121 ff. — Eigentümlich Werthauer, Einfluß des Irrtums auf Verträge. 1887.

[1] Kohler, Jahrbb. für Dogmatik XVI 91 u. 325.

[2] Anders Schliemann, Lehre vom Zwange. 1861; Schloßmann, Lehre vom Zwange. 1874; Czyhlarz, Jahrbb. f. Dogmatik XIII 1. Vgl. aber Grabenwitz, Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte. 1887. S. 17. 18.

[3] v. Savigny, System III §§ 116—129; Scheurl, Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften. 1871 (Beiträge z. Bearb. des röm. Rechts II 2).

[4] Wendt, Die Lehre vom bedingten Rechtsgeschäft. 1872; Czyhlarz, Die Lehre von der Resolutivbedingung. 1871; Schulin, Resolutivbedingungen und Endtermin. 1875; Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin. 1888/89.

[5] Simeon, Das Wesen des befristeten Rechtsgeschäfts. 1889.

Nebenverträge u. dgl., im engeren Sinne die Beschränkungen einseitiger Zuwendungen, namentlich Schenkungen, durch irgend welche Auflagen an den Empfänger.

4. Die Erklärung des Willens. Der Wille muß, um äußerlich zu gelten und zu wirken, auch äußerlich erklärt werden. In der Regel ist es gleichgültig, wie dies geschieht, in manchen Fällen ist jedoch eine bestimmte Form nötig, in manchen sogar eine bestimmte äußere Solennisierung oder Bestärkung.

a. Die Erklärung an sich kann geschehen

α. ausdrücklich, d. h. durch die allgemeinen Ausdrucksmittel der Gedanken, nämlich Worte (gesprochene oder geschriebene) und Zeichen, Schriftzüge, unartikulierte Laute, Körperbewegungen. Dabei ist es nach späterem römischem und modernem Rechte in der Regel gleichgültig, in welcher Form und Weise die Erklärung geschieht, jedoch mit Ausnahmen, z. B. bei Testamenten, Ehe und sonst;

β. stillschweigend durch sogenannte konkludente Handlungen[1], d. h. solche, welche die reale Ausführung des Willens enthalten, aus denen daher auf sein Dasein mit Sicherheit zurückgeschlossen werden kann. Auch bloßes Schweigen kann als Willenserklärung, insbesondere als Zustimmung zu fremden Handlungen gelten, jedoch nur dann, wenn in dem Nichtprotestieren eine Hinterlist oder besondere Ungehörigkeit liegen würde.

b. Die äußere Solennisierung kann in der Zufügung eines Eides, der Zuziehung von Zeugen oder der Mitwirkung einer Behörde bestehen.

§ 21. Stellvertretung. Ein besonderer Zusatz zu der Lehre von den Rechtsgeschäften wird durch die Zulassung der Stellvertretung[2] bei ihnen begründet. Stellvertretung bedeutet im allgemeinen jede Vornahme von Handlungen, namentlich rechtlichen, für einen anderen an seiner Stelle. Bei Rechtsgeschäften besteht die Vertretung daher darin, daß der Vertreter den betreffenden Entschluß und Willen für den Geschäftsherrn faßt und erklärt und dieses dann rechtlich wie von dem Herrn selber geschehen gilt und wirkt. Die Vertretung ist hier also die Vornahme von Rechtsgeschäften für andere mit der Absicht und der Wirkung, daß sie wie von diesen selber vorgenommen gelten. Zu trennen davon ist mithin die bloße Vertretung bei der Erklärung, wenn der Geschäftsherr den Willen vollständig und bestimmt faßt und nur die Erklärung desselben durch einen anderen, einen Boten oder Dolmetscher, überbringen läßt. Der Bote ist redender Brief, das Geschäft als Willensakt ist daher hier direkt, ohne Vertretung vorgenommen. Solche Erklärungen durch Boten sind in der Regel zulässig, schon nach römischem Rechte; nur ausnahmsweise ist unmittelbar persönliche Erklärung nötig, z. B. bei der heutigen Eheschließung und bei Testamenten.

Die Hauptfrage ist nun, ob eine eigentliche Vertretung im obigen Sinne bei Rechsgeschäften zulässig ist, und mit welchen Erfordernissen und Wirkungen. Das römische Recht ging ursprünglich von der Unzulässigkeit aller Vertretung aus. Man konnte sie nur dadurch vermitteln, daß der Vertreter die Geschäfte (sofern dieses überhaupt möglich war) auf seinen Namen vornahm und dann Recht und Pflicht daraus, soweit es ging, auf den Herrn übertrug. Später wurde bei Verträgen die Verpflichtung und Berechtigung des Herrn neben dem Vertreter zwar auch gesetzlich durch actiones utiles vermittelt, voller direkter Erwerb durch den Vertreter aber nur bei Besitz[3] und Eigentum angenommen[4]. Das heutige Recht ist aber entschieden weiter gegangen und hat die direkte Vertretung auch bei Verträgen angenommen und überhaupt ihre Zulässigkeit als Regel

[1] G. Hartmann, Werk und Wille, im Archiv für die zivilist. Praxis LXXII 161.

[2] Buchka, Die Lehre von der Stellvertretung. 1852; E. Zimmermann, Die Lehre von der stellvertretenden negotiorum gestio. 1876. S. 7—137; Hellmann, Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften. 1882; Mitteis, Lehre von der Stellvertretung. 1885; Lenel in Iherings Jahrbb. f. Dogmat. LXXVI, 1 ff.; Hupka, Die Vollmacht. 1900; Schloßmann, Die Lehre von der Stellvertretung. 2 Bände 1900—02.

[3] Weitere Spuren der Stellvertretung s. bei Mitteis, Zschr. d. Savigny-Stift. XIX 200; vgl. auch denselben Jahrbb. f. Dogmatik XXXIX 167 ff.

[4] Dawider Schloßmann, Besitzerwerb durch Dritte. 1881; Kniep, Vacua possessio I 1885) passim.

für alle Geschäfte aufgestellt, nur mit wenigen besonderen Ausnahmen bei Ehe, Testamenten u. a. Erforderlich dazu ist nur einerseits Auftrag vom Geschäftsherrn oder bei Handlungsunfähigen amtliche Beauftragung vom Gesetze, anderseits, daß der Vertreter auch wirklich offen als Vertreter und auf den Namen des Herrn handelt und den Auftrag nicht überschreitet. Bei Verträgen kommt dann noch hinzu, daß auch der andere Kontrahent sich darauf einläßt. Unter diesen Voraussetzungen gilt das Geschäft direkt als vom Herrn selber vorgenommen, so daß Recht und Pflicht daraus nur diesen treffen und den Vertreter gar nicht. Fehlt eins dieser Erfordernisse, handelt man ohne Auftrag nur als negotiorum gestor für einen anderen oder zwar mit Auftrag, aber ohne es zu sagen, nur als sogenannter stiller Vertreter, oder läßt sich der andere Kontrahent nicht darauf ein, so gilt das Geschäft nur für den Handelnden selber. Man kann aber Rechtsgeschäfte auch in römischer Weise, d. h. zwar offen für Rechnung des anderen, aber doch auf eigenen Namen, abschließen, und natürlich treten dann auch nur die römischen Wirkungen ein.

Sehr streitig ist die innere Begründung der modernen direkten Vertretung. Puchta u. a. erklären sie auf Grundlage des römischen Rechts für eine logische Unmöglichkeit, weil der Kontrakt des A nicht der des B sein könne. Mit der Annahme einer rechtlichen Fiktion oder eines positiven Rechtssatzes reicht man dagegen nicht aus. Denn dem römischen Rechte liegt der richtige Gedanke zu Grunde, daß der psychische Willensakt des Vertreters als solcher nie der des Herrn sein kann, und daß man einen fremden Willen in der Regel nicht ohne eigene Beteiligung wollen kann, namentlich in sittlicher und strafrechtlicher Beziehung nicht. Allein, bei der willkürlichen Ordnung der Privatinteressen durch Rechtsgeschäfte, wo alle Rechtswirkung nur, sofern sie gewollt ist, eintritt, kann der Wille bei Übernahme und Ausführung des fremden Willens und Interesses die Stellung eines bloßen Organes derselben ohne alle eigene Beteiligung einnehmen, und dann ist der Wille des Herrn in der Tat direkt der eigentliche das Geschäft begründende Wille. Schon die Römer selbst sind auf dem Wege zu dieser freieren Auffassung gewesen.

§ 22. 2. Verjährung[1]. Unter den Erwerbs- und Verlustgründen der Rechte, die nicht sowohl auf der inneren Natur der einzelnen Rechte selber als auf äußeren Nützlichkeitsrücksichten beruhen, ist der wichtigste und weitestgreifende die sogenannte Verjährung, d. h. der Erwerb oder Verlust von Rechten durch fortgesetzte Ausübung bezw. Nichtausübung. An sich ist das Recht unabhängig von der Zeit. Rechte hören an sich dadurch nicht auf, daß sie eine Zeitlang nicht ausgeübt oder geltend gemacht werden; widerrechtliche Zustände werden dadurch nicht rechtlich, daß sie längere Zeit fortdauern; „hundert Jahre Unrecht geben noch keine Stunde Recht." Indessen entspricht diese abstrakte Konsequenz der einzelnen Rechte dem allgemeinen praktischen Zwecke des Rechts nicht. Das Recht ist nicht dazu da, logische Kategorien durchzuführen, sondern um das soziale Zusammenleben der Menschen fest zu ordnen, damit ein jeder seinen Lebenszwecken und Interessen sicher nachgehen könne. Von diesem Standpunkte aus tritt die Zeitlosigkeit der Rechte mit der zeitlichen Existenz der Menschen, dem beständigen Wechsel ihrer Verhältnisse und der Endlichkeit ihres Wissens in schneidenden Widerspruch und hebt die Sicherheit und Festigkeit der Rechtsordnung fast vollständig auf. Häufig können die einzelnen Personen zwar selber durch autonomische Aufstellung von zeitlichen Schranken für Rechtsverhältnisse Hilfe schaffen; ebenso können Gericht und Gesetz einzelne Befugnisse gleich mit zeitlichen Schranken konstituieren. Indessen reicht dies nicht aus; das Recht muß vielfach allgemeiner und auch bei den an sich zeitlich unbeschränkten Rechtsverhältnissen das Prinzip durchführen, daß die Zeit das konkrete Rechtsleben beherrscht und Rechte geben und nehmen kann.

Dies ist das Prinzip der Verjährung, das namentlich im römischen Rechte mit großer Vollständigkeit durchgeführt ist. Indessen hat das römische Recht, der praktischen Art seiner Entwicklung zufolge, keinen allgemeinen Begriff von Verjährung mit allgemeinen Grundsätzen aufgestellt, sondern das Prinzip nur in verschiedener und selbständiger Weise bei einzelnen Verhältnissen angewendet und ausgebildet. Es beruhen darauf:

[1] Unterholzner, Entwicklung der gesamten Verjährungslehre. 2 Bde. 2. Aufl. (von Schirmer) 1858; Grawein, Verjährung und gesetzliche Befristung I. 1880.

1. der Erwerb des Eigentums durch langjährigen Besitz in gutem Glauben;
2. der Erwerb der Servituten durch langjährigen Besitz ohne Fehler;
3. der Verlust der Servituten durch Nichtausübung und usucapio libertatis;
4. der Verlust der Klagerechte bei Nichterhebung binnen kürzerer oder längerer Zeit;
5. der Rechtserwerb durch unvordenkliche Zeit bei öffentlichen Wegen und Wasserleitungen und bei der aqua pluvia.

Die Römer stellten weder einen gemeinsamen Namen noch ein gemeinsames Prinzip für diese fünf Verhältnisse auf, doch heben sie beiläufig das Utilitätsprinzip der Gewißheit des Eigentums und der Sicherheit vor alten Forderungen hervor. Im Mittelalter hat man aber schon früh angefangen, jene Verhältnisse in einen Begriff zusammenzufassen, diesen mit dem Worte praescriptio zu bezeichnen, diese in acquisitiva und extinctiva einzuteilen und sie aus einem allgemeineren Prinzipe abzuleiten. Man schwankte stets zwischen dreien: stillschweigendem Verzichte, Präsumtion eines eigentlichen Erwerbs- oder Verlustgrundes und Strafe der Vernachlässigung der Rechte. Alle drei sind einseitig und ungenügend und passen weder zu der Gestalt, welche die Verjährung im römischen Rechte hat, noch zu den Forderungen, die das moderne praktische Bedürfnis stellt. Dieses fordert wegen des rascheren Wechsels des modernen Lebens namentlich kürzere Fristen als die römischen; dazu passen die obigen drei Ideen nicht, sondern nur die römische der objektiven Sicherung des Verkehrs.

C. Der Schutz des Rechts.

I. Allgemeine Natur.

§ 23. Die subjektiven Rechte stehen ihrem Begriffe und dem ganzen Wesen des Rechts zufolge unter dem Schutze des Staates. Der Staat hat in ihrem Schutze sein eigenes objektives Recht zu schützen und dessen Geltung und Herrschaft zu erhalten. Der Begriff dieses Rechtsschutzes schließt aber in seinem vollen Umfange folgendes in sich. Der eigentliche direkte Schutz eines Rechts kann in nichts anderem bestehen als in der Erzwingung der Pflicht, die dem Rechte entspricht. Es ist falsch, ihn als Aufhebung der Verletzung des Rechts zu bezeichnen. Der Verletzte hat zwar stets ein Recht, die Aufhebung der Verletzung (Restitution, Schadenersatz) zu verlangen, allein dieses Recht ist ein anderes als das verletzte; es tritt zu ihm hinzu oder an seine Stelle (man kann es ein sekundäres nennen) und bedarf selber wieder des Schutzes und Zwanges, wenn der Verpflichtete die demselben entsprechende Pflicht nicht erfüllt. Ob nun aber der Berechtigte die Erzwingung der Pflicht vom Staate verlangen will, steht in allen Fällen bei ihm; der Staat schreitet nicht von selbst ein, sondern nur, wenn der Berechtigte sich bei ihm über die Nichterfüllung der Pflicht beklagt. Insofern erscheint das Recht auf Erlangung des direkten Staatsschutzes als Klagerecht.

Mit der Zulassung und Durchführung der Klagen ist der eigentliche reine Rechtsschutz vollendet; das Recht an sich gibt dem Berechtigten weiter keinen Anspruch. Und doch wäre damit der eigentliche Zweck alles Rechts, die Sicherung der menschlichen Lebensinteressen, noch sehr unvollständig erreicht. Der Schutz durch Klage fordert zu seiner Wirksamkeit beim Kläger den Beweis seines Rechts, beim Beklagten die Möglichkeit, seine Pflicht zu erfüllen. Er führt daher unendlich oft zu keinem Resultate und bei bereits geschehenen Verletzungen des Rechts vielfach nur zu einem mageren Schadenersatze. Will der Staat daher nicht bloß das abstrakte Recht, sondern in ihm die Interessen selber wirksam schützen, so muß er seinen Rechtsschutz nicht bloß in korrektiver, sondern auch in präventiver Weise erteilen, er muß Rechtsverletzungen und Verluste verhindern, Klagen unnötig machen. Im allgemeinen ist es zwar Sache der einzelnen Personen selber, für Beweis und Sicherung ihrer Rechte zu sorgen. Soweit es indessen die Kräfte der einzelnen übersteigt, hat auch hier der Staat die Aufgabe, die Interessen der Gesamtheit zu

vertreten. In gewisser Weise bewirkt indirekt schon die Strafjustiz einen solchen Schutz, insofern sie durch ihre Strafen von Verbrechen abschreckt; doch ist dies nur Folge, nicht Prinzip bei ihr. Unmittelbar dienen dazu aber vom polizeilichen Standpunkte aus die Sicherheitspolizei durch ihr Streben nach möglichster Verhinderung von Verbrechen und vom rechtlichen Standpunkte aus die sogenannte freiwillige Gerichtsbarkeit, d. h. die Handhabung von Einrichtungen und Maßregeln zur Sicherung des Beweises und der Realisierung der Rechte und Rechtsgeschäfte, wie z. B. Grund- und Hypothekenbücher, gerichtliche Mitwirkung bei Rechtsgeschäften u. a. und außerdem die vormundschaftliche Sorge für Personen und Vermögen.

Dagegen muß durch die volle Gewährung des Staatsschutzes die Anwendung der Eigenmacht und Selbsthilfe zum Schutze und zur Durchsetzung der Rechte in engere Grenzen eingeschränkt werden, ohne jedoch darum ganz ausgeschlossen zu werden. Zur Verteidigung gegen widerrechtliche Angriffe ist Anwendung von Gewalt stets erlaubt. Und auch aggressive Selbsthilfe ist durchaus nicht allgemein verboten. Das römische Recht verbietet und bestraft nur Selbsthilfe durch eigenmächtige Besitzentziehung bei dinglichen Rechten und durch gewaltsame Bewirkung von Befriedigung bei Obligationen. Das deutsche Reichsstrafgesetzbuch hat gar keine besonderen Strafen der Selbsthilfe mehr. Sie ist also nur noch insoweit verboten, als sie in Form eines anderen Delikts (Nötigung, Hausfriedensbruch u. s. w.) geschieht, und damit sind die römischen Privatstrafen der Selbsthilfe beseitigt.

II. Die Klage[1].

§ 24. Das Wesen der Klage. Nur der direkte Schutz der Rechte, der durch Klage erlangt wird, ist hier in der Theorie der Rechte weiter auszuführen. Das Wort Klage bedeutet eigentlich die Handlung des Klagens oder Sichbeklagens, also die Erhebung einer rechtlichen Beschwerde über jemand vor Gericht. Indessen ist es von der Handlung des Klagens auf das Recht zum Klagen übertragen, Klage bedeutet auch Klagerecht. Dies ist die privatrechtliche Bedeutung des Wortes, das andere die prozessualische. Auch das römische Wort actio hat diese doppelte Bedeutung[2].

Die Klage als Klagerecht ist also das Recht auf den direkten Staatsschutz für ein Recht, d. h. auf Erlangung des gerichtlichen Zwanges gegeu den Pflichtigen zur Erfüllung seiner Pflicht, somit das Recht der gerichtlichen Geltendmachung, Durchsetzung, Verfolgung, Einklagung des Rechts, wie die Römer sagen: das ius persequendi iudicio, quod sibi debetur. Die wirkliche Klage ist dann das Mittel zur Erlangung dieses Rechtsschutzes und wird insofern ein Rechtsmittel (remedium iuris) genannt.

Wenn die Klage hiernach nichts anderes ist als die Erzwingung der dem Rechte entsprechenden Pflicht, so muß sie je nach der Verschiedenheit der Rechte und Pflichten auch eine verschiedene Gestalt annehmen. Allgemeine gleichmäßige Voraussetzungen sind nur:

1. daß die Pflicht zur Erfüllung wirklich da ist, nicht etwa noch bedingt oder befristet;

2. daß die Erfüllung möglich ist; zu Unmöglichem kann man nicht gezwungen werden; hier kann höchstens ein sekundäres Recht auf Schadenersatz begründet sein und eingeklagt werden;

3. daß die Erfüllung faktisch nicht geschieht; wenn der Pflichtige freiwillig erfüllt, kann er nicht gezwungen werden. Warum er aber nicht erfüllt, ob bona oder mala fide, ob aufgefordert oder nicht, ist gleichgültig.

---

[1] v. Savigny, System V; Windscheid, Die actio des römischen Zivilrechts. 1856; Muther, Zur Lehre von der römischen actio. 1857; Windscheid, Die actio. Abwehr gegen Muther. 1857; Bekker, Die Aktionen des römischen Privatrechts. 2 Bde. 1871. 73; Degenkolb, Einlassungszwang und Urteilsnorm. 1877; Plósz, Beiträge zur Theorie des Klagrechts. 1880; Wach, Der Feststellungsanspruch. 1888; Kohler, Der Prozeß als Rechtsverhältnis. 1888. Weitere Literaturangaben in den Handbüchern des Zivilprozeßrechtes. Vgl. noch unten S. ⟨329⟩.

[2] Darüber jetzt Wlassak, in Pauly-Wissowa's Realencykl. des klass. Altertums Art. actio.

Neben diesen gleichmäßigen Erfordernissen der Klage sind nun folgende Hauptunterschiede unter ihnen:

1. Am einfachsten tritt die Natur der Klage bei den gewöhnlichen Obligationen auf positive Leistungen hervor. Hier entspricht dem Rechte einfach die Pflicht des Schuldners, die Leistung vorzunehmen. Tut er es nicht, so kann ihn der Gläubiger verklagen, d. h. verlangen, daß das Gericht ihn zur Erfüllung zwingt. Dieses, aber auch weiter nichts, ist die Klage und das Klagerecht. Hat der Schuldner dabei durch culpa oder mora eine weitere Rechtsverletzung begangen, so hat der Gläubiger daraus ein weiteres, sekundäres Recht auf Schadenersatz und insofern eine weitere neue Klage, die jedoch als bloßes Surrogat des Hauptrechts einfach mit der Klage aus diesem verbunden wird.

2. Etwas anders erscheint die Klage schon bei den Obligationen auf Unterlassungen, d. h. darauf, daß der Schuldner etwas nicht tue. Die Erfüllung der Pflicht besteht hier im Nichttun, folglich die Nichterfüllung im Tun. Dieses obligationswidrige Tun enthält nun aber stets eine positive Rechtsverletzung, und daher scheint es, als ob diese hier die Klage begründe. Indessen muß man auch in dem Tun die Rechtsverletzung und die Nichterfüllung der Obligation unterscheiden. Das Tun als Rechtsverletzung begründet auch hier wie sonst nur ein sekundäres Recht und eine Klage auf Schadenersatz. Verschieden davon ist aber die Klage auf Erfüllung der Pflicht, d. h. auf Unterlassung des Tuns. Diese ist bei Obligationen, die auf das Nichttun einzelner, getrennter Handlungen gehen, gar nicht möglich, weil das Geschehene nicht ungeschehen gemacht werden kann und das Zukünftige noch nicht da ist. Hier ist also nur eine sekundäre Klage auf Schadenersatz möglich. Bei Obligationen auf fortgesetztes Nichttun, namentlich Nichthaben, läßt sich aber auch eine Klage auf Erfüllung begründen; der richterliche Zwang besteht dann in einem Verbote des ferneren Tuns bei Strafe.

3. Bei den dinglichen Rechten, namentlich dem Eigentume, entspricht dem Rechte gleichfalls eine negative Pflicht, nämlich die allgemeine aller Menschen, die Herrschaft des Eigentümers über die Sache nicht zu stören, also namentlich die Sache nicht zu beschädigen und sie dem Eigentümer nicht vorzuenthalten. Es versteht sich, daß die Negativität der Pflicht hier ähnliche Erscheinungen hervorrufen muß wie bei den negativen Obligationen. Ihre Nichterfüllung kann hier wie dort nur durch negatives Tun geschehen, also durch Beschädigung der Sache oder Vorenthaltung ihres Besitzes. Insofern scheint auch hier die Begründung der Klage wesentlich auf einer positiven Rechtsverletzung zu beruhen. Man hat daher gerade von hier aus die ganze Verletzungstheorie abgeleitet oder wenigstens einen wesentlichen Unterschied zwischen dinglichen und persönlichen Klagen darauf gegründet. Allein, offenbar steht die dingliche Klage in dieser Beziehung mit der aus negativen Obligationen auf gleichem Boden. Man muß hier wie dort die positive Rechtsverletzung und die negative Nichterfüllung der Pflicht unterscheiden. Die erstere begründet hier wie überall sekundäre Rechte auf Schadenersatz, die Eigentumsklage an sich beruht dagegen, wie alle Klagen, nur auf der Nichterfüllung der entsprechenden Pflicht. Wäre die Verletzung des Eigentums als solche der Grund der Klage, so wäre nicht abzusehen, warum bei Beschädigung und Zerstörung der Sache nicht die Eigentumsklage, sondern nur eine Schadenersatzklage stattfindet. Daß dagegen Klage auf Erfüllung einer Pflicht nur bei fortwährender Nichterfüllung möglich ist, versteht sich von selbst; dies liegt aber nur bei der Verletzung durch Besitz der Sache vor. In dem Besitze der fremden Sache ist zu unterscheiden: das Negative, die Nichterfüllung der dinglichen Pflicht, und das Positive, das Haben und Benutzen der fremden Sache. Das erste begründet die dingliche Klage auf Erfüllung der Pflicht, d. h. auf Herausgabe oder genauer Nichtvorenthaltung der Sache, und dabei ist es einerlei, ob der Besitzer bona oder mala fide ist, und ob die Sache von ihm schon privatim abgefordert ist oder nicht. Das zweite ist die Rechtsverletzung und begründet die sekundären Rechte daraus, aber natürlich nur, wenn der Besitzer mala fide ist oder trotz der Forderung die Sache behält. In allen diesen Beziehungen sind also die dinglichen Klagen von den persönlichen nicht wesentlich verschieden. Ihre Eigentümlichkeit beruht aber auf der Absolutheit des dinglichen Rechts und darauf,

daß daher die ihm entsprechende Pflicht eine allgemeine aller Menschen ist. Daraus folgt, daß auch die Nichterfüllung derselben von jedem Menschen geschehen kann, und daß darum dann auch die Klage gegen jeden, der nicht erfüllt, angestellt werden kann. Darin liegt, daß, während bei den Obligationen das Recht in der Klage aufgeht, hier neben der Klage gegen den Störer das dingliche Recht und der Anspruch auf Nichtstörung gegen alle übrigen bestehen bleibt.

4. Bei den Zustandsrechten kann die Klage eine verschiedene Gestalt annehmen. Dem Rechte entspricht hier wieder eine allgemeine Pflicht aller, den Zustand anzuerkennen und nicht zu stören. Die Anerkennung reduziert sich natürlich auf ein Nichtbestreiten, und dieses wird durch einen Ausspruch des Richters über das Dasein des Zustandes von selbst erledigt. Der Ausspruch ist meistens Vorentscheidung für weitere Rechte und heißt daher prae-iudicium, die Klage danach Präjudizialklage. Reale Störungen des Zustandes begründen aber, ähnlich wie bei den dinglichen Rechten, entweder nur sekundäre Rechte und Klagen auf Strafe oder Schadenersatz oder direkte Klagen auf Unterlassung der Störung, z. B. wenn einem Vater sein Kind vorenthalten wird.

Bestimmt man hiernach das Verhältnis des Klagerechts zu dem Rechte an sich, aus welchem geklagt werden soll, so ergibt sich, daß es in gar keiner Weise ein materiell neues Recht ist, welches neben das alte oder an dessen Stelle träte; vielmehr ist es gar nichts anderes als das Recht, das Recht an sich gerichtlich geltend zu machen und durchzusetzen, das römische ius persequendi iudicio[1]. Das Klagerecht ist nur die konkrete Klagbarkeit des Rechts an sich, die Klage ist nur die Einklagung des Rechts an sich. Sie ist nur ein selbständig gesetztes Element des Rechts an sich, und zwar das Element, worin die eigentlich rechtliche Kraft, die reelle zwingende Macht des Rechts an sich hervortritt. Ein Recht ohne Klage ist nur ein unvollkommenes Recht, eine Klage ohne Recht aber ist gar nicht möglich. Eben darum begründet die Einteilung der Rechte in dingliche, persönliche u. s. w. von selbst auch eine gleiche Einteilung der Klagen. Eine Differenz zwischen Recht und Klage findet daher nur statt:

1. insofern es Rechte ohne Klagen gibt, nur mit indirektem Schutze, wie die Rechte der Ehegatten, die Naturalobligationen, und darum auch Verlust der Klage bei Fortdauer des Rechts möglich ist, wie bei der Verjährung (§ 25);

2. insofern nicht geklagt werden kann, solange das Recht bedingt oder befristet ist, und solange die entsprechende Pflicht erfüllt wird. Aus letzterem folgt namentlich, daß bei absoluten Rechten die Klage doch immer nur relativ erscheint;

3. insofern mitunter nur die Einklagung eines Rechts auf andere übertragen werden kann, nicht aber das Recht an sich, z. B. bei der Zession der Eigentums- oder Erbschaftsklage. Das römische Recht nimmt scheinbar auch passiv bei Obligationen mitunter eine Einklagung gegen einen anderen als den Verpflichteten an, so gegen seinen Bürgen, Vater, Geschäftsherrn. Der Sache nach liegt indessen dabei accessorische oder indirekte eigene Verpflichtung zu Grunde (s. unten § 47).

Ein anderer Punkt ist folgender: Wenn der Inhalt der Klage nichts anderes ist als das Recht an sich und das Klagerecht nichts als die Möglichkeit, ein Recht einzuklagen, so löst sich eigentlich die ganze Theorie von den Klagen in die Lehre von der Klagbarkeit und Einklagung der Rechte auf, d. h. welche Rechte klagbar seien, welche nicht, wann die Möglichkeit des Klagens anfange, und wie sie erlösche, welche Rechte accessorisch oder sekundär mit einem Rechte oder anstatt desselben eingeklagt werden können, u. s. w.

In der Tat ist das auch der Sache nach der Standpunkt des heutigen Rechts.

---

[1] ⟨Eine neuere Theorie stellt neben den materiellen Anspruch, welcher dem Privatrecht angehört, den publizistischen Rechtsschutzanspruch. Formuliert und wiederholt vertreten von Wach, Handbuch des Civ.-Proz. I 19, Feststellungsanspruch (oben S. 327) und sonst; vgl. noch dessen „Vorträge über die Civilprozeßordnung". 2. Aufl. 1901. Vgl. auch Hellwig, Anspruch und Klagerecht. 1900. S. 145 ff., Lehrb. d. deutsch. Civ.-Proz.-R. I, 146 f. Stein in der Hallenser Festgabe für Hermann Fitting. Halle 1903. Unzweifelhaft ist auch an diesem Punkt infolge der Vertiefung der Prozeßwissenschaft die rein privatrechtliche Betrachtungsweise in Gefahr, der Fülle der Erscheinungen nicht mehr gerecht zu werden, vgl. oben S. 295.⟩

Die Römer dagegen zogen umgekehrt bei ihrer Klagentheorie den Inhalt des Rechts mit in den Begriff der Klage herein. Es beruhte das auf der praktischen Entstehung ihres Rechts. Danach führten die Prätoren in ihren Edikten nicht Rechte an sich, sondern Klagerechte ein, und die Juristen sprachen lieber von dem in der Klage sich betätigenden Rechte als von dem ruhigen Rechte an sich. Ihre ganze Rechtstheorie ist danach formell mehr eine Theorie der Klagen als der Rechte. Der Sache nach ist's dasselbe. Unsere mehr doktrinäre Theorie muß aber die Rechte an sich zur Hauptsache machen und der Klage jene beschränkte Bedeutung zuweisen. Indessen ließ sich die einmal vorhandene Form des römischen Rechts im gemeinen Recht ohne große Inkonvenienzen nicht ganz abstreifen, und darum hatte hier die Theorie allerdings eine gewisse schillernde Zwitterhaftigkeit[1].

§ 25. Entstehung und Untergang der Klagerechte bestimmen sich im allgemeinen aus dem Begriffe der Klage von selbst; nur zwei Arten des Unterganges sind besonders hervorzuheben: Tod und Verjährung. Schon die Römer stellen beide zusammen, und infolge davon ist es auch bei uns geschehen. Erst in neuerer Zeit hat man es für sinnlos erklärt, die Unvererblichkeit der Klagerechte von der der anderen Rechte zu trennen. Indessen hat die römische Auffassung ihren guten Grund darin, daß bei den unvererblichen Klagen die zu Grunde liegenden Rechte an sich ihrer Natur nach wohl vererblich sind und nur ihre Einklagung bei den Erben unpassend erscheint. Es sind nur wenige Fälle. Aktiv ist die Vererbung nur bei den sogenannten actiones vindictam spirantes ausgeschlossen, d. h. bei Klagen, die zwar im Resultate auf Geld gehen, die aber ihrem Grunde nach „magis vindictae quam pecuniae habent persecutionem", wie die Klagen bei Injurien, Widerruf von Schenkungen, lieblosen Testamenten, Ehescheidungsstrafen. Passiv ist die Vererbung bei den Deliktsklagen ausgeschlossen oder beschränkt. Daß der Erbe für die Delikte seines Erblassers bestraft werde, hat keinen Sinn. Dies muß im allgemeinen auch für Geldstrafen gelten, und zwar bei Privatdelikten so gut wie bei öffentlichen; nur gehen Privatklagen schon nach der Litiskontestation auf die Erben über, während bei Kriminalanklagen nur die Exekution nach dem Urteile übergeht. Den Schadenersatz aus Delikten sieht das römische Recht auch wie eine Art Strafe an[2], und es läßt daher die Klage darauf gegen die Erben nur, wenn und soweit eine Bereicherung aus dem Delikte auf sie gekommen ist, zu. Das kanonische Recht sah die Ersatzpflicht als religiöse, von der Kirche zu erzwingende Pflicht an. Das deutsche Recht sieht sie als Last der Erbschaft an, die aber nie deren positiven Betrag übersteigen kann. Danach geht der Schadenersatzanspruch aus Delikten nach gemeinem Recht gegen die Erben iuxta facultates hereditatis.

Wichtiger ist die Aufhebung der Klagen durch Verjährung[3]. Alle Klagen erlöschen, wenn sie binnen bestimmter längerer oder kürzerer Zeit nicht angestellt werden; der Beklagte kann sie nachher mit der Verjährungseinrede zurückweisen. Die Klagenverjährung ist eine Art der sogenannten Erstinktivverjährung, sie beruht daher, wie alle Verjährung, nicht auf dem Prinzipe von Verzicht, Präsumtion eines Verlustgrundes oder Strafe, sondern hat lediglich die objektive Sicherung der Lebensverhältnisse zum legislativen Grunde. Die Sicherheit bezieht sich aber nicht nur auf alte, vergessene Ansprüche von den Vorfahren her, sondern man soll bei den kleinen Verhältnissen des täglichen Lebens schon nach kurzer Zeit gegen Ansprüche gesichert sein, um nicht bei allen möglichen Verhältnissen für die Erhaltung der eventuellen Verteidigungsmittel und Gegenbeweise sorgen zu müssen. Die Verjährungszeiten sind daher außerordentlich verschieden. Die Regel sind nach Pandektenrecht 30 Jahre, unter Umständen 40; für die zuletzt genannten Fälle haben die neueren Gesetze noch viel kürzere Verjährungsfristen festgesetzt, und auch dem römischen Recht sind solche in gewissen Gebieten bekannt. Das spezielle

[1] Wach, Der Feststellungsanspruch (oben S. 327 u. 329); Kohler, Prozeßrechtliche Forschungen. 1889. S. 63 ff.
[2] Binding, Die Normen I. 1872. §§ 27. 28.
[3] Vgl. oben § 22. v. Savigny, System V §§ 237—252.

Maß ist natürlich an sich völlig unbestimmt und kann nach freiem Ermessen des Gesetzgebers dem Bedürfnisse des Lebens gemäß geordnet werden. Immer aber hat die Verjährung nur das Interesse des Beklagten zum Zwecke, nicht das öffentliche. Das Prinzip ist nicht etwa, daß die Gerichte vor der Verhandlung alter Ansprüche geschützt werden sollen. Die Verjährung ist ein Teil des Privatrechts, nicht des Prozeßrechts. Darum darf der Richter sie nicht von Amts wegen geltend machen, und sie ist nicht nach den Gesetzen des Orts des Prozesses, sondern des Klagerechts zu beurteilen. Auch sind Verträge darüber unter den Parteien zulässig. Solche Verträge können zwar die Verjährungszeiten nicht eigentlich verlängern oder verkürzen, können aber als Verträge über Gewährung von Fristen und als Verzichte gelten.

In der Verjährung des Klagerechts ist eine Aufhebung des zu Grunde liegenden Rechts an sich nicht enthalten. Bei den dinglichen Rechten tritt dies durch das Verhältnis der Relativität der Klage und der Absolutheit des Rechts deutlich hervor. Daher ist hier sogar eine neue Klage gegen spätere Besitzer, sofern sie nicht Successoren des früheren sind, unzweifelhaft zulässig. Bei Obligationen ist eine solche Klage zwar in der Regel nicht möglich, weil sie überhaupt in der Regel nur relativ gegen einen bestimmten Schuldner gehen. In den Ausnahmefällen aber, wo bei Obligationen eine sogenannte actio in rem scripta gegen Dritte zulässig ist, muß man insoweit nach Analogie der dinglichen Klagen auch die Wirkung der Verjährung ausschließen. Eine andere Frage ist, ob unter den alten Parteien selber das Recht an sich nach der Verjährung der Klage nicht wenigstens auf andere Weise als durch Klage, also namentlich durch Einrede, geltend gemacht werden könne, oder ob die Einrede der Verjährung, wie andere Einreden, jede Art weiterer Geltendmachung verhindere. Man unterscheidet beides nach Savigny als schwächere und stärkere Wirkung der Verjährung [1], beschränkt aber die Frage in der Regel auf die Obligationen; sie ist indessen beim Eigentume ebenso möglich, z. B. wenn der Besitzer nach der Verjährung der Vindikation die Sache dem Eigentümer leiht und dieser gegen die Rückforderung sich auf sein Eigentum beruft. Die Frage bildet eine alte, berühmte Kontroverse, ist aber wohl zu Gunsten der stärkeren Wirkung zu entscheiden. Doch ist eine gewisse Nachwirkung verjährter Obligationen nicht absolut zu verwerfen. Verjährung ist immer eine Aufhebung ohne Befriedigung des Gläubigers, und verjährte Schulden stehen daher den gezahlten in der Volksmeinung nicht gleich. Das römische Recht läßt sie wenigstens im Pfandrechte nachwirken, die neueren Gesetzbücher schließen auch die Rückforderung bei etwaiger Zahlung aus.

Die Erfordernisse der Klagenverjährung sind dem Begriffe zufolge nur, daß der Berechtigte klagen konnte und doch nicht geklagt hat. Das erstere (actio nata) ist gegeben, sobald der Berechtigte die Erfüllung einer Pflicht verlangen kann, die der Pflichtige nicht erfüllt; daß er sie schon verlangt habe und der Pflichtige in mora sei, ist nicht nötig. Ebenso ist es in der Regel gleichgültig, ob der Berechtigte sein Recht und der Pflichtige seine Pflicht kannte. Die mala fides des Pflichtigen hindert ihn nicht, sich auf Verjährung zu berufen, außer im kanonischen Rechte bei widerrechtlich besessenen Sachen. Beim Berechtigten wird aber die Verjährung selbst durch rechtliche Unfähigkeit oder Hindernisse der Klageanstellung nicht ausgeschlossen, außer in gewissen Fällen, wie Unmündigkeit, väterlicher Nießbrauch u. a. (sogenannte praescriptio dormiens). Unterbrochen wird die Verjährung durch Anhängigmachung der Klage vom Berechtigten und reale Anerkennung des Rechts vom Verpflichteten. Bloßes Mahnen und Protestieren hilft nicht, letzteres wenigstens nur, wenn es wegen Unmöglichkeit der Klage bei Gericht geschieht.

§ 26. Verteidigung. Jedem Klagerechte liegt ein Recht an sich zu Grunde und bildet daher mit seinem Entstehungsgrunde den Rechts- und Entstehungsgrund der Klage.

---

[1] v. Savigny a. a. O. §§ 248—251; Bekker, Wirkung der Klagenverjährung, im Jahrb. des gemeinen Rechts IV 408.

Zur Begründung jeder Klage gehören daher bestimmte Tatsachen, die nach bestimmten Rechtssätzen das eingeklagte Recht geben. Insofern ist auch die Verteidigung gegen eine Klage möglich entweder durch bloßes Leugnen und Bestreiten der Tatsachen oder Rechtssätze der Klage oder der daraus gezogenen Schlüsse oder auch durch positive neue Gegenbehauptungen, welche die Behauptungen der Klage entkräften. Alle diese letzteren ⟨hat die gemeinrechtliche Praxis Einreden genannt, und schon das nachklassische römische Recht kannte eine nachlässige Terminologie, welche jede Gegenbehauptung des Beklagten als exceptio bezeichnete. Im klassischen Recht der Römer ist der Begriff der Einrede ein sehr scharf begrenzter, wenngleich wesentlich formaler; hier heißt exceptio ein Formelbestandteil, der besagt, der Beklagte solle trotz wahrer Intention nur dann verurteilt werden, wenn ein gewisser Umstand nicht zutrifft. Dieser Umstand kann das Bestehen eines Gegenrechts des Beklagten sein, z. B. gegen die rei vindicatio schützt der Beklagte die exceptio rei sibi pigneratae vor, oder die Berufung auf eine Rechtsquelle, welche zwar den klägerischen Anspruch zu vernichten oder zu hemmen bestrebt ist, dies jedoch an sich deswegen nicht vermöchte, weil sie nicht ziviles Recht zu erzeugen vermag, z. B. die Berufung auf das Sc. Macedonianum oder einen Verteidigungsgrund des prätorischen Edikts. Demnach findet in beiden Fällen eine Verteidigung ope exceptionis statt, während, wo der Beklagte den Klaganspruch als nach Zivilrecht nicht bestehend oder ungültig zu bezeichnen vermag, eine ipso iure wirkende Verteidigung angenommen wird. Im Pandektenrecht war, wie schon im nachklassischen Zivilprozeß, diese formale Bedeutung der exceptio, welche materiell ganz verschiedene Verteidigungsarten in sich schloß, weggefallen, dafür aber der Name exceptio, wie oben bemerkt, auch ins grenzenlose erweitert worden. Erst die Doktrin des neunzehnten Jahrhunderts hat wieder feinere begriffliche Scheidungen der Verteidigungsgründe aufgestellt und insbesondere die Berufung auf rechtshindernde und rechtsvernichtende Tatsachen als bloße „Einwendung" der Berufung auf Gegenrechte bei Zugeständnis des klägerischen Rechts entgegengestellt, welche „Einrede" im technischen Sinn genannt wurde, wobei man im übrigen noch zwischen aufschiebenden oder dilatorischen und rechtsvernichtenden oder peremtorischen Exzeptionen unterschied und außerdem noch diverse weitere Einteilungen aufstellte, welche übrigens zum Teil scholastisch waren. Doch ist diese Materie später wieder durch die Terminologie der Zivilprozeßordnung wesentlich kompliziert worden und hat im gemeinen Recht nie einen sicheren Abschluß gefunden [1].⟩

Gegen die Einreden ist eine ebensolche Verteidigung möglich wie gegen die Klage. Dadurch entsteht der Begriff der Repliken, gegen die wieder Dupliken möglich sind, u. s. w.

III. Der Prozeß.

§ 27. Der Anfang des Prozesses. Die wirkliche Durchführung der Klagen vor Gericht geschieht in einem festen, gesetzlich geordneten Verfahren, dem sogenannten Zivilprozeß. Die Lehre davon bildet aber einen eigenen Teil der Rechtswissenschaft, der unten selbständig dargestellt werden wird. Hier ist daher nur der Einfluß, den der Prozeß, sein Anfang und sein Ende, auf das eingeklagte Recht hat, anzuführen [2].

Die Wirkungen des Anfangs des Prozesses sind folgende:

1. Der Kläger hat wirklich Klage erhoben; daher können die Folgen der Unterlassung der Klage, nämlich Untergang durch Tod und Verjährung, nun nicht mehr eintreten. Bei Wahlrechten des Klägers ist die Wahl ⟨wenn die Klage auf einen bestimmten Gegenstand gerichtet und nicht unter Vorbehalt späterer Wahl alternativ formuliert ist⟩, definitiv entschieden.

---

[1] v. Savigny, System V §§ 226—229. 253—255; Eisele, Materielle Grundlage der exceptio. 1871; Birkmeyer, Die Exzeptionen im bon. fid. iudicium. 1874; Lenel, Über Ursprung und Wirkung der Exzeptionen. 1876; Karlowa, Rechtsgeschäft. S. 116—160. Sehr einsichtig wird die Lehre jetzt von Kipp, zu Windscheids Pand. 8. Aufl. I § 47 a 1, dargestellt, woselbst auch neuere Literatur; Beachtung auch über ihr unmittelbares Gebiet hinaus erfordern ferner die Ausführungen von Hellwig, Anspruch und Klagerecht (1900) § 2.

[2] v. Savigny, System VI; Buchka, Einfluß des Prozesses auf das materielle Rechtsverhältnis. 1846.

2. Der Beklagte weiß jetzt, daß ein Anspruch ernstlich gegen ihn erhoben wird. Er kommt dadurch nicht gerade in mala fides, allein er muß sein Recht jetzt jedenfalls als zweifelhaft ansehen, ist daher nun zur Sorgfalt in betreff des Streitgegenstandes verpflichtet, und seine Bestreitung des klägerischen Rechts, falls es sich beim Urteile als begründet erweist, darf ihm, soweit möglich, keinen Vorteil und dem Kläger keinen Nachteil bringen. Er wird daher eventuell verpflichtet, dem Kläger an Früchten, Zinsen u. s. w. zu ersetzen, was dieser gehabt haben würde, wenn der Beklagte seine Pflicht gleich erfüllt und nicht gestritten hätte.

3. Der Kläger legt den Streit dem Richter zur Entscheidung vor. Daher muß das jetzige Dasein oder Nichtdasein des behaupteten Rechts über den Ausgang des Streits entscheiden. Erwerb oder Verlust desselben während des Prozesses muß im allgemeinen ohne Einfluß sein, jedoch mit einzelnen Modifikationen.

Was ist nun aber der Anfang des Prozesses? Beginnt der Streit mit dem Angriffe oder erst mit der Verteidigung? Die Römer nehmen das letztere an; erst mit der Feststellung des Streits durch Klage und Antwort, Anspruch und Widerspruch hat der wirkliche Prozeß seinen Anfang genommen, und beginnen daher auch die Wirkungen desselben. Die Feststellung geschah anfangs durch die legis actio, später durch die formula, zuletzt durch eine besondere beiderseitige Erklärung nach Erledigung der Vorfragen des Prozesses. Der Ausdruck dafür ist litis contestatio[1]. Er bedeutet ursprünglich zwar nur die nach der Feststellung von den Parteien vorgenommene Zeugenaufrufung, später aber die Feststellung selber, die Kriegsbefestigung, wie man bei uns sagte. Die ganze Berechnung setzt nun aber einen schleunigen Prozeß voraus, wobei zwischen der Mitteilung der Klage und der Einlassung auf dieselbe kein großer Zwischenraum liegt. Sobald dieser durch Prozeßeinreden beliebig verschleppt werden kann, muß das Litiskontestationsprinzip aufgegeben und die Mitteilung der Klage an den Beklagten, also schon der Angriff als Prozeßanfang behandelt werden. Für einzelne Wirkungen ist dies daher schon im römischen Rechte selber geschehen, in neuerer Zeit aber allgemein. Danach war es für das Pandektenrecht nicht nur sonderbar, sondern geradezu verkehrt, noch fortwährend von den Wirkungen der litis contestatio zu sprechen, dieselben fortwährend aus dem Begriffe der litis contestatio als zweiseitigen Aktes abzuleiten und dann doch zum Schlusse ganz naiv beizufügen, sie seien jetzt auf die Mitteilung der Klage, also einen einseitigen Akt, zurückverlegt. Mit Recht haben die neueren Gesetzbücher den ganzen Begriff der litis contestatio oder Streitbefestigung vollständig aufgegeben. In diesem Sinne bestimmt auch die R.Z.P.O. §§ 263, 267, daß die Wirkungen der Rechtshängigkeit, sowie alle Wirkungen, welche durch die Vorschriften des bürgerlichen Rechts an die Anstellung, Mitteilung oder gerichtliche Anmeldung der Klage, an die Ladung oder Einlassung des Beklagten geknüpft werden, mit der Erhebung der Klage, d. h. der Zustellung des dieselbe enthaltenden Schriftsatzes, eintreten.

§ 28. Das Ende des Rechtsstreits besteht im Urteil, Erkenntnis, sententia. Dieses ist nicht als Ausspruch über das ganze Rechtsverhältnis der Parteien zu denken, sondern nur als Entscheidung darüber, ob die Klage des Klägers begründet war oder nicht. Es kann daher stets nur entweder Zuerkennung oder Aberkennung der Klage enthalten, also Verurteilung oder Freisprechung des Beklagten, condemnatio oder absolutio. Eine Verurteilung des Klägers zu Gunsten des Beklagten kann nur durch Widerklage des letzteren begründet werden.

Das richterliche Urteil (wird formell rechtskräftig, sobald es nicht mehr durch Rechtsmittel angefochten werden kann; an die formelle Rechtskraft schließt sich die sogen. materielle Rechtskraft (auctoritas rei iudicatae) an). Rechtskräftige Erkenntnisse sind, abgesehen von den im gemeinen Recht in bedeutendem Umfang zugelassenen Restitutionen, absolut unveränderlich; weder der Richter noch die Parteien können sie ändern oder auf-

[1] Keller, Litiskontestation und Urteil. 1827. Wlassak, Die Litiskontestation. 1889.

heben. Zuerkannte Rechte können nicht mehr bestritten, aberkannte nicht mehr geltend gemacht werden. Der innere Grund dieser Rechtskraft ist nicht die Idee, daß das Urteil als Entscheidung des Staates als absolut richtig und wahr gelten oder wenigstens fingiert werden müsse, sondern an sich nur das negative und formelle Prinzip, daß ein Streit zwischen zwei Parteien nicht ewig dauern und nicht stets wiederholt werden darf, sondern einmal ein bestimmtes Ende haben muß. Nur versteht es sich, daß insoweit, als der fernere Streit unter den Parteien ausgeschlossen ist, für sie der Inhalt des Urteils als wahr gelten oder fingiert werden muß. Die Fiktion der Wahrheit bei der Rechtskraft ist also nie eine absolute, sondern stets nur eine relative unter den Prozeßparteien, nur mit Ausdehnung auf ihre Successoren und gewisse sekundär mitbeteiligte Personen, wie Bürgen, Miteigentümer u. a.[1].

Unter den Parteien selber aber begründet das rechtskräftige Urteil stets vollständig formelles Recht, jedoch nicht für alles, was in dem Erkenntnisse und seinen Gründen steht, sondern nur für den eigentlichen Inhalt des Urteils, die Zu- und Aberkennung von Rechten.

1. Zuerkennung von Rechten ist nur für den Kläger möglich, und zwar nur für das eigentlich eingeklagte Recht, nicht für andere, nur präjudiziell oder sonst damit in Verbindung stehende Rechte. Bei dem eingeklagten Rechte begründet die Zuerkennung zunächst stets ein Präjudiz für weitere davon abhängige Rechte und dann bei Verurteilung des Beklagten die sogenannte Judikatsobligation mit dem Rechte auf Exekution. Dieses ist keine eigentlich neue Obligation, die durch Novation an Stelle der alten träte, sondern die alte selber in ihrer formellen Feststellung durch das Urteil. Daher kommt dabei einerseits als Obligationsgrund nur noch das Urteil in Betracht, anderseits bleiben aber die Accessionen der alten Obligation auch bei der neuen. Das darauf beruhende Recht zur Exekution und seine Ausführung gehört zum Zivilprozesse.

2. Bei aberkannten Rechten entsteht für den Gegner die Einrede der Rechtskraft gegen jede Wiederholung einer gerichtlichen Geltendmachung derselben durch Klage oder Einrede. Dies gilt für beide Parteien in betreff der Rechte, die den direkten Gegenstand des Streites bilden, also nicht bloß für die Aberkennung der Klage, sondern auch für die der Einreden und auch für die Aberkennung von Besitz und Eigentum und ähnlichen Rechten, die in der Zuerkennung dieser Rechte an den Kläger von selbst enthalten ist. Bei allen Rechten dagegen, die nur indirekt als Vor- oder Nebenfragen bei dem Urteile in Betracht kommen, findet eine eigentliche Aberkennung mit Rechtskraft nicht statt, wenn sie auch in den Entscheidungsgründen mitbesprochen und für unbegründet erklärt sind. Man darf der Einrede der Rechtskraft nicht, wie Savigny will, das Prinzip zu Grunde legen, dem Inhalte eines Urteils in jedem einzelnen Punkte desselben dürfe ein späteres Urteil nicht widersprechen. Savignys Theorie ist jetzt auch verworfen durch die R.Z.P.O. § 322. Jedoch hat dieselbe den Parteien die Möglichkeit, eine Rechtskraft des Urteils in dem von Savigny behaupteten weiteren Umfang zu erzielen, eröffnet durch die sogen. Inzident-Feststellungsklage des § 280.

IV. Die Restitution[2].

§ 29. Die ganze Anwendung der Grundsätze über Erwerb und Verlust der Rechte und über ihre Geltendmachung erleidet im römischen Rechte eine eigentümliche Modifikation durch den Begriff der restitutio in integrum, d. h. der außerordentlichen Wiedereinsetzung in einen unbilligerweise verlorenen Rechtszustand. Der Begriff beruht im allgemeinen auf dem Gegensatze von Recht und Billigkeit, hat aber seine Eigen-

---

[1] Das Nähere gehört in die Darstellung des Prozeßrechts, wo auch die gerade den letzterwähnten Punkt in vertiefter Weise behandelnde Literatur anzuführen ist.

[2] Burchardi, Die Lehre von der Wiedereinsetzung. 1831; v. Savigny, System VII §§ 318 bis 343; Spaltenstein, Wiedereinsetzung. 1873.

tümlichkeit in der besonderen rechtlichen Form, in der die Billigkeit hier geltend gemacht wird. Während dies in der Regel durch Zulassung von Ausnahmen im Gesetze oder durch Anordnung gewöhnlicher Rechte mit Klagen geschieht, ist hier dem Richter das Recht gegeben, im einzelnen Falle nach freierem Ermessen die Tatsachen, die einen unbilligen Verlust begründen, z. B. eine Verjährung, Verzichtleistung, Erbschaftsantretung, für nicht geschehen zu erklären und den Benachteiligten direkt wieder in seinen früheren Rechtszustand einzusetzen. Der Grund für diese besondere Form lag in der Eigentümlichkeit der römischen Rechtsbildung, daß nämlich die Billigkeit im Gegensatz zum strengen Rechte hauptsächlich von den Prätoren in das Recht eingeführt wurde, diese aber einfache Ausnahmen von den Gesetzen gar nicht machen konnten und vielfach auch Anstand nehmen mußten, feste allgemeine Klagerechte einzuführen, sich vielmehr lieber freieres Ermessen vorbehielten. Schon in der Kaiserzeit hat dieses Verhältnis aufgehört. Die Gründe und Voraussetzungen der Restitutionen wurden teils schon durch die Prätoren selber, teils durch die spätere Theorie und Praxis so bestimmt, daß kaum ein Unterschied von den gewöhnlichen Klagerechten übrig blieb, weshalb auch das Recht zum Restituieren den gewöhnlichen Richterbeamten gegeben wurde. Die Gründe der Restitution sind Minderjährigkeit, Zwang, Irrtum, Betrug, Abwesenheit, capitis deminutio und die sogenannte generalis clausula. Davon hat die capitis deminutio schon im späteren Rom ihre Bedeutung verloren, die anderen aber sind der Sache nach nichts anderes mehr als Rechte zum Widerruf oder zur Anfechtung der betreffenden Handlungen oder Verluste. Die Form des Restituierens ist unwesentlich und hat nur etwa im Zivilprozesse bei Versäumnissen und Versehen noch eine gewisse Berechtigung. Im gemeinen Rechte ist die Restitution zwar in der römischen Weise geblieben, die neueren Gesetzbücher haben sie aber, abgesehen vom Prozesse, beseitigt und auf die gewöhnlichen Formen von Ausnahmen vom Gesetze und Ungültigkeit, Anfechtbarkeit und Widerruflichkeit der Rechtsgeschäfte zurückgeführt.

Besonderer Teil.

Übersicht. Der besondere Teil zerfällt nach dem oben S. 295—297 aufgestellten Systeme in die Darstellung der allgemeinen Rechte der Person und der besonderen Gestaltungen derselben in den Gattungsverhältnissen. Die allgemeinen Rechte sind die Persönlichkeit selbst und das Vermögen. Die Bestimmungen über die erstere sind aber, da die Persönlichkeit zugleich Voraussetzung alles Rechts ist, in der Lehre vom Rechtssubjekte von selbst enthalten. Es bleibt daher nur das Vermögensrecht. Dies zerfällt nach den oben gegebenen Ausführungen in Sachen- und Obligationenrecht.

Das erstere umfaßt die gesamte Herrschaft der Person über die Sache. Dabei unterscheiden sich zunächst die volle Herrschaft über die Sache und die beschränkten Rechte an fremder Sache. Die letzteren können die Sache entweder als Objekt der physischen Benutzung treffen oder als Objekt von einem ideellen Werte, der sich durch Verwertung in Geld realisieren läßt. Der letzteren-Art ist das Pfandrecht; bei den anderen unterscheidet man die beschränkteren und die unbeschränkteren als Servituten und Untereigentum. Bei allen Sachenrechten tritt außerdem noch der allgemeine Unterschied von Besitz und Recht, faktischer und rechtlicher Herrschaft hervor. Dieser läßt sich in der Darstellung verschieden ordnen. Eigentlich müßte man entweder die Besitzverhältnisse zusammen den Rechten gegenüberstellen oder bei jedem Rechte auch das entsprechende Besitzverhältnis nehmen. Bequemer ist indessen eine etwas inkonsequente Behandlung, nämlich bei der vollen Herrschaft Besitz und Recht zu trennen, bei der beschränkten sie zu verbinden. Der Grund ist, weil bei der vollen Herrschaft der Besitzbegriff in ausgedehnter und selbständiger Weise hervortritt und darum hier seine Verbindung mit dem Eigentume die

Darstellung weniger übersichtlich macht. Danach wird die nachfolgende Darstellung in fünf Abschnitte geteilt: Besitz, Eigentum, Servituten, Untereigentum, Pfandrecht.

A. Das Sachenrecht.

I. Der Besitz[1].

§ 30. Begriff des Besitzes. Der natürliche Ausgang aller Herrschaft des Menschen über die Natur ist der Besitz, der natürliche Anfang des Eigentums. Dominium a naturali possessione coepit, sagen die Römer, d. h. alle Herrschaft des Menschen über die Naturdinge fängt damit an, daß sie faktisch irgend einmal in Besitz genommen, dem Willen und der Gewalt des Menschen unterworfen werden. Die rechtliche Anerkennung und Geltung dieses Herrschaftswillens begründet das Eigentum. Bei herrenlosen Sachen gibt daher die Besitznahme zugleich das Eigentum; mit der faktischen Herrschaft entsteht auch die rechtliche; wo jene nicht möglich ist, ist es auch diese nicht, wie bei der Luft, dem Meere, den Gestirnen. An sich bleiben aber Besitz und Eigentum, faktische und rechtliche Herrschaft verschieden: der Besitz ist Tatsache und als solche dem Zufall unterworfen, das Eigentum ist Recht und als solches nur vom Gesetze abhängig. Besitz kann daher ohne Eigentum und Eigentum ohne Besitz sein.

Eine Sache besitzen heißt eigentlich: auf ihr sitzen. Wer das tut, hat sie unter sich und damit tatsächlich in seiner Gewalt, so daß er nach Belieben auf sie einwirken und fremde Einwirkung ausschließen kann. Der Sprachgebrauch hat diesen handgreiflichsten sinnlichen Fall einer tatsächlichen Gewalt benutzt, um daraus durch Abstraktion einen allgemeinen Ausdruck für den Begriff der tatsächlichen Gewalt oder Herrschaft zu gewinnen[2]. Für diesen ist das Sitzen, ja selbst das Berühren nicht mehr maßgebend; er fordert nur ein äußeres Gewaltverhältnis, also die tatsächliche Möglichkeit der ausschließlichen Einwirkung, und auch diese nur nach Maßgabe der menschlichen Lebensverhältnisse, so daß die Gewalt selbst bei weiterer Entfernung von der Sache als fortdauernd anzusehen ist.

Sitzen ist intransitive, Besitzen ist transitive Tätigkeit des besitzenden Subjekts gegen das besessene Objekt. Der Besitz ist insofern nur die gewollte Gewalt oder Herrschaft. Wer auf einer Sache sitzt, ohne es zu wissen, besitzt sie insofern nach römischer Auffassung nicht. Der Besitz als wirkliche Herrschaft schließt daher den Römern wesentlich zwei Elemente in sich, ein äußerstes, physisches Gewaltverhältnis und ein inneres entsprechendes Willensverhältnis. Gewalt ohne Willen ist ebensowenig Besitz wie Wille ohne Gewalt. Dagegen ist der Grund, aus dem man besitzt, und ob man ein Recht oder wenigstens einen Rechtstitel hat oder zu haben glaubt, für das Besitzen an sich gleichgültig. Auch der Dieb hat die Gewalt und will sie haben, hat also Besitz. Man kann diese beiden Elemente als objektiven und subjektiven Tatbestand des Besitzes (corpus und animus possidendi) bezeichnen. Den ersteren nennt man auch Detention oder Innehabung[3].

---

[1] v. Savigny, Das Recht des Besitzes. 1803. 7. Aufl. mit Zusätzen von Rudorff. 1865; Bruns, Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart. 1848; Jhering, Beiträge zur Lehre vom Besitze. 2. Aufl. 1869; Bruns, Die Besitzklagen. 1874; Meischeider, Besitz und Besitzesschutz. 1876; Randa, Der Besitz. 3. Aufl. 1879; Bekker, Das Recht des Besitzes. 1880. Klein, Sachbesitz und Ersitzung. 1891.

[2] Auch das lateinische possidere beruht auf dem sedere; das pos- stammt entweder von potis oder von ποτί = πρός = ad, in. Die Griechen haben keinen festen technischen Ausdruck, sondern gleichmäßig νέμειν (νέμος Weide) oder κεκτῆσθαι (κτῆνος Vieh) oder κατέχειν. Bas. 50, 2, 1: Ἡ νομὴ φυσικὴ ἐστι κατοχή. Vgl. J. Grimm, Das Wort des Besitzes, in den Kleinen Schriften I 113.

[3] ⟨In der Pandektenliteratur wurde der Besitzwille vielfach allzusehr in den Vordergrund gestellt und als das maßgebende Kriterium dafür erklärt, wo Besitz, wo bloße Detention herrsche. So hat man insbesondere die allerdings unbestreitbare Tatsache, daß das römische Recht dem Depositar, Kommodatar, Mandatar, Mieter und Pächter den Besitz ab- und bloße Detention zuspricht, dahin erklärt, daß diesen der Wille, die Sache vollständig zu beherrschen, fehle und sie in letzter Linie die Sache dem Deponenten u. s. w. herausgeben, also für diesen beherrschen wollen. Diese Lehre fand

§ 81. Schutz des Besitzes. Der Besitz ist kein Recht, sondern eine Tatsache, d. h. seine Entstehung hängt nicht von einem rechtmäßigen Erwerbsgrunde ab, sondern nur von der Tatsache, daß man die physische Gewalt über eine Sache faktisch hat und haben will; ebenso umgekehrt sein Verlust. Das Gesetz kann zwar diese Tatsachen, um die dabei leicht möglichen Zweifel abzuschneiden, genauer fixieren und abgrenzen, also Bestimmungen über Erwerb und Besitz des Verlustes aufstellen und dabei selbst über die natürlichen Grenzen hinausgehen, allein dadurch werden die Tatsachen nicht schon zu einem rechtlichen Erwerbsgrunde umgewandelt[1].

Dennoch aber wird der Besitz rein als solcher, d. h. ohne Rücksicht auf seine Rechtmäßigkeit, rechtlich gegen Störung und Entziehung geschützt, und zwar zeichnet sich gerade das römische Recht dadurch aus, daß es diesen Schutz neben dem des Eigentums in großer Reinheit durchgeführt hat, d. h. so, daß nur der Besitz und seine Störung den Klagegrund bilden und Einreden aus einem Rechte auf die Sache (petitorische Einreden) vollständig ausgeschlossen sind. Der Schutz findet sich zwar noch nicht im alten Zivilrechte, sondern erst im prätorischen, doch ist er wahrscheinlich schon früh und zwar in der Form des Interdiktenprozesses (durch sogenannte possessorische Interdikte) eingeführt.

Man hat oft nach dem Grund dieses Schutzes gefragt. Mußte man nicht sagen, daß, wenn der Besitz kein Recht ist, auch seine Verletzung keine Rechtsverletzung ist und dann kein Grund zu seinem Schutze vorliegt? Daß er faktisch allerlei Annehmlichkeiten und Vorteile gewährt, ist noch kein Grund, wie Stahl[2] und Büchel[3] meinen, ihn rechtlich zu schützen. Ebensowenig kann man mit Savigny sagen, daß, wenn mit dem faktischen Besitze zugleich auch ein wirkliches Recht verletzt werde, dann die Aufhebung dieses Unrechts auch den Schutz des Besitzes mit in sich schließe. Die Idee endlich von Ihering, daß im Besitze eigentlich nur das Eigentum geschützt werden solle, weil dieses meistens mit ihm verbunden sei, ist tatsächlich nicht durchführbar. ⟨Eine Antwort auf diese Frage ist eben überhaupt nicht zu geben, und im Grunde ist die Fragestellung selbst verfehlt, wenn man nach dem philosophischen Grund des Besitzschutzes fragt; denn die Rechtsinstitute entwickeln sich nicht nach abstrakt idealen Gesichtspunkten, sondern nach historisch-teleologischen Einflüssen und Erwägungen.⟩

---

einen quellenmäßigen Anhalt teils in Äußerungen des Juristen Paulus, der sich in der Tat in diesem Sinne ausspricht, teils darin, daß der Byzantiner Theophilus den Besitzwillen bezeichnet als *ψυχὴ δεσπόζοντος*, worin man den „animus domini" fand, der dem Depositar u. s. w. fehlen sollte, da dieser sich ja nicht für den Eigentümer betrachtet wissen will. Doch stößt diese Auffassung auf die Schwierigkeit, daß Faustpfandgläubiger, Prekaristen und Sequester im römischen Recht als Besitzer behandelt werden, obwohl der animus domini auch ihnen fehlt. Man wird daher diese bloß auf die Konstruktion eines der jüngsten Klassiker zurückgehende, bei den älteren Klassikern fehlende und durch die zweifelhafte Autorität des Theophilus nicht genügend gestützte Lehre aufzugeben haben; der Gesichtspunkt des Besitzwillens kann es nicht sein, der die verschiedene Behandlung des Depositars oder Mieters einerseits, des Pfandgläubigers u. s. w. anderseits rechtfertigt. Insbesondere beim Mieter und Pächter ist es vollkommen klar, daß bei ihnen die Intensität des Sachbeherrschungswillens keine geringere ist als beim Pfandgläubiger oder gar beim Prekaristen. Maßgebend können hierfür nur historische und soziale Gründe gewesen sein; diese haben dahin geführt, einerseits die Stellung des creditor pigneraticius gegen Angriffe des Verpfänders durch Besitzschutz zu sichern, anderseits die bei den Römern sozial tief gestellten Mieter jedes unmittelbaren Schutzes gegen den Vermieter in der Herrschaft über das Mietobjekt zu entkleiden. In diesem Sinne ist es durchaus richtig, wenn man neuerdings die Grenze zwischen Besitz und Detention für gegeben angesehen hat nicht durch das Moment des Besitzwillens, sondern durch die Rechtsgründe des Besitzerwerbes (causa possessionis). So insbesondere gegen Savigny und seine Anhänger, zu denen auch Bruns gezählt hat, Ihering, Der Besitzwille. 1889.⟩

[1] Abweichend von dem hier eingenommenen Standpunkt Savignys und in Annäherung an die Lehre Iherings wird in neuerer Zeit mitunter das Wesen des Besitzes nicht mehr in die physische Gewalt, sondern in die wirtschaftliche Beherrschung, die Einbeziehung der Sache in einen gewissen Wirtschaftskreis u. s. w., gesetzt; Graf Pininski, Der Thatbestand des Sachbesitzerwerbs. 2 Bde. 1885. 88. Strohal, Succession in den Besitz. 1885. Vgl. auch L. Goldschmidt, Studien zum Besitzrecht. 1888. ⟨Das B.G.B. § 854 hat gegenüber dieser letzten Entwicklung der gemeinrechtlichen Doktrin die Savignysche Definition festgehalten.⟩

[2] Philosophie des Rechts II 395—396 (3. Aufl.)

[3] Über die Natur des Besitzes. 1868. S. 50 ff.

Historisch ist die Einführung der possessorischen Klagen in Rom von ⟨der Regulierung der Parteirollen im Eigentumsprozeß⟩ ausgegangen, und ⟨wenn einzelne römische Juristen⟩ den Grund des Besitzschutzes darin gesehen hatten, daß „qualiscunque possessor hoc ipso, quod possessor est, plus iuris habet, quam ille, qui non possidet“, ⟨so ist das nur spekulative Zurechtlegung des Geschichtlichgewordenen. Übrigens ist bei den Römern selbst die Erinnerung daran, daß die Besitzinterdikte ursprünglich den Zweck hatten, den Besitzer gegen eigenmächtige Entziehung der ihm zugedachten Beklagtenrolle bei der Vindikation zu schützen, lebhaft genug, und die Analogie des griechischen Rechts, welchem allem Anschein nach der Besitzesschutz direkt entlehnt ist, muß diese Tradition über jede Anfechtung erheben. Daß nebstbei der Besitzschutz gewisse Nebenfunktionen erfüllt, wie Repression der Eigenmächtigkeit schlechthin, ist zufällig. Freilich ist es richtig, daß für diejenigen Besitzer, welche nicht Eigenbesitzer sind (Sequester, Prekaristen, Pfandgläubiger), obige historische Begründung des Besitzschutzes nicht zutrifft; in ihrer Person übt der Besitzschutz nur seine Nebenfunktionen aus. Aber der Kreis dieser Personen ist auch bei den Römern so eng gezogen, daß der eigentliche Typus des Instituts von hier aus nicht bestimmt werden darf.⟩

Der Schutz des Besitzes als solchen bezieht sich nur auf die unmittelbare Verletzung durch Störung oder Entziehung. Insofern der Besitz danach aber überhaupt als ein rechtlich geschütztes Interesse erscheint, muß er nun auch an dem allgemeinen Schutze der rechtlichen Interessen gegen unbillige Verluste teilnehmen und somit Gegenstand von Obligationsklagen, wie actio metus, doli, condictiones sine causa u. s. w., bilden. Bei den letzten unterscheidet man danach die condictio possessionis von der condictio rei.

§ 82. Die Klagen[1] zum unmittelbaren Schutze des Besitzes heißen schlechthin Besitzklagen, iudicia possessoria, im Gegensatze zu den iudicia petitoria, d. h. den Klagen aus einem Rechte an der Sache oder auf dieselbe. Die Form der Interdikte, in der sie in Rom eingeführt sind, ist später weggefallen, doch ist der Name beibehalten und war auch in Deutschland üblich. Je nachdem die Verletzung des Besitzes nur in Störung, Schmälerung, Beeinträchtigung oder in vollständiger Entziehung besteht, unterscheiden die Römer interd. retinendae und recuperandae possessionis. Im einzelnen werden sie nach den Anfangsworten der alten Interdiktsformeln benannt, z. B. das int. Uti possidetis nach der Formel: Uti possidetis, quominus ita possideatis, vim fieri veto.

1. Interdicta retinendae possessionis gab es ursprünglich zwei verschiedene, Uti poss. und Utrubi, je für Immobilien und Mobilien. Durch Justinian wurde das letztere dem ersteren ganz gleichgestellt. Das U. P. war aber die Klage aus dem Besitze auf Verbot drohender Störung. Vorfrage (praeiudicium) für das Verbot ist dabei das Dasein des Besitzes selber, und insofern konnte die Klage bei streitigem Besitzstande auch bloß präjudizial zum Zwecke der Entscheidung über das Dasein des Besitzes benutzt werden, ja in Rom war dieses der nächste Grund für ihre Einführung gewesen. Indessen war sie keinesfalls darauf beschränkt, sondern auch bei unbestrittenem Besitze zur bloßen Abwehr von Störung zulässig, und auch in jenem Falle verlangten die Parteien faktisch fast stets neben der Anerkennung des Besitzes auch das Verbot seiner Störung. Eine Gefahr von Störung ist hauptsächlich vorhanden, wenn bereits Störungen geschehen sind und daher ihre Wiederholung zu fürchten ist; indessen konnten auch bloße Drohungen, ja selbst nur Behauptungen die Befürchtung und darum die Klage begründen. Ob der Störer bona oder mala fide gehandelt, ja ob er sich der Störung auch nur bewußt war, war gleichgültig. Die Klage war keine Deliktsklage, sondern sachlich negatorisch. Das Verbot geschah im modernen Zivilprozeß unter Androhung von Strafe. Einreden waren keine anderen zulässig, als 1. die der Verjährung von einem Jahre für jede Klage aus einer begangenen Störung; 2. die exc. vitii, d. h. daß der Kläger den Besitz vi, clam oder precario vom Beklagten erlangt habe; fehlerhafte Erlangung von Dritten schadete nicht. Die Einrede war mit dem Gedanken verbunden, daß der fehlerhafte Besitz dem alten Besitze gegenüber eigentlich gar kein wirklicher Besitz, sondern nur fortwährende

[1] Wendt, Faustrecht oder Besitzverteidigung und Besitzverfolgung. 1884.

Störung des rechtlich relativ fortdauernden alten Besitzes und insofern stets noch Einrede, ja sogar Klage auf Unterlassung der Störung, d. h. auf Rückgabe der Sache, begründet sei (sogenannte rekuperatorische Wirkung des U. P.).

Wenn der Besitz selber unter den Parteien streitig war, und jeder behauptete, daß er im Besitze sei und vom anderen gestört werde, so galt die Klage als duplex[1], d. h. jeder galt als Kläger bezw. Widerkläger und konnte verurteilt werden. Zur Entscheidung des Besitzstandes mußte dabei meistens auf die Anfänge der beiderseitigen Besitzhandlungen, also auf das Alter des Besitzes, zurückgegangen werden. Dadurch wurde der Prozeß natürlich leicht sehr verlängert, und daher hat man im Mittelalter noch eine interimistische schleunige Feststellung des Besitzes für die Dauer des Prozesses eingeführt. Man sah dabei nur auf die jüngste d. h. die letzte ruhige Besitzhandlung. Später hat man daraus eine eigene Besitzklage für den jüngsten Besitz im Gegensatze zum älteren, d. h. eigentlichen, Besitze gemacht. Man unterscheidet beide als Possessorium summariissimum und ordinarium[2]. Nach der Zivilprozeßordnung wurde die interimistische Besitzregulierung durch sogenannte einstweilige Verfügungen des Gerichts bewirkt.

2. Ein interdictum recuperandae possessionis muß in allen Fällen zulässig sein, wo der Besitz dem Besitzer wider seinen Willen von einem anderen entzogen wird, mag es mit oder ohne Gewalt, offen oder heimlich, bona oder mala fide, mit Bewußtsein oder im Irrtume, direkt oder durch Vermittlung von Vertretungsverhältnissen geschehen. In Rom waren zwar anfangs nur für den Fall der gewaltsamen Dejektion und der dolosen heimlichen Okkupation Interdikte gegeben, das Unde vi und eines de clandestina poss.; indessen ist das letztere später weggefallen, weil überhaupt jede Besitznahme ohne Wissen und Wollen des bisherigen Besitzers der Gewalt gleichgestellt wurde, wenigstens dann, wenn der neue Besitzer dem alten, der nach erlangter Kenntnis die Rückgabe verlangt, sie verweigert. Dagegen war das Interdikt bei eigener Fortgabe der Sache nicht anwendbar: geschah diese im Irrtume oder aus Zwang oder Betrug, so traten die betreffenden Aktionen und Kondiktionen ein; war sie zu bloßer Detention mit Pflicht der Rückgabe erfolgt, wie bei Miete und Leihe, so ging der Besitz noch gar nicht verloren; bei Hingabe zu precarium konnte zwar auch der Besitz (abgeleiteter) überlassen werden, doch mußte auch hier bei Weigerung der Rückgabe eigentlich aus dem Vertrage geklagt werden; zwar haben die Römer hier von einem älteren Standpunkte aus ein besonderes interd. Quod precario aufgestellt, indessen war dieses nicht eigentlich possessorisch, da es für alle Prekarien, auch die zu bloßer Detention, gilt und stets den Beweis des precarium voraussetzt. Bei Verlust durch Zufall oder eigenes Versehen gab es aus dem bloßen Besitze als solchem eine Rekuperationsklage nicht.

Das int. U. V. war nun in seiner Durchführung aktiv zwar nur für den eigentlichen Besitzer gegeben, nicht für den bloßen Detentor (außer bei Quasibesitz), doch konnte in Abwesenheit des ersteren der letztere für ihn klagen; passiv ging es nur gegen den Dejizienten und die, für die er etwa dejiziert hat, nicht gegen sonstige Dritte. Dem Objekte nach galt es nur für Immobilien, bei Mobilien nur Utrubi und condictio. Die Einreden waren sehr beschränkt. Die exc. vitii war von Justinian ganz ausgeschlossen, der Dejizierte soll klagen, nicht wieder dejizieren; Verjährung war nur für den Schadenersatz auf ein Jahr beschränkt.

Im Mittelalter wurde die rekuperatorische Besitzklage unter Einwirkung germanischer Rechtsideen durch eine aus dem can. Redintegranda der Pseudo-Isidorischen Dekretalien abgeleitete Klage, die man später in Frankreich Réintegrande, in Deutschland actio spolii nannte, in der Praxis vielfach sehr erweitert, jedoch ohne feste Grenze. Unzweifelhaft war nur die Ausdehnung auf Mobilien und gegen den Dritten, der spolii conscius die Sache vom Dejizienten erworben hat; doch hatte das Reichsgericht (Entsch. V 164) auch die Erstreckung der Klage auf den Pächter und überhaupt auf den, welcher im eigenen Interesse detinierte, angenommen.

[1] Eck, Die doppelseitigen Klagen des römischen Rechts. 1870.

[2] Bruns, Der ältere Besitz und das possessorium ordinarium, im Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts IV 1.

II. Das Eigentum[1].

§ 33. Begriff des Eigentums. Das Eigentum ist die rechtliche Herrschaft oder das Recht der Herrschaft der Person über die Sache. Sein Wesen beruht auf der allgemeinen Unterwerfung der Sache unter den Willen der Person, daß diese also an sich zu jeder denkbaren und möglichen Willensbeziehung zur Sache berechtigt ist, sofern nicht besondere einzelne Ausnahmen und Beschränkungen da sind. Wesentlich für den Begriff ist:

1. einerseits die Einheit und Allgemeinheit der Herrschaft. Man darf das Eigentum nicht mit der älteren Theorie als eine Häufung einzelner Herrschaftsrechte, Besitz, Nutzung u. s. w. auffassen, sondern nur als ein in sich einiges Recht, von dem jene Rechte nur die einzelnen Konsequenzen und Ausübungen sind. Darum ist auch eine eigentliche Teilung des Eigentums nur quantitav nach Quoten, nicht aber qualitativ nach den einzelnen in ihm enthaltenen Rechten möglich. Dadurch würde der ganze Begriff verloren gehen. Die ältere Theorie nahm zwar ein solches dominium divisum nach Proprietäts- und Nutzungsrechten an, indessen liegt dabei in Wahrheit ein anderes Prinzip zu Grunde, worüber in § 42 näheres;

2. die Möglichkeit von Beschränkungen. Man darf das Eigentum nicht, wie allerdings in der Regel geschieht, als die volle, unbeschränkte, ausschließliche Herrschaft über die Sache bestimmen. Dann würde ja durch die Beschränkung sein Begriff aufgehoben. Man kann es nur als die allgemeine Herrschaft bezeichnen. Das Allgemeine schließt alles Einzelne als Regel von selbst in sich, wird aber durch einzelne Ausnahmen nicht aufgehoben. Die Beschränkungen sind aber in doppelter Weise möglich: a. so, daß gewisse Rechte des Eigentums durch besondere gesetzliche Bestimmungen ganz von ihm abgelöst und weggenommen werden, so daß das positive Eigentum insoweit dann ein beschränkterer Begriff ist als das natürliche; b. so, daß nur die Ausübung einzelner Eigentumsrechte zeitweise oder bestimmten Personen gegenüber beschränkt ist. Das letztere ist namentlich bei den sogenannten iura in re aliena, wie Servituten und Pfandrecht. Diese darf man sich nicht, wie oft geschieht, so denken, als ob hier gewisse Rechte aus dem Eigentume ganz ausgeschieden und abgelöst und auf andere übertragen würden, so daß der Eigentümer sie gar nicht mehr hätte; dies würde den Begriff des Eigentums selbst jedesmal aufheben. Man muß vielmehr daran festhalten, daß der Eigentümer an sich und im allgemeinen alle Rechte des Eigentums vollständig behält und nur gewisse Herrschaftsbefugnisse über die Sache einem Nichteigentümer einräumt, deren Ausübung dann, soweit diese reicht, den Eigentümer in der Ausübung seines Eigentums beschränkt, während dasselbe an sich und daher allen Dritten gegenüber in seinem ganzen Umfange mit allen Rechten ungeschmälert bestehen bleibt. Nur daraus erklärt sich, daß der Eigentümer jene Befugnisse stets auch selber ausüben darf, sofern er dadurch das fremde Recht nicht beschränkt, daß er sein Eigentum allen Dritten gegenüber fortwährend unbeschränkt geltend machen kann, und daß, wenn jene Rechte erlöschen, er sie nicht erst besonders wieder zu erwerben braucht, sondern sein Eigentum ganz von selbst wieder völlig unbeschränkt dasteht.

Die allgemeine Herrschaft über die Sache schließt drei Beziehungen zu derselben in sich: Besitz, Benutzung und Verfügung. Man kann das Recht dazu insofern als den Inhalt das Eigentums bezeichnen. Das Besitzrecht schließt die Vindikation in sich, die Benutzung umfaßt den Gebrauch und die Früchte, die Verfügung besteht in der faktischen durch Veränderung und Zerstörung der Substanz und der rechtlichen durch Veräußerung, sowohl volle als beschränkte. In allen drei Beziehungen ist eine positive und negative Seite, eigene Einwirkung uud Ausschließung fremder (ius prohibendi), zu unterscheiden. An sich sind alle diese Eigentumsrechte natürlich bei jeder Sache, indessen treten sie in ihrem vollen Umfange praktisch doch nur beim Grundeigentume, d. h. dem Eigentume an Grundstücken (Häusern oder Feldern) hervor, unterliegen aber hier auch manchen

[1] Randa, Das Eigentumsrecht nach österr. Recht mit Berücksichtigung des gemeinen Rechts und der neueren Gesetzbücher I (2. Aufl.) 1893.

besonderen Beschränkungen, namentlich wegen der hier unvermeidlichen Beziehung zu den Nachbarn (sogenanntes Nachbarrecht). Besonders hervorzuheben sind folgende Punkte:

1. Die Nutzung des Bodens. Dem Eigentümer gehört an sich die ganze Substanz seines Bodens, und zwar auch unter der Erdfläche, soweit er kommen kann, also nicht nur die Erde, sondern auch Steine, Sand, Ton, Torf, Kohlen, Mineralien. Doch ist dies durch das Bergwerksrecht schon nach römischem und noch mehr nach heutigem Rechte mannigfach beschränkt. Vergrabene Sachen, besonders Schätze, gehören nicht zur Bodensubstanz, darum auch nicht zum Eigentume, wohl aber alles Wasser auf und im Boden, solange es darauf ist, jedoch mit Beschränkungen bei Mineralquellen und bei Bächen, wegen Bewässerung, Mühlen, Fabriken u. a., endlich auch alle Pflanzen, sofern sie im Boden wurzeln, und mit ihnen die Früchte darauf. Dagegen gehört alles, was nur auf dem Boden ist, wie Tiere und Gerätschaften, nicht zum Boden, wenn es auch darin befestigt ist, darum eigentlich auch Gebäude nicht, doch sind darüber besondere Bestimmungen (unten § 34 s).

2. Handlungen und Anlagen auf dem Boden. Im allgemeinen darf der Eigentümer auf und mit seinem Boden tun und machen, was er will, wenn es auch den Nachbarn unangenehm, lästig, selbst schädlich ist. In dem zusammengedrängten sozialen Leben der Menschen kann dies aber natürlich nicht rücksichtslos durchgeführt werden, so namentlich bei baulichen Anlagen und Gewerbebetrieben. Erst die heutige Zeit mit ihrer gesteigerten Betriebsamkeit hat aber die Gefahren und Bedürfnisse, die in dieser Beziehung entstehen können, vollständiger hervortreten lassen. Das römische Recht verbietet nur positive Beschädigungen der Nachbarsachen und Immissionen körperlicher Stoffe, wozu aber auch Rauch und Gestank gehören, jedoch nur die unmittelbaren, nicht auch die durch die gewöhnlichen Naturverhältnisse vermittelten.

3. Unterlassungen. Der Eigentümer ist bei Nachteilen, die den Nachbarn aus der natürlichen Beschaffenheit seines Bodens drohen, nicht verpflichtet, positive Handlungen zur Abwendung vorzunehmen. Künstliche Anlagen jeder Art, namentlich Gebäude, darf er dagegen nicht zum Schaden der Nachbarn verfallen lassen. Das römische Recht gibt dem Nachbar jedoch keine direkte Klage auf Erzwingung der Reparatur, sondern nur ein Recht auf eine Kaution wegen des drohenden „damnum infectum", ohne diese aber auch nach Eintritt des Schadens keine Ersatzklage.

4. Fremde Eingriffe. Zum Grundeigentume gehört stets von selbst der ganze Raum über und unter der Bodenfläche, soweit er für die Benutzung des Grundstücks Wert hat. Der Eigentümer kann daher jedes Eindringen in denselben, sowohl persönliches als sachliches durch Vorrichtungen, verbieten und mit Gewalt verhindern. Davon sind nur wenige Ausnahmen. Der Nachbar braucht die überhängenden Zweige seiner Bäume nur bis fünfzehn Fuß von der Erde zu lichten, seine Mauern dürfen 1/2 Fuß schief werden, und seine irgendwie herübergekommenen Sachen darf er abholen, übergefallene Früchte jedoch nur „tertio quoque die".

§ 34. Die Erwerbsarten des Eigentums[1] lassen sich nach verschiedenen Rücksichten in verschiedener Weise einteilen und ordnen. Die römische Ordnung nach acquisitio civilis und naturalis, singularis und universalis ist jedoch für uns keinesfalls mehr brauchbar. Die passendste Ordnung ist wohl die nach originären und derivativen Erwerbsgründen; nur muß man die Verjährung noch von beiden trennen, sie ist zwar ein originärer, aber kein selbständiger Erwerbsgrund, sondern eigentlich nur eine Ergänzung etwaiger Mängel der übrigen Titel.

I. Originärer Erwerb. Den Ausgang bildet hier die erste Unterwerfung der Sachen, die sogenannte Okkupation; dazu kommt dann Neubildung von Sachen, Zuwachs zu ihnen und Fruchterwerb.

1. Okkupation. Die Römer sehen ein allgemeines Zueignungsrecht des ein-

[1] Czyhlarz, Die Eigentumserwerbsarten des Pandektentitels 41, 1 (= Glücks Pandektenkommentar, Serie der Bücher 41. 42, Teil 1).

zelnen Menschen gegen die einzelnen Naturgegenstände als natürliches Recht an und folgern daraus, daß herrenlose Sachen jedermann in Besitz nehmen kann und damit von selbst das Eigentum daran erwirbt. Herrenlos sind aber nicht nur die Sachen, die noch nie einen Herrn gehabt haben, sondern auch die, die ihn wieder verloren haben, und die, bei denen er nicht anerkannt wird. Zu den ersten gehören alle wilden Tiere jeder Art und alle Erträgnisse des Meeres. Das römische Recht hat absolute Jagdfreiheit, nur braucht niemand unbefugtes Betreten seines Bodens zu dulden[1]. Neue Herrenlosigkeit tritt ein bei freigewordenen wilden Tieren, bei derelinquierten Sachen und bei Schätzen. Bei den letzteren ist jedoch zuerst von Hadrian eine nicht unbillige Berücksichtigung des Eigentümers, in dessen Boden der Schatz gefunden ist, eingeführt. Dieser soll stets die Hälfte haben und, wenn der Finder danach gesucht hatte, sogar das Ganze. Für den Finder ist aber der Begriff Okkupation allmählich und kaum mit Bewußtsein in den der Entdeckung umgewandelt. Nicht anerkannt wird nach römischer Anschauung das Eigentum des Feindes im Kriege, und zwar ganz absolut. Im modernen Recht ist diese sogenannte occupatio bellica auf das Kriegsmaterial der Truppen und der Staaten beschränkt.

2. Spezifikation[2]. Die Sachen dienen den menschlichen Bedürfnissen nicht bloß durch ihren Stoff, sondern auch durch ihre Form. Die Form ist insofern nicht nur für ihren Wert von Einfluß, sondern bestimmt vielfach auch ihren ganzen Begriff im Verkehre, so daß bei Veränderung der Form die Sache geradezu als eine neue, andere (nova species) erscheint, und zwar nicht nur bei eigentlicher Umbildung des Stoffes, wie beim Brotbacken und Bierbrauen, sondern auch bei bloßer Bearbeitung desselben, wie bei Bildhauerei und allen Metallarbeiten. Unwesentliche Veränderungen der Form und daher ohne Einfluß auf den Begriff der Sachen sind dagegen Ausdreschen, Auspressen, Färben u. dgl. Bei den wesentlichen Veränderungen ist nun die Frage, ob mit der neuen Sache auch ein neues Eigentum anfange und für wen oder ob das alte bleibe. Die Römer haben das erstere stets angenommen, stritten aber, ob das Eigentum dem Herrn des Stoffs oder dem Spezifikanten zufalle. So wenigstens bei Veränderung durch Arbeit; bei Umbildung durch Natur oder durch Zerstörung wurde das Eigentum des alten Herrn wohl nie bezweifelt. Der Streit für den Fall der Arbeit beruhte aber nicht auf dem Gegensatze von Kapital und Arbeit in ihrem Werte, sondern lediglich auf dem formalistischen Prinzipe, daß die neue Sache „antea nullius fuit“ und darum dem Spezifikanten als Erzeuger zufalle. Den letzten Grund bildet daher doch das Okkupationsprinzip, und nur darauf beruht auch die von Justinian gebilligte Mittelmeinung, daß die neue Form dann als unwesentlich gelten und daher kein Eigentum begründen solle, wenn die alte Form wiederhergestellt werden könne. Die Ausschließung des Erwerbs bei mala fides ist auch mit dem Okkupationsprinzipe nicht unvereinbar. Die neueren Gesetze legen dagegen das Hauptgewicht auf die Arbeit, indessen begründet diese an sich nur ein Recht auf ihren Wert, nicht aber auf das Eigentum am Stoffe, und darum sind auch die Bestimmungen darüber sehr verschieden.

3. Accession[3]. Die Römer haben das Prinzip, daß jede als körperliche Einheit existierende Sache, deren Bestandteile also durch Natur oder Kunst physisch verbunden sind, auch rechtlich nur als Einheit behandelt werden kann, d. h. nur als ein Ganzes im Eigentume sein kann, nicht nach ihren verschiedenen Teilen, weil sonst das Eigentum am Ganzen mit dem an den Teilen in Widerspruch kommen könnte. Eine Folge dieses Prinzips ist, daß alles, was mit einer Sache physisch so verbunden wird, daß es nur noch einen Teil derselben bildet, auch rechtlich unter das Eigentum an ihr fallen muß

[1] Wächter, Das (römische) Jagdrecht, in den Abhandlungen der juristischen Fakultät zu Leipzig. 1868. I 331; Schirmer, (Römisches) Jagdrecht, in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte XI 311; Brünneck in Gruchots Beiträgen XVI (N. F. 1) 182—204); Wendt in den Jahrbb. für Dogmatik XIX 373 ff.; Schirmer, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für RG. III 23 ff.; Jhering Jahrbb. f. Dogmatik XXIII 244—252.

[2] Fitting, Die Spezifikation, im Archiv für d. civilist. Praxis XLVIII Nr. 1. 7. 13 u. LIX Nr. 14; Sulzer, Eigentumserwerb durch Spezifikation. 1884.

[3] Bechmann, Eigentumserwerb durch Accession. 1867; Goeppert, Über einheitliche, zusammengesetzte u. Gesammt-Sachen. 1871.

(accessio cedit principali), ohne Unterschied, von wem und wie die Verbindung bewirkt ist. Doch ist der Erwerb eben darum nur ein formeller, er trifft die Sache nur, insofern sie Teil ist, also nur solange, als die physische Verbindung dauert, fällt daher, sofern vollständige Trennung überhaupt möglich ist, mit dieser von selbst wieder weg. Auch kann in der Regel auf die Trennung geklagt werden, und der Verlierende kann bei widerrechtlicher Verbindung, wenn die Trennung nicht [möglich oder verboten oder unzuträglich ist, Schadenersatz verlangen.

Im einzelnen sind solche Accessionen sowohl bei Immobilien als Mobilien möglich. Bei den ersteren gehört dahin die Anspülung oder Anschwemmung von Erde bei Ufergrundstücken und außerdem das Bauen und Pflanzen. Wie eine Art Alluvion behandeln die Römer auch das Zurückweichen des Wassers im Flusse und sogar die Bildung von Inseln darin und sprechen daher das Eigentum des trockenen Flußbettes und der Insel den beiderseitigen Anwohnern von der Mitte aus zu. — Beim Bauen sehen die Römer jedes feste Gebäude als Teil des Bodens an und lassen daher kein getrenntes Eigentum daran zu, auch ist dabei schon nach den XII Tafeln jede Klage auf Niederreißung ausgeschlossen und nur Entschädigungsanspruch oder eigene Wegnahme im Falle des Besitzens zugelassen. — Bei Pflanzen ist, sobald sie Wurzel geschlagen und Nahrung gezogen haben, vollständige Trennung physisch nicht mehr möglich, darum der Erwerb unwiderruflich und nur Anspruch auf Entschädigung zulässig.

Bei Mobilien sind Accessionen in unendlicher Mannigfaltigkeit möglich. Der Begriff streift hier nahe an die Spezifikation hin, die auch in den neueren Gesetzen meistens mit der Accession verbunden ist. Der Unterschied liegt indessen darin, daß die Accession immer wesentlich eine Hauptsache voraussetzt, die als solche bleibt und zu der die andere nur als Nebenteil hinzukommt, so daß das Eigentum auch stets nur für den Eigentümer der Hauptsache entsteht, nicht gerade für den, der die Verbindung vornimmt. Was Haupt- und Nebensache sei, ist nach den Umständen den Verkehrsbegriffen gemäß zu bestimmen. Trennung hebt den Erwerb wieder auf und kann verlangt werden, falls sie möglich ist, sonst Entschädigung. Auch das Schreiben und Malen auf fremdem Material gehört hierher. Beim Schreiben ist das Material die Hauptsache, beim Malen hat Justinian das Gemälde für die Hauptsache erklärt, mit vollem Rechte, weil beim Schreiben der ideelle Inhalt vom Material getrennt werden kann, beim Gemälde nicht. — Die Vermischung von bloßen Quantitäten, flüssigen oder trockenen, kann nie als Accession gelten, sondern ändert, wenn sie lösbar ist, gar nichts am Eigentume, sonst aber begründet sie, falls nicht eine Spezifikation darin enthalten ist, Miteigentum oder doch Zulässigkeit einer Vindikation mit bloß quantitativer Bestimmung des Objekts. Nur wenn Geldstücke des einen mit dem Geldvorrat eines anderen ununterscheidbar vermengt werden, geht das Eigentum an ihnen ganz auf den Besitzer des Vorrats über[1].

4. Fruchterwerb[2]. Früchte sind die organische Erzeugung der Erde und der Tiere. Sie sind die Resultate der in den Dingen wirkenden Naturkräfte und gehören daher, da die Dinge mit ihren Kräften den Menschen gehören, stets von selbst dem Eigentümer der Muttersache. Sie bilden aber, solange sie mit dieser verbunden sind, nur einen Teil derselben und können daher solange in keinem selbständigen Eigentume stehen, weder für den Herrn der Sache noch für Dritte. Indessen sind sie kein einfach integrierender Teil, sondern ein vorübergehender, zur Ablösung bestimmter. Insofern ist ihre Ablösung ein eigener Begriff, nicht eine einfache Zerlegung der Sache. Daher tritt für den Eigentümer formell ein neuer Erwerb trotz der materiellen Kontinuität seines Eigentums ein, und für andere können im voraus feste Rechte auf den Fruchterwerb begründet werden, jedoch nur derivativ durch Ableitung von bestimmten Personen und in verschiedener Weise. Bei Pacht und ähnlichen Rechten liegt das Prinzip der Tradition zu Grunde, bei Nießbrauch dingliches Recht zur Perzeption, bei Emphyteuse absolutes

[1] J. Comte, Der Erwerb des Eigentums an Geldstücken durch Vermengung. Inauguraldissertation. Berlin 1887. Anders Niemeyer, Ztschr. f. Handelsrecht XLII 20 ff.

[2] Goeppert, Über die organischen Erzeugnisse. 1869.

Fruchtrecht wie beim Eigentümer. Ein eigentümliches Fruchtrecht hat außerdem der bonae fidei possessor. S. darüber § 38.

§ 35. II. Derivativer Erwerb. Dies ist der Erwerb des Eigentums durch Succession in das Eigentum einer bestimmten anderen Person, wobei also das Dasein und der Beweis des letzteren wesentliche Voraussetzung des Erwerbes bildet. Es ist dies bei weitem die wichtigste und häufigste und die ganze Bewegung des Eigentums im Verkehre vorzugsweise beherrschende Art des Erwerbes. Man kann dabei die materiellen Gründe des Überganges und die formelle Art seines Eintritts (titulus und modus) unterscheiden. Die ersteren können natürlich in den verschiedenartigsten Verhältnissen des ganzen Rechtssystems liegen. Der hauptsächlichste ist der eigene freie Wille des Eigentümers, der seine Sachen inter vivos oder mortis causa auf andere übertragen will. Dem gleich steht seine Intestatbeerbung. Sonst aber kann ohne oder wider seinen Willen Übergang seines Eigentums nur in selteneren Fällen begründet werden, durch Rechte seiner Gläubiger, richterliche Teilungen, Konfiskationen, zweite Ehe u. a. In betreff der formellen Art des Überganges war nach Pandektenrecht für alle Privatübertragungen inter vivos die Übergabe des Besitzes der Sache nötig, bei gerichtlichen oder kaiserlichen Übertragungen genügte das Dekret, in den anderen Fällen trat der Übergang mit den betreffenden Tatsachen von selbst ipso iure ein (transitus legalis). In allen diesen Fällen war nach gemeinem Rechte zwischen Mobilien und Immobilien nicht der mindeste Unterschied. Von Grundbüchern, Umschreibungen in denselben, gerichtlichen Auflassungen, und Konfirmationen u. dgl. war durchaus keine Rede. Es ist darum auch hier keine Rücksicht weiter darauf zu nehmen und nur das Recht der Tradition[1] näher zu bestimmen.

Es ist römisches Prinzip für den Privatverkehr, daß die rechtliche Herrschaft über Sachen nur durch die faktische übertragen und erworben wird, nicht durch bloßen Vertrag. Das ist der Grundgedanke der Tradition. Sie ist eigentlich keine bloße Form, sondern die äußere Realisierung des inneren Übertragungswillens und damit das prägnanteste und einzige durch die Sache selbst gegebene Mittel zur Scheidung des obligatorischen und dinglichen Elementes bei Übertragungsgeschäften. Die Tradition hat daher auch in Deutschland allgemeinen Eingang gefunden und trotz mancher Angriffe behalten, auch in den neueren Gesetzbüchern, ⟨wenigstens bei Mobilien, wogegen sie bei Immobilien allerdings dem Buchsysteme des B.G.B. hat weichen müssen.⟩ Das französische Recht hat sie ganz verworfen, aber ohne sein „système plus raisonnable“ konsequent durchzuführen.

Die einzelnen Erfordernisse der Tradition sind nicht positiver Natur, sondern nur die Konsequenzen ihres Begriffes als Besitzübergabe unter der Übereinkunft der Eigentumsübertragung. Sie bestehen nur in der Fähigkeit der Personen, nämlich Fähigkeit und Recht zur Veräußerung beim Tradenten und zum Erwerbe beim Accipienten, in dem übereinstimmenden Willen des Überganges und in der wirklichen Besitzübergabe. Eigentum übertragen kann in der Regel nur der Eigentümer selbst oder seine amtlichen oder beauftragten Vertreter, außerdem nur die Pfand- und Konkursgläubiger. Eigentum erwerben kann zwar jeder nicht ganz Handlungsunfähige, doch gibt es im gemeinen Recht relative Unfähigkeiten für einzelne Sachen oder Gründe, wie z. B. bei Schenkungen unter Ehegatten. — Die Willensübereinstimmung hat an sich nur die allgemeinen Erfordernisse der Rechtsgeschäfte. Zum konkreten Dasein eines wirklichen Übertragungswillens gehört indessen, weil die Rechtsgeschäfte nicht Willenscapricen, sondern Mittel für vernünftige Zwecke sind, als Motiv die Absicht, irgend ein auf Eigentumsübergang gerichtetes Rechtsverhältnis, wie Kauf, Schenkung, Schuld u. a., auszuführen, im Gegensatz zu solchen, die bloß auf Detention gerichtet sind, wie Miete, Leihe, Pfand. Ganz abstrakt kann man den Übertragungswillen nicht haben. Jene Absicht ist die sogenannte causa traditionis[2]. Über ihre Bedeutung war in der Pandektentheorie

[1] Leist, Mancipation und Eigentumstradition. 1865; Exner, Rechtserwerb durch Tradition. 1867.
[2] F. Hofmann, Lehre vom titulus und modus adquirendi und von der iusta causa tradi-

hauptsächlich die Lehre vertreten, daß man sie nur als subjektives Motiv fordern darf, nicht als wirklich voraufgegangenes gültiges Geschäft, der eigentlich wirkende Grund ist immer der Wille selbst. Darum hindere bloß irrtümliche Annahme oder rechtliche Ungültigkeit einer causa den Übergang nicht, auch nicht Differenz der Parteien über dieselbe. Nur versteht sich, daß persönliche Rückforderungsrechte (condictiones sine causa) durch den Mangel der causa begründet sein können. Ausnahmsweise hatten allerdings einzelne causae annullierende Kraft, z. B. Schenkungen unter Ehegatten oder ultra modum u. a. — Die Besitzübergabe ist nach den Besitzgrundsätzen zu beurteilen; darum ist keine wirkliche Übergabe nötig, wenn der Empfänger die Sache schon in Detention hat (traditio brevi manu), oder der Geber sie vorläufig noch für ihn in Detention behält (constitutum possessorium).

§ 36. III. Die Ersitzung[1]. Die Erfordernisse der Erwerbstitel des Eigentums, namentlich der derivativen, sind zum Teil so kompliziert, daß Anfechtungen derselben wegen irgend welcher Mängel sehr leicht möglich sind und, wenn dies lange Zeit zulässig wäre, die Sicherheit jedes Eigentums sehr gefährdet sein würde. Dazu kommt, daß nach langer Zeit auch der Beweis der Titel überhaupt, namentlich bei Mobilien, oft äußerst schwierig, ja fast unmöglich ist. Diese Umstände machen die Anwendung des allgemeinen Verjährungsprinzips (§ 22) auf den Eigentumserwerb zu einer praktischen Notwendigkeit und zwar in den zwei Beziehungen, zunächst die Mängel der Titel zu ergänzen, und dann auch die Titel selbst zu ersetzen. Beides findet sich im römischen Rechte, das erstere schon früh in den XII Tafeln, das letztere erst spät bei Justinian. Die Pandektentheorie unterscheidet beides als ordentliche und außerordentliche Ersitzung. Die Grundlage für beides ist der fortgesetzte Besitz. Indessen handelt es sich dabei nicht bloß um exstinktive Aufhebung fremder Ansprüche, sondern auch um positive Begründung des Eigentums und seiner Klage gegen Dritte. Die Verjährung erscheint daher hier als akquisitive usucapio, Ersitzung. Der Erwerb des Eigentums durch den Besitz ist das Primäre, die Aufhebung des bisherigen Eigentums nur die Folge davon. Eine praktische Konsequenz ist übrigens, daß auch der wirkliche erweisliche Eigentümer sich durch Berufung auf die Ersitzung den Beweis seines Titels erleichtern oder entbehrlich machen kann. Faktisch ist dies bei uns sogar vielleicht die häufigere Anwendung. Puchta ließ sich dadurch verleiten, darin das eigentliche Prinzip der Ersitzung zu sehen, offenbar nur, weil er die Folge mit dem Grunde verwechselte.

1. Die ordentliche Ersitzung. Ihr Prinzip ist, daß wer eine Sache aus einem an sich rechtmäßigen, aber mit irgend einem Mangel behafteten Eigentumstitel in Besitz erworben hat, wenn er dabei bona fide, d. h. mit Redlichkeit gehandelt hat[2], durch fortgesetzten Besitz das Eigentum erwirbt, bei Mobilien in drei Jahren, bei Immobilien in zehn Jahren (oder, wenn der Gegner in einer anderen Provinz wohnt, in zwanzig Jahren), außer in gewissen Ausnahmsfällen. Diese sind aber sehr weitgreifend. Zunächst sind alle Sachen des Staates, des Kaisers, der Städte, Kirchen und Stiftungen und auch die aller Minderjährigen ausgeschlossen; dann alle, die gegen gesetzliche Veräußerungsverbote veräußert sind; ferner ruht die Verjährung bei rechtlicher Verhinderung des Eigentümers an der Vindikation; und endlich sind, um die Eigentümer gegen die Folgen von Diebstahl, Gewalt und Veruntreuung zu schützen, alle res furtivae, vi pos-

tionis. 1873; Sotmar, Über causa. 1875. S. 152—179. Gegen die im Text vertretene Herabsetzung der iusta causa zu einem bloß subjektiven Motiv vgl. jedoch Eisele, Jahrbb. f. Dogm. XXIII 1 ff. und Strohal, daselbst XXVII 335 ff.

[1] Unterholzner, Verjährungslehre. 2 Bde. 1827. 2. Aufl. von Schirmer. 1858; Schirmer, Grundidee der Usucapion. 1855.

[2] Stintzing, Wesen von bona fides und titulus. 1852; Schirmer, Bona fides und iustus titulus, in der Zeitschrift für Civilrecht N. F. XV Nr. 7. 9. 1854; Fitting, Wesen des Titels bei der Ersitzung, im Archiv f. d. civilist. Praxis LI Nr. 1. 15, LII Nr. 1. 9. 16; Wächter, Die bona fides, insbes. bei der Ersitzung des Eigentums. 1871; Bruns, Das Wesen der bona fides bei der Ersitzung. 1872 und im Archiv. f. d. civilist. Praxis LVII 275 ff.; A. Pernice, M. A. Labeo. II 2. Aufl. 210 ff.; Klein, Sachbesitz u. Ersitzung. 282 ff.

sessae, von einem malae fidei possessor ohne Wissen des Eigentümers veräußerten Sachen ausgenommen. Bei Mobilien ist dadurch die Usukapion fast unmöglich gemacht, weil der römische Begriff „furtum" viel weiter ist als der deutsche „Diebstahl" und die ganze Unterschlagung mit in sich schließt. Danach können Mobilien wider Willen des Eigentümers nur äußerst selten ohne furtum in fremden Besitz kommen, wie z. B. wenn ein Erbe fremde Sachen für Erbschaftssachen hält und verkauft oder verschenkt. Die neueren Gesetzbücher haben daher diese Ausnahme wieder beschränkt, jedoch in verschiedener Weise. — Dagegen ist das Erfordernis des Titels im römischen Rechte sehr bedeutend erleichtert durch die Zulassung des sogenannten Putativtitels, indem es genügt, wenn man gerechten Grund hatte, das Dasein eines Titels, d. h. der dazu gehörigen Tatsachen, anzunehmen. Andererseits ist wieder das Erfordernis der bona fides durch das kanonische Recht sehr gesteigert. Während das römische die fides nur im Anfange beim Erwerbe forderte, verlangt das kanonische sie während der ganzen Usukapionszeit. Dies ist besonders wichtig auch wegen der Erben. Die Erben gelten auch bei der Usukapion einfach als Fortsetzer des Erblassers, ihre mala fides ist daher wie eine spätere des Erblassers selbst, also nach römischem Rechte unschädlich, nach kanonischem schädlich. Die mala fides des Erblassers schadet dem Erben natürlich stets, nach römischem Rechte zwar nur die anfängliche, nach kanonischem jede. Bei Singularsuccessionen ist auch Anrechnung des Besitzes des Autors zulässig (accessio possessionis), aber immer nur, wenn beide Besitze usukapionsmäßig sind.

2. Die außerordentliche Ersitzung. Es ist die Ersitzung durch Besitz von dreißig Jahren, die Justinian durch Ausdehnung der dreißigjährigen Klagenverjährung gebildet hat. Ihre Hauptbedeutung ist, daß die lange Dauer des Besitzes den ganzen Titel ersetzen soll, sofern nur bona fides da war (auch hier nach römischem Rechte nur beim Anfange, nach kanonischem fortwährend). Indessen hat sie noch die weitere Bedeutung, daß hier alle Ausnahmen der ordentlichen Ersitzung, auch die wegen Furtivität, wegfallen. Dagegen gelten die Ausnahmen von der dreißigjährigen Klagenverjährung, namentlich die vierzig Jahre bei Staat und Kirche, auch hier.

§ 87. Die Verlustgründe des Eigentums ergeben sich aus den Erwerbsgründen von selbst. Auch die Klage aus dem Eigentume ist in ihrem allgemeinen Wesen schon oben (§ 24) beim Begriffe der Klage überhaupt bestimmt, doch ist darüber hier nochfolgendes Nähere anzuführen. Die Eigentumsklage wird, wie gezeigt ist, durch Nichterfüllung der negativen Eigentumspflicht, also durch positive Störung der Eigentumsherrschaft über die Sache begründet. Diese ist in doppelter Weise möglich, durch völlige Vorenthaltung der faktischen Herrschaft, also des Besitzes, oder durch bloße Eingriffe in dieselbe. Im ersten Falle geht die Klage auf Erlangung des Besitzes, im zweiten auf Abwehr der Eingriffe. Man unterscheidet danach positive und negative Eigentumsklage, vindicatio und actio negatoria.

1. Die Vindikation ist also die Klage, die der nichtbesitzende Eigentümer auf Grund seines Eigentums gegen den besitzenden Nichteigentümer auf Herausgabe der Sache anstellen kann. Verbunden werden können damit sekundäre Ansprüche auf Ersatz für Früchte, Beschädigung u. s. w. nach dem oben § 24 angegebenen Prinzipe. Das Klagerecht auf Herausgabe des Besitzes ist einfache reine Konsequenz des Besitzrechtes des Eigentümers, bloße Geltendmachung des Eigentums. Daher ist die Klage an sich ganz absolut und unbedingt gegen jeden Besitzer der Sache begründet, und kann nur etwa indirekt durch besondere Rechte des Besitzers, dingliche oder obligatorische, gehindert oder beschränkt werden. Dagegen kann darauf an sich nichts ankommen, auf welche Weise der Besitzer die Sache bekommen hat, ob mit oder ohne Rechtsgrund, bona oder mala fide, gegen Entgelt oder umsonst, u. s. w. Er muß die Sache in allen Fällen gleichmäßig herausgeben und kann sich nur an seinen etwaigen Autor halten, auch ist der Vindikant nicht verpflichtet, ihn in irgend einer Weise zu entschädigen, namentlich ihm seinen gezahlten Kaufpreis zu ersetzen. Alle derartigen Beschränkungen sind Beschränkungen des Eigentums selber. Durch die Ersatzpflicht namentlich kann dem Eigentümer der eigentliche Wert seines Eigentums vollständig entzogen werden. Volles Eigentum

und absolute Vindikation gehören wesentlich zusammen. Das römische Recht hat diese Konsequenz auch vollständig und unbeschränkt gezogen und zeichnet sich dadurch aus. Zur Beseitigung der Nachteile, die sich für den Verkehr daraus ergeben können, dienen Spezifikation und Usukapion, namentlich die alte kurze Mobilienusukapion. Das ältere deutsche Recht hat diese absolute Vindikation nicht gehabt, und infolge davon ist sie auch in den neueren Gesetzbüchern gegen den redlichen Besitzer mehrfach beschränkt, namentlich schon im älteren deutschen Handelsgesetzbuche bei den im Handelsverkehre erworbenen Sachen und jetzt im Bürgerlichen Gesetzbuch §§ 932 ff.

Zur Begründung der Vindikation gehört natürlich der Beweis des Eigentums. Dabei tritt hauptsächlich der Unterschied der originären und derivativen Titel praktisch hervor. Bei den ersteren genügt stets der Beweis des Titels an sich, bei den letzteren hilft der Titel nur, wenn der Autor das Eigentum hatte, folglich muß auch dieses bewiesen werden und dann das des auctor auctoris u. s. w. Zur Erleichterung dieser „probatio diabolica" greifen zwar Spezifikation und Usukapion ein und können auch die Besitzklagen und die actio Publiciana benutzt werden, indessen bleibt die Schwierigkeit doch immer noch groß genug, wenigstens nach der modernen Beweistheorie, denn bei den römischen Geschworenen scheint die Sache keine so großen Schwierigkeiten gemacht zu haben, und noch weniger bei dem Eidrechte im alten deutschen Rechte. Daher hat man seit dem Mittelalter in verschiedener Weise nach weiteren Erleichterungen gesucht, besonders durch Präsumtion und durch Ausdehnung der Besitzklagen und der actio Publiciana. Zu festen Resultaten hat dies aber nicht geführt und namentlich nicht zu einer festen deutschen Vindikation aus bloßem Besitz[1], welche erst durch das B.G.B. (§ 1007, vgl. auch 1006) fest gegründet worden ist.

2. Die actio negatoria. Dies ist die Klage des Eigentümers gegen alle Beeinträchtigungen seines Eigentums ohne Besitzentziehung, also wenn andere sich Einwirkungen auf die Sache erlauben oder den Eigentümer an der freien Einwirkung hindern. Der Hauptfall ist die Anmaßung von Servituten. Die Klage geht dann auf Aberkennung derselben und Verbot fernerer Anmaßung. Sie ist insofern eine negative Servitutenklage zum Schutze der Freiheit der Sache von Servituten. Indessen ist sie darauf nicht beschränkt, sondern auch bei anderen Beeinträchtigungen möglich, z. B. wenn fremde Sachen irgendwie auf ein Grundstück kommen und nicht wieder abgeholt werden. Der Klagegrund ist allgemein, daß der Eigentümer vermöge seiner allgemeinen Herrschaft über die Sache alle Eingriffe verbieten kann, zu denen der andere nicht ein besonderes Recht hat. Dieses Verbietungsrecht ist keine Zugabe zum Eigentume oder eine besondere Freiheit des Eigentums, sondern von selbst in ihm enthalten, nur seine negative Seite, und die Geltendmachung desselben nur die Eigentumsklage in negativer Richtung. Darum braucht auch der Eigentümer bei der actio negatoria nur sein Eigentum, nicht auch die Freiheit desselben zu beweisen[2], die Behauptung der Servitut ist vielmehr eine Einrede, die der Beklagte beweisen muß. Auch der Quasibesitz der Servitut ändert dies nicht. Ungenau ist es, zu sagen, die Präsumtion sei stets für die Freiheit des Eigentums.

§ 38. Neben dem absoluten Rechte des Eigentums muß noch eine gewisse relative Berechtigung nach Analogie des Eigentums bei demjenigen anerkannt werden, der eine Sache aus einem Eigentumstitel in gutem Glauben an sich gebracht hat, aber das Eigentum nicht erwarb, weil es sein Autor nicht hatte oder der Titel sonst einen ihm unbekannten Mangel hatte (bonae fidei possessio). Er hat zwar kein absolutes Recht, aber doch relativ mehr Recht auf Besitz und Genuß der Sache als der, welcher die Sache ohne Titel oder in bösem Glauben an sich bringt. Der redliche titulierte Besitzer muß

[1] Dies behauptete Delbrück, Die dingliche Klage des deutschen Rechts. 1857. Gegen denselben Bruns, Der ältere Besitz, im Jahrbuch des gemeinen Rechts IV 1. — Gegen das Erfordernis der probatio diabolica neuerdings Wendt, Arch. f. civ. Praxis 76. 397 f.; Pflüger das. 77. 16 ff. und 78. 311; anderseits wieder Meyer ebenda 77. 364 ff.; 79. 446 ff.

[2] H. Pernice, Onus probandi in act. conf. et neg., in dessen Comment. iur. Rom. 1855. p. 125; H. Witte in der Zeitschrift für Civilrecht N. F. XIII 378 ff.

daher, wenn er den Besitz verliert, eine Klage nach Analogie der Vindikation haben, die gegen jeden schlechteren Besitzer geht, nicht aber gegen den gleich guten oder gar gegen den Eigentümer. Das römische Recht hat eine solche Klage in der prätorischen actio Publiciana[1]. Dabei ist nur die Beschränkung, daß der redliche Besitz als Usukapionsbesitz aufgefaßt, und daher bei allen von der Usukapion ausgeschlossenen Sachen, namentlich den res furtivae, auch die Klage ausgeschlossen ist. In der Sache selbst ist dies nicht begründet, sondern nur historisch zu erklären, auch schon von den Römern selbst nicht konsequent festgehalten. Im gemeinem Rechte hatte es gar keinen Sinn, und keinesfalls durfte man es durch den kanonischen Satz von der mala fides superveniens noch ausdehnen.

Eine Folge des Prinzips der Publiciana war, daß auch der Eigentümer, da er ja stets Titel und fides haben muß, die Klage anstellen konnte, sofern die Sache in fremden Händen ist, und daß er sich dadurch dann den Eigentumsbeweis ersparen konnte. Verkehrterweise hat man in dieser Beweiserleichterung den Grund der Klage — statt der Folge — sehen wollen. Die Römer sprechen gar nicht davon.

Die Anerkennung des relativen Eigentums ist schon von den Römern zu weiteren Konsequenzen entwickelt. Zunächst gehört dahin der Satz, daß der bonae fidei possessor das Eigentum der Früchte mit der bloßen Separation erwirbt; bei der Vindikation muß er zwar die noch existierenden dem Eigentümer herausgeben, doch ist dies wahrscheinlich erst eine prinziplose Neuerung des späteren Kaiserrechts[2]. Dann ferner, daß auch bei anderen Eigentumsrechten der bonae fidei possessor dem Eigentümer gleich behandelt wird, solange dieser nicht auftritt, z. B. bei der actio negatoria, Veräußerungsverboten, Verpfändungen u. a. Das Pandektenrecht hat dies Prinzip ganz allgemein angenommen, so daß in allen Fällen und Beziehungen, wo das Eigentum als Präjudizialpunkt in Betracht kommt, wie namentlich bei allen Realrechten, besonders Servituten, der titulierte redliche Besitz gleiches Recht hatte und sein Beweis genügte. Man nannte dies in der Praxis publizianisches oder prätorisches Eigentum.

III. Die Servituten[3].

§ 39. Daß neben dem Eigentume, als der allgemeinen Herrschaft über die Sache, andere Personen spezielle beschränkte Rechte an der Sache haben können, und in welchem Verhältnisse diese dann zu dem Eigentume stehen, ist oben § 33 gezeigt. Sie können sich entweder auf die Sache als Gegenstand der physischen Benutzung beziehen oder auf die Sache als Objekt von einem bestimmten ideellen Werte, der sich durch Verwertung der Sache realisieren läßt. Das letztere ist das Pfandrecht. Die ersteren können einen sehr verschiedenen Inhalt und Umfang haben und danach auch in verschiedener Weise klassifiziert werden. Der Hauptunterschied scheint der zu sein, ob die Rechte auf spezielle einzelne Nutzungsarten, z. B. Wege-, Wasser-, Weidenutzung, gehen oder auf die gesamte Benutzung, Gebrauch und Fruchtgenuß. Die Römer scheiden aber nicht einfach auf diese Weise. Sie trennen vielmehr bei den Rechten auf die gesamte Benutzung die, welche nur einer Person als solcher, also höchstens auf Lebenszeit, zustehen (Nießbrauch), von denen, die vererblich und veräußerlich sind (Erbpacht), verbinden die ersteren mit den speziellen Nutzungsrechten und stellen beide zusammen unter den gemeinsamen Begriff Servituten. Man hat dies vielfach als unlogisch getadelt. Indessen liegt dabei ein sehr richtiger praktischer Gesichtspunkt zu Grunde. Die vererblichen und veräußerlichen Rechte auf die gesamte Benutzung, also die sogenannten Erbpachtsrechte, nehmen im Verhältnisse zum Eigentume und überhaupt im praktischen Leben eine völlig andere Stellung ein als die rein persönlichen. Bei der Erbpacht verliert der Eigentümer die unmittelbare Nutzung seiner Sache für immer oder wenigstens für unbestimmte Zeit und bekommt sie

---

[1] Huschke, Publicianische Klage. 1874; Brinz, Zum Rechte der bonae fidei possessio, Festgabe für Arndts. 1875, und Lehrbuch I (2. Aufl.) §§ 178. 179.

[2] Czyhlarz, Eigentumsarten S. 514 ff.; a. A. Petrazycki, Die Fruchtverteilung beim Wechsel der Nutzungsberechtigten 1892. S. 87 ff.

[3] Elvers, Die römische Servitutenlehre. 1856; Schönemann, Die Servituten. 1866.

nur indirekt durch Verpflichtung des Berechtigten zu bestimmten Leistungen wieder. Es entsteht dadurch ein dauerndes Verhältnis von Über- und Unterordnung, gewissermaßen Ober- und Untereigentum, was beim ländlichen Grundeigentume auch eine weitgehende soziale Bedeutung gewinnt. Bei den rein persönlichen Nießbrauchsrechten ist davon keine Rede. Sie erscheinen als vereinzelte, meist kurze Benutzungen fremder Sachen wegen spezieller Verwandtschafts- oder Freundschaftsverhältnisse. Sie bewirken zwar eine temporäre Hemmung oder Schmälerung der Nutzung des Eigentums, aber ohne dauernde Änderung seines Wertes und seiner Bedeutung. Eben darum stehen sie praktisch den speziellen Nutzungsarten näher, da diese auch nur unbedeutendere Beschränkungen und Schmälerungen der Benutzung des Eigentums enthalten.

Die Aufstellung des Gesamtbegriffs für die Servituten im Gegensatze zu den Erbpachtsrechten ist danach allerdings schwierig. Man kann sie als beschränkte, nämlich im Inhalte oder in der Dauer beschränkte, Nutzungsrechte bezeichnen, indessen sind die Erbpachtsrechte auch nicht ohne Beschränkung, und zwar auch wieder größere und geringere. Der Hauptunterschied liegt daher in der Vererblichkeit und Veräußerlichkeit der Erbpacht, da die Servituten stets untrennbar nur für ein bestimmtes Subjekt, als Personalrecht für eine Person, als Realrecht für ein Grundstück begründet werden können.

Der Begriff der Servituten schließt übrigens in dieser römischen Ausdehnung sehr disparate Verhältnisse in sich. Der Hauptunterschied ist, ob sie Real- oder Personalrechte sind, d. h. Prädial- oder Personalservituten. Die ersteren beziehen sich nur auf die Verhältnisse des Grundeigentums und zwar die kleinen Bedürfnisse und Aushilfen der benachbarten Grundstücke untereinander. Sie können nur auf spezielle Nutzungen gehen und sind bei Mobilien, aktiv und passiv, zwar an sich wohl nicht unmöglich, aber kein praktisches Bedürfnis. Die Personalservituten dagegen umfassen den gesamten Inhalt der Servituten, sie beziehen sich zwar faktisch in der Regel auf die gesamte Benutzung, Gebrauch und Fruchtgenuß oder wenigstens Gebrauch, indessen können stets auch einzelne Nutzungen, z. B. Wege- und Wasserrechte, als Personalservitut begründet werden.

Der rechtliche Charakter der Servituten zeigt sich hauptsächlich in folgenden Punkten:

1. Sie sind dingliche Rechte, geben also eine Herrschaft über die dienende Sache als solche, nämlich entweder positiv, auf oder mit derselben etwas zu tun oder eine dauernde Vorrichtung auf ihr zu haben, oder negativ, den Eigentümer zu hindern, auf seiner Seite etwas Bestimmtes zu tun oder zu haben. Der Eigentümer der dienenden Sache ist dabei immer nur negativ beteiligt, bei den positiven Servituten das Tun oder Haben nicht zu hindern, bei den negativen das Verbotene nicht zu tun oder zu haben. Zu einem positiven Tun ist er nie verpflichtet, das wäre Obligation und begründet den Begriff Reallast.

2. Sie sind Rechte an einer fremden Sache, bei der eigenen gehen sie von selbst im Eigentume auf.

3. Sie beschränken die Ausübung des dienenden Eigentums, aber nur zu Gunsten des Berechtigten, im übrigen und gegen Dritte bleibt die Ausübung frei.

4. Sie müssen dem Berechtigten einen Nutzen gewähren. Nutzlose Beschränkungen des Eigentums können nach den allgemeinen Prinzipien der Rechte auch kein Inhalt von Servituten sein. Bei Realservituten muß der Nutzen nach dem Bedarfe des herrschenden Grundstücks bemessen werden. Darauf beruht unter anderem, daß das dienende Grundstück benachbart, wenigstens nicht weit entfernt sein muß.

5. Sie sind unteilbar, insofern das einzelne Tun als solches nur ganz oder gar nicht geschehen kann. Teilung nach Zeit und Maß ist zulässig.

6. Dem Rechte der Servitut parallel ist auch ein Besitzverhältnis möglich, d. h. eine beschränkte, servitutmäßige faktische Herrschaft über die Sache. Sie besteht in der faktischen Möglichkeit, dem Inhalte einer betreffenden einzelnen Servitut gemäß auf die Sache einzuwirken. Die Römer fassen dieses faktische Ausüben des Servitutsrechts bildlich als ein faktisches Haben des Rechts als unkörperlicher Sache auf, sehen daher nicht die Sache, sondern das Recht als Gegenstand des Besitzes an und bezeichnen diesen daher als quasi

possessio iuris. Man hat sich dabei vor der scheinbaren Konsequenz zu hüten, daß zum Besitze einer Servitut, wie zu dem einer Sache, vor allem deren Existenz gehöre. Erwerb und Verlust dieses Quasibesitzes ist natürlich möglichst nach Analogie des Sachbesitzes zu beurteilen, an der Stelle des animus domini steht hier der animus iure suo faciendi, doch sind dabei allerlei Schwierigkeiten, auf die aber hier nicht näher eingegangen werden kann.

§ 40. Einzelne Servituten. 1. Die Realservituten sind nach Zahl und Inhalt völlig unbeschränkt. Sie hängen im allgemeinen von der faktischen Gestaltuug der Verhältnisse, Bedürfnisse und Gewohnheiten des Lebens, im einzelnen von den Verabredungen und Ausübungen der Parteien ab. Zwar finden sich die römischen Begriffe im ganzen auch bei uns wieder, aber im einzelnen stets mit Verschiedenheiten und Modifikationen. Als feste Gesetze konnten daher die römischen Bestimmungen in Deutschland nicht angesehen werden. Die Römer unterscheiden hauptsächlich servitutes praediorum urbanorum und rusticorum. Der Ausdruck stammt aus einer Zeit, wo die städtischen und ländlichen Bedürfnisse noch völlig verschieden waren. Später ist er verallgemeinert zu dem Unterschiede von Gebäude- und Feldservituten, allein auch dieses reicht zur Klassifizierung der Servituten nicht aus, da dieselbe Servitut vielfach bei Gebäuden ebensogut vorkommt als bei Feldern. Nur durchschnittlich kann man sagen, daß die Servituten bei Gebäuden meistens auf das Haben oder Nichthaben von dauernden Vorrichtungen gehen, bei Feldern auf die Vornahme oder Nichtvornahme einzelner Handlungen. Praktische Unterschiede lassen sich jedenfalls nur auf diese Verschiedenheiten des Inhalts gründen.

Im einzelnen waren a. von den Feldservituten in Rom die wichtigsten die Wege- und Wasserservituten, die in verschiedener Weise vorkommen, als iter, actus, via, aqueductus, aquaehaustus, u. s. w. Sie fanden sich zwar auch in Deutschland und in unendlichen Varietäten, viel wichtiger waren aber hier die Weide- und Holzservituten, die in Rom noch ohne Erheblichkeit waren. b. Die Gebäudeservituten bezogen sich in Rom wie in Deutschland vorzugsweise auf die Anlage und Einrichtungen von Gebäuden und Mauern an den Grenzen der Grundstücke, besonders ihre Bauart in Bezug auf Fenster, Luken, Aussicht, Licht, Aus- und Überbaue, Dachtraufen, Tropfenfall, Benutzung der fremden Mauer, u. s. w. Außerdem kommen sie aber auch als Rechte auf Nichtvornahme einzelner Handlungen in Beziehung auf Feuer, Rauch, Wasser u. dgl. vor.

2. Bei den Personalservituten ist die Hauptservitut der Nießbrauch, ususfructus, d. h. das Recht des vollständigen Gebrauchs und Fruchtgenusses einer fremden Sache unbeschadet ihrer Substanz, also das Recht, insoweit direkt oder indirekt jeden Nutzen, Vorteil und Gewinn daraus zu ziehen, der möglich ist. Puchta meinte darum, der Nießbrauch überschreite den Servitutbegriff, weil er das Bedürfnis überschreite. Er bedachte nicht, daß das Bedürfnis des Menschen über Hunger und Durst hinausgeht und unendlich ist. Das Anwendungsgebiet des Nießbrauchs ist hauptsächlich das Familien- und Erbrecht bei väterlicher Gewalt, zweiter Ehe, dos, überlebenden Ehegatten, Vermächtnissen u. a. Er kommt daher auch fast noch mehr bei ganzen Vermögen als bei einzelnen Sachen vor. Bei den ersteren machte die Anwendung auf verzehrbare Sachen, namentlich Geld, anfangs Schwierigkeiten in Rom. Ein eignes Senatskonsult erledigte sie durch die Bestimmung, daß dabei der Kapitalwert als Substanz behandelt werden solle (quasiususfructus). Bei anderen Sachen ist übrigens als die zu erhaltende Substanz nicht die bloße Materie anzusehen, sondern die Gestalt und Beschaffenheit der Sache, die sie in ihrer konkreten Bestimmung für den Gebrauch hat, so namentlich bei Grundstücken in betreff der Häuser, Gärten, Wälder, u. s. w. Zur Sicherung des Eigentümers muß der Usufruktuar stets Kaution stellen. In einzelnen Anwendungen kennt das römische Recht auch einen Nießbrauch mit gesteigertem, bis zur Verfügung über die Substanz ausgedehntem Inhalt (sogenannter Dispositionsnießbrauch); im deutschen Recht ist diese Erscheinung bei weitem häufiger[1].

[1] Kohler, Jahrbb. f. Dogmatik XXIV 187—328; (der ehemännliche Niesbrauch in der Verwaltungsgemeinschaft des B.G.B. (§ 1376 Z. 1) hat hiermit eine gewisse Ähnlichkeit).

Auch der bloße persönliche Gebrauch einer Sache (usus) kann nach Pandektenrecht Personalservitut sein, namentlich bei Gebäuden, Mobilien, Tieren, doch ist dies mehr theoretisch und kam in Deutschland kaum vor; die hier übliche Leibzucht u. a. war davon wohl zu unterscheiden. Das Recht auf Früchte und Vermietung ist darin an sich nicht enthalten, jedoch von den Römern unter Umständen bis auf einen gewissen Grad hineingezogen. Personalservituten auf spezielle Nutzungsarten, z. B. persönliche Wege- oder Wasserrechte, sind zwar selten, aber schon von den Römern anerkannt und unter den Begriff usus gestellt, z. B. usus aquae.

§ 41. Die Entstehungsgründe der Servituten sind nach Pandektenrecht: Einräumung vom Eigentümer durch Vertrag oder Testament, Zuweisung vom Richter, namentlich bei Teilungen und dem sogenannten Notwege, Verjährung und beim Nießbrauche auch unmittelbare gesetzliche Anordnung. Bei der Einräumung durch Vertrag hatte man früher meistens nach Analogie des Eigentums eine Tradition des Quasibesitzes gefordert, so noch im Preußischen Landrechte, die spätere Theorie hat dies mit Recht aufgegeben. Die Verjährung war besonders bei Feldservituten häufig, sie fordert nach diesem weder Titel noch fides, sondern nur zehnjährigen fehlerfreien Besitz; nach kanonischem Rechte war fides nötig.

Aufgehoben werden nach dem Pandektenrecht die Servituten hauptsächlich durch Verzicht oder Nichtausübung bis zur Verjährung; außerdem durch Konfusion von Recht und Pflicht in einer Person, was, wenn der Nießbraucher das Eigentum erwirbt, Konsolidation genannt wurde; endlich Personalservituten auch stets durch den Tod des Berechtigten. Die Verjährung trat in der Regel mit zehnjährigem Nichtgebrauche ohne alles weitere ein. Nur bei Bauservituten war eine förmliche Ersitzung der Freiheit nach fehlerfreier Beseitigung der ganzen Servituteinrichtung gefordert.

Die Klage zur Geltendmachung der Servituten heißt actio confessoria. Sie geht nicht bloß gegen den Besitzer der dienenden Sache, wenn er die Ausübung der Servitut hindert, stört oder schmälert, sondern auch gegen jeden Dritten, der sie stört, so namentlich gegen andere, welche die gleiche Servitut haben und dadurch Kollision bewirken.

Daneben stand der possessorische Schutz für den Quasibesitz der Servituten. Dieser war verhältnismäßig noch wichtiger als der Schutz des Sachbesitzes. Es kommen heutzutage erfahrungsmäßig viel mehr Besitzstörungen und Besitzklagen beim Quasibesitze der Servituten vor als beim Sachbesitze. Der Grund liegt nahe; man wird nicht so leicht positive Angriffe auf fremde Sachen machen, als sich in seinen Sachen der Belästigung durch fremde Servituten zu erwehren suchen. Dennoch trat das Bedürfnis des Besitzschutzes hier in Rom weniger hervor als beim Sachbesitze, wenigstens ist er hier weniger ausgebildet, teils wohl wegen der geringeren Bedeutung der Servituten, teils wegen der größeren Kürze und Leichtigkeit der petitorischen Klagen. Nur für die Ausübung der Wege- und Wasserservituten sind vom Prätor eigene Interdikte eingeführt, und auf die Detention beim Nießbrauch wurden die Sachbesitzinterdikte übertragen, die übrigen Servituten blieben ohne besonderen Besitzschutz. Auch sind jene Klagen gar nicht aus dem Begriffe Quasibesitz abgeleitet, sondern umgekehrt ist dieser erst aus ihnen abstrahiert. Schon im Mittelalter trat aber bei der großen Ausdehnung der realen Rechte das Bedürfnis eines allgemeinen und gleichmäßigen Schutzes des Quasibesitzes sehr lebhaft hervor und führte zu einer allgemeinen Übertragung der Sachbesitzinterdikte auf den Quasibesitz.

I. Das Miteigentum.

§ 42. Nutzungsrechte an fremden Sachen, die über die Servituten hinausgehen, die also die gesamte Nutzung umfassen, wie der Nießbrauch, aber nicht, wie dieser, auf eine bestimmte Person beschränkt sind, sondern vererblich oder selbst auch veräußerlich sind, können unter sehr verschiedenen Modalitäten begründet werden. Der eigentliche

römische Pfandrecht. Es ist nach Auffassung des römischen Rechts wesentlich ein dingliches Verkaufsrecht zur Sicherung einer Obligation, also wesentlich accessorisch[1], es kann nicht ohne Beziehung auf eine (gegenwärtige oder zukünftige) Obligation entstehen, nicht über ihren Betrag gehen, nicht von ihr getrennt werden und muß insofern auch mit ihrer Aufhebung aufhören. In dieser letzten Beziehung ist indessen eine gewisse Trennung möglich. Mit der eigentlichen Befriedigung der Hauptforderung muß das Pfandrecht zwar notwendig aufhören; insofern aber Obligationen auch ohne Befriedigung erlöschen können (§ 66), z. B. durch Verjährung, kann das Pfandrecht gerade auch zur Sicherung hiergegen dienen. Dies ist schon im justinianischen Rechte angenommen. Danach kann das Pfandrecht bei Aufhebung einer Forderung ohne Befriedigung, namentlich bei Verjährung der Schuld, fortdauern (ob in allen Fällen oder nur einigen und welchen, ist zweifelhaft), so daß das Recht auf die Geldsumme gar nicht mehr als persönliches Forderungsrecht existiert, sondern nur noch als das Recht, die Pfandsache zu verkaufen und das Geld auf die frühere Forderung hin zu behalten. Das deutsche Recht hat diese Möglichkeit namentlich in neuerer Zeit allgemeiner ausgebildet und darauf die Selbständigkeit der Hypotheken gegründet. Diese Selbständigkeit, also die Begründung von Hypothek ohne Personalforderung, darf man sich nicht so denken, als ob hier ein Recht auf die Verwertung und den Geldwert einer Sache entstände, ohne daß man zuvor durch persönliche obligatorische Verhältnisse ein Recht auf die betreffende Geldsumme überhaupt bekommen hätte. Es versteht sich von selbst, daß kein Eigentümer jemandem ein ernstlich gemeintes Recht auf den Geldwert seiner Sache einräumt, wenn er ihm nicht Geld schuldig ist oder es ihm schenken will und insofern auch schuldig ist. Insofern entstand auch im gemeinen Recht keine Hypothek ohne Obligation. Allein der Unterschied ist, daß die Hypothek hier von dem persönlichen Obligationsverhältnisse ganz abgelöst und dem Gläubiger einfach das Recht gegeben wird, eine Sache zur Erlangung einer bestimmten Geldsumme zu verkaufen, falls ihm der Besitzer derselben das Geld nicht unmittelbar gibt. Von dem Obligationsverhältnisse, das die Veranlassung (causa) zu der Hypothek bildete, wird diese formell vollständig getrennt, die persönliche Haftung kann formell selbständig daneben bleiben, sie kann aber auch ganz durch die dingliche Haftung ersetzt werden. Das Prinzip ist daher, daß, wie aus einem Wechsel abstrakt, d. h. ohne Rücksicht auf die causa, auf die Wechselsumme geklagt werden kann, so bei der Hypothek abstrakt, ohne Rücksicht auf die causa, auf die Realisierung der Hypothekensumme geklagt werden kann, sie ist eine Art dinglicher Wechsel. An sich werden natürlich Hypotheken so wenig wie Wechsel ohne causa ausgestellt. Nur in der Erleichterung des Verkehrs mit Wechseln und Hypotheken durch ihre formelle Befreiung von der causa liegt das praktische Wesen beider. Deshalb kann das Gesetz auch die Berücksichtigung der causa und die Einreden daraus bei Hypotheken ebensogut wie bei Wechseln wenigstens für den Fall zulassen, daß es sich um einen Streit zwischen den ursprünglichen Parteien und nicht um dritte Cessionare handelt. Mit Recht hat indessen das preußische Gesetz über den Eigentumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke vom 5. Mai 1872 die sogenannten selbständigen Hypotheken von den eigentlichen Hypotheken getrennt und unterscheidet bei Eintragung einer Summe Hypothek und Grundschuld, je nachdem die Eintragung mit oder ohne Angabe des Schuldgrundes geschieht, ⟨und diese Unterscheidung hat auch das B.G.B. festgehalten⟩.

Kehrt man zum römischen Pfandrechte zurück, so ist zu dessen Bestimmung noch folgender Zusatz nötig. Das römische Recht hat ein Pfandrecht nicht nur an Sachen, sondern auch an Rechten, wie Servituten[2], Obligationen[3], ja am Pfandrechte selbst wieder[4]. Dabei kann oder muß sogar die reale Verschaffung des Wertes mehrfach in anderer Weise

---

[1] Schott, Über die akzessorische Natur des Pfandrechts, Jahrbb. für Dogmatik XV 1.

[2] Goeppert, Verpfändung der Grundgerechtigkeiten, im Archiv f. d. zivilist. Praxis XLIX Nr. 12; Eisele daselbst LXV Nr. 3; Kohler a. a. O. §§ 13. 14.

[3] Hellwig, Die Verpfändung von Forderungen. 1883.

[4] Sohm, Lehre vom subpignus. 1864.

als durch Verkauf geschehen, z. B. bei Obligationen durch ihre Einkassierung. Es entsteht dadurch die Frage, was der allgemeine, beide Arten umfassende Begriff des Pfandrechtes sei. Zwei Lösungen wurden versucht, entweder das Pfandrecht an Sachen auf das an Rechten zu reduzieren oder umgekehrt das Pfandrecht an Rechten auf das an Sachen. Das erstere tat Bremer, indem er bei Sachen ein Pfandrecht am Eigentume, das letztere Exner, indem er bei den Rechten ein indirektes oder eventuelles Pfandrecht an den betreffenden Sachen, z. B. den geschuldeten, annahm. Die Römer haben eine solche theoretische Einheit hier so wenig gesucht wie beim Besitze von Sachen und Rechten. An sich muß sie aber hier wie dort möglich sein. Wie sie aber beim faktischen Besitze in den Sachen liegt, so muß sie hier beim Rechte in den Rechten liegen. Allerdings haben an sich die Sachen den Wert und nicht die Rechte, allein da man über den Wert der Sache nur vermöge des Rechts an ihr verfügen kann, sie nur verpfänden kann, wenn und soweit man ein Recht an ihr hat, also das Recht des Verpfänders das Maß des Wertes, den er verpfänden kann, bestimmt und der Pfandgläubiger auch immer nur das Recht des Verpfänders durch Verkauf übertragen kann, so ist im Resultate das, was der Eigentümer verpfändet, doch immer nur sein Recht an der Sache. Insofern ist das Pfandrecht im allgemeinen das Recht, sich den Geldwert fremder Vermögensrechte zur Befriedigung einer Forderung in rechtlicher Weise zu verschaffen.

Ein Quasibesitz ist bei dem Pfandrechte als solchem nicht möglich, weil es als Verwertungsrecht nur *eine* Ausführung hat und mit dieser erlischt. Dagegen kann mit ihm zur Sicherung des Verkaufes ein dingliches Recht auf die Detention der Sache verbunden werden, und dafür ist dann Quasibesitz möglich. Doch ist dies nicht römische Anschauung, vielmehr bildet im römischen Rechte die Detention des Faustpfandgläubigers einen Fall des sogenannten abgeleiteten Sachenbesitzes.

§ 44. *Kritik des römischen Pfandrechts.* Kein Teil des römischen Rechts steht bei seinen Gegnern so in Verruf wie das Pfandrecht, und auch seine eifrigsten Verteidiger können nicht umhin, hier bedeutende Mängel zuzugestehen. Statt einer spezielleren Darstellung des römischen Pfandrechts, wozu hier kein Raum ist, mögen daher die Gründe seiner Mangelhaftigkeit und die Hauptunterschiede gegen das heutige Recht hervorgehoben werden.

Daß die römischen Juristen bei der Behandlung und Entwicklung des Pfandrechts denselben Scharfsinn und dieselbe grandiose Konsequenz entwickelt haben wie bei allen übrigen Teilen des Rechts, zeigt ein Blick in die wenigen Titel vom Pfandrechte in den Pandekten. Dennoch ist es außer Zweifel, daß das römische Pfandrecht den eigentlichen Zweck alles Pfandrechts, Sicherung des Kredits, nicht erfüllt, im Gegenteil vollständig verfehlte. In welchem Maße dieses der Fall war, und wie wenig schon die Römer selber sich daraus ein Hehl machten, sieht man am deutlichsten aus den Bestimmungen Justinians über die Pupillengelder, daß diese womöglich zum Ankaufe von Grundstücken verwendet werden sollen, daß sie aber auf Hypothek nur im Notfalle ausgetan, sonst lieber in den Kasten gelegt werden sollen. Es fragt sich, wie das mit der sonstigen Größe und namentlich der praktischen Richtung der römischen Jurisprudenz zu vereinigen sei. Der Grund liegt zunächst darin, daß sich der Zweck des Pfandrechts, Sicherheit des Realkredits, überhaupt nicht durch bloße Wissenschaft erreichen läßt, sondern nur durch öffentliche Einrichtungen von der Gesetzgebung, und daß diese die Wissenschaft beim Pfandrechte nicht unterstützt, sondern ihr vielmehr entgegengewirkt hat. Die Wissenschaft konnte als solche nur eine einfache Entwicklung des Pfandvertrags als reinen Privatvertrags geben. Dies hat sie getan und zwar mit der vollen gewohnten Meisterschaft. Allein so vollkommen sie dabei die Rechte des Gläubigers entwickelte, so lag es doch vollständig außerhalb ihrer Macht, dem Gläubiger ein Mittel zu geben, wie er bei Annahme einer Verpfändung Kenntnis von den etwaigen früheren Verpfändungen der Sache bekommen könnte. Darin liegt nun aber natürlich gerade der Angelpunkt der ganzen Sicherheit alles Pfandwesens, daß man sicher das erste Recht am Werte der Sache hat, daß man wenigstens

weiß, wieviel einem vorgeht. Diese Kenntnis vermag die Wissenschaft nicht zu geben, und darum hatte das römische Pfandrecht von vornherein eine Lücke, die fast bei jedem Schritte der Entwicklung größer werden und zuletzt den ganzen Zweck des Pfandrechts verschlingen mußte. Die einfache Entwicklung des Pfandbegriffs führte die Juristen notwendig zur Zulassung von Generalhypotheken, von stillschweigenden, von zukünftigen Hypotheken, — alles mußte die Möglichkeit der Kenntnis erschweren. Natürlich gingen die Kaiser unbefangen auf dem Wege weiter, machten die Sache durch Einführung einer Menge gesetzlicher Pfandrechte noch schlimmer, und um nun die Folgen des mangelhaften Systems wenigstens von einzelnen bevorzugten Personen abzuwenden, hoben sie auch den letzten Rest von Sicherheit durch Erteilung weitgreifender Pfandprivilegien vollständig auf. Die einzige zweckmäßige Bestimmung, die immerhin zur Milderung des Grundfehlers diente, war, wenigstens das Antedatieren der späteren Hypotheken zu verhindern oder unschädlich zu machen durch Vorzug der öffentlichen Hypotheken vor den privaten.

Wenn nun aber hiernach auch die Schuld an der Mangelhaftigkeit des römischen Pfandrechts von den Juristen auf die Kaiser überzugehen scheint, so muß man doch wieder fragen, warum jene keine bessere Gesetzgebung veranlaßt haben. Gerade die größten von ihnen standen ja den Kaisern ganz nahe und hatten ja eigentlich die ganze Justiz und Gesetzgebung in ihren Händen. Unzweifelhaft wäre es für Männer wie Papinian, Ulpian u. a. ein leichtes gewesen, ihre Kaiser zur Einführung von Hypothekenbüchern zu bestimmen. Warum haben sie es nicht getan? Offenbar, weil ihnen selber gar nicht der Gedanke daran kam. Dies aber beruht darauf, daß die ganze römische Rechtsbildung überhaupt nur den abstrakt logischen und privatrechtlichen Standpunkt hat und alle höheren organischen Einrichtungen und Gestaltungen des öffentlichen uud sozialen Lebens keine Erkenntnis und Pflege darin finden. Die obige Grundbedingung aller Pfandsicherheit, die Kenntnis der geschehenen Verpfändungen einer Sache, kann der einzelne sich nicht verschaffen, allein die Gesamtheit als solche, die bei der Ordnung und Sicherheit des Kredits interessiert ist, kann und muß öffentliche Einrichtungen treffen, wodurch dem einzelnen jene Kenntnis verschafft wird. Auf dieser Idee beruht das ‹in Rom zu klassischer Zeit fehlende und nur in einzelnen Provinzen, wie insbesondere in Ägypten schon damals durch die Steuerkataster teilweise ersetzte[1]› Institut der Grundbücher, das die Basis des heutigen Pfandwesens bildet, zu dessen voller Entwicklung man zwar auch Jahrhunderte gebraucht hat, durch das aber nun die Erreichung des Zweckes des Pfandrechts möglich gemacht ist. Der Begriff des Pfandrechts an sich ist dadurch kein anderer geworden als der römische (auch in betreff der Selbständigkeit nicht), allein die ganze Ausführung hat dadurch eine so total andere Gestalt bekommen, daß die römischen Bestimmungen im einzelnen doch nur in geringerem Maße noch verwendbar sind. Eine genauere Beschreibung des Grundbuchsystems gehört nicht hierher, nur die Hauptunterschiede des römischen und heutigen Pfandrechts sind noch hervorzuheben:

1. Den Ausgang bildet die vollständige Scheidung der Verpfändung von Mobilien und Immobilien. Öffentliche Bücher zur Erkennbarkeit der Hypotheken sind natürlich bei beweglichen, also transportabeln Sachen nicht möglich. Das einzige Mittel, um hier das Bedürfnis der Erkennbarkeit, das bei ihnen ebenso besteht, zu befriedigen, ist die gesetzliche Beschränkung des Pfandrechts auf das Faustpfandrecht, d. h. das Pfandrecht mit Besitz. Dies gilt für den Fall des Konkurses schon jetzt als Reichsrecht (Reichs-Konkursordnung § 40). Nur wer besitzt, hat Pfandrecht; wer den Besitz hergibt oder sonst verliert, kann wenigstens sein Pfandrecht gegen neue gutgläubige Pfandberechtigte nicht geltend machen. Die ganze Benutzung von Mobilien zur Sicherstellung von Schulden wird dadurch zwar sehr beschränkt, indessen schadet das auch nicht viel, der Hauptfall bei uns, die Sicherstellung durch Wertpapiere, bleibt doch ziemlich unbeschränkt.

2. Bei den Immobilien ist das Buchsystem feste Grundlage; nur was im Buche steht, gilt, und dieses nur nach der Zeit der Eintragung, das Buch aber enthält nur die zum Bezirke gehörigen Grundstücke. Damit sind die römischen Generalhypotheken voll-

[1] Mitteis, Archiv für Papyrusforschung I 183—199.

ständig beseitigt (Prinzip der Spezialität), ebenso die Legalhypotheken und noch mehr alle Privilegien, zugleich ist dadurch die Selbständigkeit der Hypothek möglich gemacht. Da übrigens die römische Sicherstellung mancher Obligationen durch Legalhypotheken, z. B. bei Pupillen und Ehefrauen, doch ihren guten Grund hatte, so hat man dies soweit als möglich mit dem Buchsysteme zu vereinigen gesucht durch gesetzliche Erteilung von Pfandtiteln, d. h. Rechten auf Eintragung.

3. Der Verkauf der Pfandsachen ist insofern wesentlich geändert, als er nicht mehr, wie in Rom, privatim vom Gläubiger, sondern nur öffentlich vom Gerichte vorgenommen werden darf; auch sind die übermäßigen Verzögerungen des römischen Rechts beseitigt, und die eventuelle Zusprechung des Eigentums an den Gläubiger, die in Rom nur vom Kaiser geschehen konnte, ist den Gerichten überlassen.

4. Die Aufhebung der Buchhypotheken kann natürlich bei Zahlung oder sonstiger Tilgung der Schuld nicht mehr ipso iure eintreten, sondern nur durch Löschung der Hypothek im Buche, wozu die Tilgung der Schuld nur die causa bildet.

5. Das Verhältnis der hintereinander stehenden Hypotheken ist ein anderes geworden. Die Römer mußten, da die Gläubiger die Vorhypotheken häufig nicht kannten, notwendig das Prinzip der möglichsten Aufbesserung haben, also daß mit Aufhebung der ersten Hypothek von selbst die zweite zur ersten wurde. Bei uns, wo jeder seine Vorhypotheken genau kennt, ist dazu kein Grund. Jede Hypothek nimmt vielmehr mit ihrer Summe eine feste Stelle (locus) in der Reihe der Ansprüche auf den Wert der Sache ein, und diese Stelle wird durch das Ausfallen eines früheren, solange die Hypothek nicht gelöscht ist, durchaus nicht geändert. Die Stelle des ausfallenden Anspruchs wird wieder für den Eigentümer frei, der sie beliebig frei lassen oder zu neuer Schuld verwenden kann. Dadurch werden die Schwierigkeiten der sogenannten hypothekarischen Succession des römischen Rechts von selbst beseitigt[1].

6. Aus der Festigkeit der Pfandstellen ergibt sich endlich die Ausdehnung der Hypotheken an eigener Sache. Im allgemeinen kann man natürlich neben seinem Eigentume nicht auch noch eine Hypothek haben, d. h. neben dem allgemeinen Verwertungsrechte des Eigentümers nicht noch ein besonderes. Sobald indessen Hypotheken da sind und dem allgemeinen Verwertungsrechte des Eigentümers vorgehen, so kann dieser allerdings nun in der Reihe der Hypotheken an Stelle einer Hypothek und zu deren Betrage ein besonderes Verwertungsrecht haben, was dann auch als Hypothek aufgefaßt werden kann. Schon das römische Recht hat dieses zur Ausschließung des Nachrückens der Hypotheken, bei dem heutigen Systeme der Festigkeit der Pfandstellen kann jede freie Stelle als Hypothek für den Eigentümer behandelt werden[2].

B. Obligationenrecht[3].

Allgemeiner Teil.

I. Allgemeine Natur.

§ 45. Der Begriff der Obligation ist im allgemeinen bereits oben § 14 bestimmt. Die Obligationen sind danach Verpflichtungsverhältnisse unter den Menschen in

---

[1] Roth, Die hypothekarische Succession u. die Eigentümerhypothek, im Archiv f. d. zivilist. Praxis LXII Nr. 2.

[2] Die gleiche Erscheinung der „Rechte an eigner Sache" hat auch bei anderen Verhältnissen als möglich nachgewiesen G. Hartmann, Jahrbb. f. Dogmatik XVII Nr. 2.

[3] Unterholzner, Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen. 2 Bde. 1840; v. Savigny, Das Obligationenrecht. 2 Bde. 1851. 53 (nur der Anfang des allgemeinen Teils); C. F. Koch, Das Recht der Forderungen nach gem. u. preuß. Recht. 3 Bde. 2. Aufl. 1858; Kunze, Die Obligationen im römischen und heutigen Recht. 1886; Ryck, Die Lehre von den Schuldverhältnissen. Allgemeiner Teil. 1883—89; Hasenöhrl, Das österreichische Obligationenrecht. I und II 1. 1881—86.

Beziehung auf vermögensrechtliche Handlungen, sogenannte Leistungen. Sie sind stets Verhältnisse zwischen zwei Personen; der eine, der Gläubiger, hat das Recht auf die Handlung, kann sie fordern, der andere, der Schuldner, hat die Pflicht zu der Handlung, muß sie leisten. Obligationen sind also Verpflichtungen; aber nicht alle Verpflichtungen sind Obligationen, auch nicht alle vermögensrechtlichen, sondern nur die, welche über die allgemeinen Verpflichtungen des Personen- und Sachenrechts hinaus durch besondere Gründe entstehen. Die Pflicht, fremde Person und fremdes Eigentum nicht zu verletzen, die Pflichten in Familie und Staat sind mit den betreffenden Verhältnissen von selbst gegeben; jemandem Geld zu geben oder Dienste zu leisten ist niemand ohne besonderen Grund verpflichtet. Man hat das Hauptgewicht auf den Vermögenswert der Handlungen legen wollen im Gegensatze zu den nicht pekuniär zu schätzenden Pflichten des Familienrechts. Allein man muß vielmehr umgekehrt sagen, alle solche besonderen Verpflichtungen müssen in Gelde ersetzt oder wenigstens gebüßt werden, wenn sie auch an sich keinen eigentlichen Geldwert haben.

Das Obligationsrecht steht hiernach als rechtliche Herrschaft über andere Menschen neben dem Sachenrechte als der rechtlichen Herrschaft über die Natur. Aber in wesentlich anderer Weise. Die Person mit ihrem Eigentume bildet den ruhigen, dauernden Zustand des Rechts, den Zustand des Rechtsgenusses. Die Obligationen sind das bewegliche Element im Rechte, das was den Verkehr unter den Menschen vermittelt, d. h. den Austausch der persönlichen Kräfte und der Sachen gegen einander und die Ausgleichung der Störungen im Rechte; sie bilden insofern die rechtliche Vermittlung für alles Erwerben, Veräußern, Herstellen, Ersetzen. Obligationen entstehen nur, um erfüllt zu werden und damit aufzuhören, nicht für immer. Sie bilden daher die praktischen Rechtsgründe (causae) für die Übertragung und Einräumung der dinglichen Rechte. Man hat sie daher iura ad rem genannt im Gegensatz zu den iura in re. Indessen ist das an sich ohne Wert, und es wird ein Fehler, wenn man daraus für das Recht auf die Sache schon in der Obligation selbst ein dingliches Element ableitet.

Das Wesen der Obligation[1] besteht daher näher bestimmt darin, daß sie nur „iuris vinculum", rechtliches Band von Person zu Person ist. Der Gläubiger bekommt zwar eine Herrschaft über den Schuldner, aber nur eine ideelle über seinen Willen; der Schuldner bleibt frei und ist nur in seinem Willen rechtlich gebunden; der Gläubiger bekommt ein unmittelbares Recht weder über die Person noch über die Sache des Schuldners, er kann nur fordern, daß geleistet werde, die Erfüllung annehmen und nötigenfalls darauf klagen, nie aber den Schuldner direkt zwingen oder ein unmittelbares Recht an der Sache in Anspruch nehmen. Auch hat er das Recht der Forderung nur gegen den Schuldner selbst; dritte Personen berührt die Obligation als solche nicht, sie können weder daraus verklagt werden, auch wenn sie die geschuldete Sache etwa bekommen haben, noch sich in die Obligation rechtlich einmischen. Nicht zu verwechseln damit ist, daß eine Obligation auf einer Sache ruhen oder für jeden Besitzer derselben neu entstehen kann (obligatio und actio in rem scripta). Die persönliche Beziehung der Obligation ist nach römischer Auffassung so wesentlich, daß auch Übergang derselben auf andere, aktiv und passiv, Cession und Schuldübernahme, nicht direkt möglich ist. (Vgl. unten §§ 64. 65.)

Auf dieser Natur der Obligation, als Forderung auf Erfüllung, beruht endlich auch, daß bei der reinen Obligation als solcher kein Besitz möglich ist. Nur wenn ein Obligationsverhältnis auf eine in sich einige, dauernde Verpflichtung des Schuldners mit dauernder oder sich wiederholender Ausübung geht, kann die faktische Ausübung als dauernde faktische Herrschaft aufgefaßt werden und somit einen Quasibesitz begründen. Dies ist aber nur möglich, wenn die Obligation in einem dauernden dinglichen oder personenrechtlichen Verhältnisse ihren Grund hat, wie bei Reallasten und Obligationen aus Staats-, Kirchen-, Gemeinde- und Korporationsverhältnissen. Dann ist nicht die

[1] Brinz in Grünhuts Zeitschrift I Nr. 2; Hartmann, Die Obligation. 1875; Sohm in Grünhuts Zeitschrift IV Nr. 7; Schey daselbst IX Nr. 7; G. Rümelin, Archiv f. d. zivilist. Praxis LXVIII Nr. 8; Brinz daselbst LXX Nr. 12.

einzelne Pflicht, sondern die dauernde Pflichtigkeit der Sache, Kirche, Gemeinde u. s. w. der Inhalt des Besitzes. Bei rein persönlichen Obligationen, auch auf längere Zeit, wie Miete und Darlehn, ist dies nicht. Hier ruht jede einzelne Erfüllung unmittelbar auf dem Versprechen als causa und ist daher nicht Ausdruck und Ausübung einer selbständigen dauernden Pflichtigkeit. Im römischen Rechte findet sich daher auch überhaupt keine Anwendung des Besitzes bei Obligationen, da ihm die bezeichneten Verhältnisse ganz fremd waren. Im Mittelalter ist dagegen jene Anwendung des Besitzes, und zwar mit der vollen Übertragung der Besitzklagen vom Sachbesitze, schon früh vollständig fest hergebracht und bis in die Gegenwart erhalten. Doch ist dabei die Grenze zu den reinen Obligationen im allgemeinen, wenn auch mit Schwankungen, stets eingehalten.

Überhaupt ist der ganze Begriff der Obligation im römischen Rechte zwar mit einer wunderbaren Konsequenz trotz der ungeheueren Reichhaltigkeit der Entwicklung durchgeführt, aber auch mit einem gewissen einseitigen juristischen Rigorismus in betreff seiner Grundelemente. Es ist eine anerkannte Tatsache, daß die Rezeption des römischen Rechts bei uns in keinem Teile des Rechts so vollständig wie gerade im Obligationsrechte geschehen ist. Der Grund ist leicht zu erkennen. Das Obligationsrecht beruht mehr wie das Sachenrecht, namentlich beim Grundbesitze, auf abstrakt logischen Elementen, der freien Willensvereinigung, der Rechtsverletzung u. a., und eine verständige und reichhaltige Entwicklung dieser Elemente wird daher leichter als anderwärts einen universalen Charakter bekommen. Eine solche Entwicklung bietet das römische Recht, namentlich bei den Verträgen, durch eine angemessene Verbindung der formellen Rechtsstrenge mit den Anforderungen der bona fides und außerdem besonders in der meisterhaften Erfassung und Durchführung der nichtkontraktlichen Obligationen, der Kondiktionen u. s. w. Die römischen Resultate haben hier vielfach nicht nur eine gewisse allgemeingültige Zweckmäßigkeit, sondern geradezu eine absolute logische Notwendigkeit. Dabei ist nun aber von Anfang bis zu Ende die Idee des „rechtlichen Bandes" von Person zu Person mit formalistischer Zähigkeit festgehalten. Die deutsche, besonders die moderne Auffassung sieht mehr auf den ökonomischen Zweck und das praktische Resultat der Obligation. Die Obligation gibt, wenigstens wenn sie auf Sachen, besonders Geld, geht, dem Gläubiger das Recht auf Werte. Von diesem Standpunkte aus ist es aber ziemlich gleichgültig, sowohl welche Person die Schuld zahlt, als welche Person das Recht darauf hat oder bekommt. Die Obligation ist in ihrem Inhalte ein objektiv fester, aktiver oder passiver Vermögensteil, für den es als solchen gleichgültig ist, welche Person subjektiv, aktiv oder passiv, dabei beteiligt ist. Dies kann nicht so aufgefaßt werden, als ob Forderung und Schuld im Deutschen etwas an sich anderes wären wie die Obligation, etwa der „sachliche Niederschlag des persönlichem Verhältnisses"[1], denn das eine kann nie ohne das andere sein. Der Unterschied ist nur, daß die moderne Anschauung das sachliche und persönliche Element in der Obligation in der Weise selbständig denkt, daß sie nur eine Person überhaupt fordert, aber auf die Individualität kein Gewicht legt, an einem Wechsel der Person daher keinen Anstoß nimmt. Dem Römer ist die Person die Hauptsache, die Obligation nur Attribut, subjektive Berechtigung oder Verpflichtung der Person. Wir dagegen sehen die Obligation als objektives Verhältnis an, welches verschiedene Personen als subjektive Träger haben kann, ohne seine rechtliche Natur an sich zu verändern. Daraus erklärt sich die Abweichung des deutschen Rechts vom römischen bei den Realobligationen, Inhaberpapieren, Stellvertretung, Verträgen für Dritte, Cession und Schuldübernahme.

§ 46. Civil- und Naturalobligationen[2] werden im römischen Recht unterschieden, d. h. vollkommene Obligationen, deren Erfüllung durch Klage erzwungen

[1] So Delbrück, Die Übernahme fremder Schulden. 1853. S. 10.

[2] Schwanert, Die Naturalobligation des römischen Rechts. 1861; Scheurl, Die römische Naturalobligation, in den Jahrbb. für Dogmatik VII Nr. 6. Zur Geschichte Gradenwitz, Natur und Sklave in der Königsberger Festgabe für Schirmer.

werden kann, und unvollkommene, aus denen nicht geklagt werden kann, die aber einzelne Wirkungen der Obligationen haben; ihre Zahlung gilt als rechtliche Erfüllung, ist daher, wenn sie mit Bewußtsein geschieht, keine Schenkung und begründet, wenn sie im Irrtume geschieht, keine condictio indebiti, sie können daher auch durch Pfand und Bürgen gesichert, durch Konstitut und Novation erneut werden. Die neueren Gesetzbücher haben diesen Begriff als solchen verworfen, sich aber doch auch nicht ganz von ihm losmachen können. Die Grenze zwischen der eigentlichen klagbaren Obligation und anderen Verpflichtungen ist nicht so scharf, wie es leicht scheint. Schon bei rein moralischen Pflichten, wenn sie nur fest bestimmbar sind, liegt es oft nahe, eine gewisse rechtliche Wirkung anzunehmen, wenigstens die condictio indebiti auszuschließen. Noch mehr bei solchen Pflichten, die eigentlich vollständig auf dem gewöhnlichen Rechtsboden stehen und nur durch besondere positive Gesetze für ungültig erklärt worden sind, wie z. B. Verträge ohne die gesetzliche Form, verjährte Schulden, verbotene Spiel- und Zinsverträge u. dgl. Die Erfüllung solcher Pflichten gilt im Leben meistens als Ehrensache, die Erfüllung nicht als Schenkung, sondern als rechtliche Zahlung, die Rückforderung wegen Irrtums als unanständig. Natürlich kann das Gesetz dieses alles unbeachtet lassen und bei der Alternative „volle Wirkung oder gar keine" stehen bleiben. Allein so sehr die Theorie auch solche abstrakte scharfe Gegensätze liebt, so gern läßt die Praxis sich auf die konkreten Mittelstufen ein. Daraus ist auch die römische Naturalobligation hervorgegangen.

Man hat dabei aber die Fälle zu unterscheiden, wo sittlichen Pflichten eine gewisse rechtliche Kraft beigelegt ist, und die, wo rechtlichen Pflichten die volle rechtliche Kraft genommen, aber eine gewisse geringere gelassen ist. Beide Fälle nähern sich einander von unten und von oben, ohne aber zusammenzufallen; nur die letzteren sind die eigentlichen Naturalobligationen, die ersteren bilden gar keine festen Kategorien, sie bestehen darin, daß in einzelnen Fällen die bewußte Erfüllung einer sittlichen Pflicht nicht als Schenkung behandelt wird und in anderen die irrtümliche Erfüllung keine condictio indebiti begründet. Das erstere ist z. B. bei Ehegatten, die einander Legate über die Falcidia zahlen, das letztere, wenn eine Ehefrau sich für dotalpflichtig hält. Weitere Wirkungen haben diese Pflichten nicht. Die eigentlichen Naturalobligationen ‹nähern sich dem Obligationsbegriff viel mehr, aber es geht doch nicht an, sie als gewöhnliche civile Obligationen zu bezeichnen, denen nur die Klagbarkeit fehlt. Es besteht hier vielmehr gar kein Rechtsband, darum kann hier insbesondere von Verzug und Verschulden keine Rede sein›. Wann nun aber bei Obligationen Klagelosigkeit ohne volle Ungültigkeit eintrete, ist von den Römern leider nicht prinzipiell festgestellt und daher bei uns sehr streitig, was für die praktische Bedeutung des ganzen Begriffs sehr hinderlich ist. Man kann nur sagen, daß Obligationen, die als unsittlich oder unbillig unklagbar sind, stets völlig ungültig sind, also auch nicht als Naturalobligationen gelten; wenn die Klagbarkeit dagegen nur aus Gründen der Zweckmäßigkeit oder des formellen Rechts fehlt, so ist Naturalobligation zwar möglich, aber doch von den konkreten Absichten der Gesetze abhängig. Danach ist unzweifelhaft keine Naturalobligation bei verbotenen Spielen, Zinsen und Schenkungen, bei Zwang und Betrug, Bürgschaften der Weiber u. a.; umgekehrt tritt unzweifelhaft Naturalobligation ein bei allen Obligationen der Sklaven, bei denen der Hauskinder gegen den Vater, bei Gelddarlehen der Hauskinder, zum Teil bei formlosen Verträgen, beschränkt bei Verträgen der Unmündigen über sieben Jahre. Zweifelhaft oder wenigstens streitig sind Verjährung, ungerechtes Urteil, verbotene Selbsthilfe, verbotene Cession u. a.

II. Die Subjekte der Obligation.

§ 47. Zu einer jeden Obligation gehören wesentlich stets wenigstens zwei Personen oder Parteien, eine berechtigte und eine verpflichtete, Gläubiger und Schuldner. Indessen können auf beiden Seiten auch mehrere Personen stehen und an der Obligation aktiv oder passiv beteiligt sein. Das Verhältnis ist hier aber wesentlich anders als beim Eigentum. Bei diesem ist nur partiales Miteigentum möglich, solidares, ‹wenigstens

nach römischer Auffassung), unmöglich, hier kann umgekehrt die Mitbeteiligung nur solidar sein, nicht auch partial. Denn wenn eine Obligation den Teilhabern nur partial zusteht oder obliegt, so daß jeder nur einen Teil zu fordern bezw. zu zahlen hat, so fallen die Teile damit rechtlich überhaupt ganz auseinander, es ist der Sache nach gar nicht mehr eine Obligation mit mehreren Teilnehmern vorhanden, sondern eine Mehrheit von Obligationen, die nur durch einen gemeinsamen Entstehungsgrund verbunden sind. Ob die Teilung von Anfang war oder erst später durch Beerbung oder sonst eintritt, ist gleichgültig. Wirkliche Mitbeteiligung an einer Obligation ist nur bei solidarer Beteiligung, d. h. wenn mehrere Personen auf dieselbe Sache oder Summe so berechtigt oder verpflichtet sind, daß jeder sie ganz fordern kann oder ganz zahlen muß, sie aber im Resultate nur einmal gezahlt werden soll, daher mit der Zahlung an einen oder von einem die Obligation für alle von selbst aufhört. Ein solches Verhältnis ist durch die rein ideelle Natur der Obligation möglich und hat praktisch in der Sicherung und Bequemlichkeit des Gläubigers seinen guten Zweck, indessen ist es immer eine Steigerung der Verpflichtung der Schuldner, und mit Recht hat daher das römische Recht das Prinzip, daß Partialität die Regel bilde, Solidarität nur ausnahmsweise bei besonderer Begründung eintrete, im Zweifel also Geteiltheit anzunehmen sei, aktiv wie passiv und bei der Begründung wie bei der Vererbung (nomina ipso iure divisa sunt).

Die solidare Berechtigung oder Verpflichtung bildet nun aber keineswegs ein selbständiges, stets gleiches Rechtsverhältnis bei den Obligationen, vielmehr kann sie in verschiedenen, nach Grund und Zweck wesentlich getrennten Gestaltungen auftreten:

1. als solidare Beteiligung mehrerer Personen an einer Obligation. Eine solche ist möglich durch Vertretung, Bürgschaft und Gemeinschaft, also:

a) direkt und indirekt, d. h. so, daß nur eine Person die Obligation direkt kontrahiert, aber ihre Obligation wegen irgend eines Vertretungsverhältnisses indirekt auch für eine andere wirksam ist, so nach römischem Rechte bei procurator und dominus, Hauskind und Vater durch die actiones adiectitiae qualitatis;

b) prinzipal und accessorisch, d. h. so, daß zwar beide direkt kontrahieren, aber nur die eine prinzipal, die andere bloß accessorisch, so beim Hauptschuldner und Bürgen;

c) für alle gleichmäßig direkt und prinzipal, d. h. so, daß ein in sich einiges Obligationsverhältnis von mehreren gleichmäßig direkt und prinzipal kontrahiert wird, aktiv oder passiv, aber nicht mit Geteiltheit der Obligation, sondern mit der besonderen Bestimmung (durch Vertrag, Testament, Gesetz) der Solidarität, so daß also namentlich bei Verträgen objektiv genommen nur ein Vertrag, ein Kauf, ein Darlehen geschlossen wird, aber jeder Teilnehmer ihn subjektiv solidarisch auf sich nimmt, also so behandelt werden soll, wie wenn er ihn allein geschlossen hätte. Solche gleichmäßig solidarische con-rei unius obligationis heißen correi;

2. als Mehrheit von an sich selbständigen Obligationen, die aber auf denselben Gegenstand gehen und deshalb durch Erfüllung einander aufheben. Solche Obligationen entstehen bei selbständigen getrennten Versprechen auf denselben Gegenstand, z. B. auf eine fremde Schuld, einen gefürchteten Schaden, Ausführung eines Mandats, ferner bei gemeinschaftlichen Delikten (weil die culpa an sich selbständig und Verabredung darüber ungültig ist), bei unteilbaren Objekten

Alle die hier unterschiedenen Verhältnisse haben im Leben eine ganz verschiedene praktische Stellung und Bedeutung. Sie sind daher in Rom selbständig und ohne Verbindung miteinander entstanden und ausgebildet und nie unter einen gemeinsamen Begriff und Namen vereinigt, ebensowenig hat man gemeinsame Grundsätze für sie aufgestellt, höchstens Vergleiche gemacht. Die Abstraktionsmethode der modernen Theorie hat nun aber geglaubt, alle die Fälle unter einen Begriff und ein Prinzip bringen zu müssen. Früher erklärte man sie alle für Korrealobligationen; seit Ribbentrop[1] unterscheidet man wenigstens die Fälle der Einheit und Mehrheit der Obligationen. Dagegen werden die indirekte und die accessorische Beteiligung noch jetzt meistens zur Kor-

[1] Zur Lehre von der Korrealobligation. 1831.

realobligation gerechnet, obgleich die Römer namentlich die Bürgen von den correi ausdrücklich und scharf scheiden und durch die Vereinigung beider die Korrealobligation aus einem konkreten realen Verhältnisse zu einem abstrakten doktrinären Charakter verflüchtigt wird. Umgekehrt hat man in neuerer Zeit wieder die Scheidung von Einheit und Mehrheit der Obligationen angegriffen, weil Obligation Verpflichtung einer Person sei und folglich, wenn mehrere Personen verpflichtet seien, notwendig auch mehrere Verpflichtungen da sein müßten. Dabei ist das subjektive Verpflichtetsein mit dem objektiven Obligationsverhältnisse verwechselt, und übersehen, daß der Bestand der Obligationen nicht bloß auf Subjekt und Objekt beruht, sondern wesentlich auch auf ihrer causa. Danach muß es, wenn mehrere Subjekte auf ein Objekt verpflichtet werden, einen wesentlichen Unterschied machen, ob ihre Verpflichtungen auf einer oder auf verschiedenen causae beruhen. Im ersteren Falle begründet die Einheit des Objekts und der causa auch objektive Einheit der Obligation neben der Mehrheit der Subjekte und ihrer Verpflichtung, im zweiten ist einfache Mehrheit von Obligationen auf ein Objekt. Im ersteren Falle kann man daher einfach nebeneinander objektiv von einer gemeinsamen Obligation und subjektiv von den verschiedenen Obligationen der einzelnen Teilnehmer sprechen, wie die Römer dies auch ganz unbefangen tun, und in der einen Beziehung von der „una“ und „communis obligatio“ mit ihren „plures participes“ oder „rei“ reden, in der andern von der „propria cuiusque obligatio“ und den „plures species obligationum“. Darin liegt weder ein Widerspruch, noch darf man die eine oder andere Art der Aussprüche für die hauptsächliche erklären.

Die Frage ist nur, wie eine Einheit der causa für mehrere Subjekte möglich ist, da doch niemand ohne eigenen Grund verpflichtet oder berechtigt werden kann, also bei gemeinschaftlichen Verträgen nicht ohne eigene Stipulation oder Promission? Die Antwort ist, daß Teilnahme mehrerer an einer causa insoweit möglich ist, als dieselbe vom Willen der Kontrahenten oder eines Testierers oder des Gesetzes abhängig ist. Insoweit kann solidarische Beziehung auf mehrere durch besondere Bestimmung bewirkt werden. Bei Verträgen ist dies der Fall, wenn nicht jeder für sich ohne Beziehung auf die anderen einen Vertrag schließt, ein Versprechen gibt, sondern alle zusammen nur einen Vertrag abschließen, den jeder solidarisch auf sich nimmt. Dadurch werden die Einzel-causae der einzelnen zu einer Gesamt-causa aller vereinigt. Bei der römischen Stipulation mußte dies auch formell durch Verschlingung der einzelnen Stipulationen zu einer gemeinschaftlichen vermittelt werden. Bei freien Verträgen genügt ausdrücklich freie Übereinkunft. Das Verhältnis, in welchem die correi zueinander stehen und welches sie zu der gemeinsamen Obligation veranlaßt (ob Sozietät oder Unterstützung eines von ihnen u. a.), ist für die Korrealität an sich und das Verhältnis zur Gegenpartei völlig gleichgültig und bestimmt nur die etwaige Ausgleichung nach der Zahlung.

Der Unterschied der Korrealobligation von der Solidarobligation, d. h. von den einfach solidaren Obligationen, besteht daher in folgendem: Die Korrealobligation ist wesentlich gemeinsame („communis“) Obligation, bei der eigentlich Teilung stattfände, diese aber durch besondere Bestimmung ausgeschlossen und Solidarität begründet ist. Bei den einfach solidaren Obligationen ist dagegen rechtlich nichts gemeinsam als das Objekt; jede Obligation ist selbständig und geht für sich, wie jede Obligation, natürlich solidarisch auf ihr Objekt; man würde von der Solidarität bei ihr gar nicht besonders sprechen, wenn nicht andere Obligationen auf denselben Gegenstand neben ihr ständen; nur dadurch entsteht die Frage, ob nicht Teilung eintrete, und nur durch deren Abweisung erscheint die Solidarität als etwas Eigentümliches. Bei der Korrealobligation wird also die Partialität zur Solidarität erhoben, bei den einfach solidaren wird die Solidarität nicht zur Partialität heruntergesetzt.

Die ganze Unterscheidung ist hiernach keine künstliche, hypersubtile, sondern eine, die sich aus der Natur der praktischen Verhältnisse ganz von selbst ergibt. Man muß die Begriffe nur nicht rückwärts aus den römischen Wirkungen abstrahieren, sondern genetisch aus den Lebensverhältnissen selber herauskonstruieren. Die Wirkungen ergeben sich dann von selbst. Daß selbständige Obligationen, wenn sie auch auf denselben Gegen-

stand gehen, doch unabhängig nebeneinander stehen und im allgemeinen, außer der Lösung durch Erfüllung, keinen Einfluß aufeinander ausüben, ist ganz natürlich; dagegen ist bei gemeinschaftlichen solidaren Verträgen ein gegenseitiger Einfluß auch außer der Erfüllung bei Verjährung, Erlaß, culpa, Litispendenz, Eid, Urteil stets notwendig oder wenigstens möglich, und namentlich kann eine Einrede der Teilung hier wegen der Gemeinschaft mitunter eine gewisse Billigkeit für sich haben[1 2].

III. Die Objekte der Obligation.

§ 48. Gegenstand der Obligation ist hintereinander der Schuldner, sein Wille, seine Handlung, der Inhalt der Handlung, die Sache, worauf sie sich bezieht, der Erfolg, den sie bewirken soll. Im allgemeinen können alle denkbaren Handlungen zum Gegenstand von Obligationen durch Vertrag oder Testament gemacht werden; erforderlich ist nur:

1. daß sie möglich sind, physisch und rechtlich, [d. h. aber nur objektiv, wenn auch nicht subjektiv für den Schuldner;

2. daß sie erlaubt sind, rechtlich und sittlich; unsittliche Verträge sind ipso iure nichtig;

3. daß sie dem Gläubiger ein Interesse gewähren. Dies ist Konsequenz des allgemeinen Rechtsbegriffs (§ 13). Daß das Interesse ein pekuniäres sein müsse, ist nicht nötig. Annehmlichkeiten, selbst bloße Affektionen, können jedenfalls Recht und Klage begründen; ob sie auch in Gelde abgeschätzt werden können, ist eine andere Frage[3].

---

[1] Die Literatur über die Korrealobligationen ist seit der Schrift von Ribbentrop sehr reichhaltig. Die neuesten Schriften sind: Mages, Die Gesamtschuldverhältnisse des österreichischen Rechts. 1872; Brinz, Zur Lehre von der Korrealobligation. 1873 (auch in der Krit. Vierteljahrsschrift XIV 1); Czyhlarz in Grünhuts Zeitschr. III Nr. 2; Unger, Jahrbb. f. Dogm. XXII Nr. 2 und XXIII Nr. 3; Hölder, Zwei Abhandlungen aus dem römischen Rechte, Festschrift für Scheurl. 1884 u. im Archiv f. d. zivilist. Praxis LXIX Nr. 4; Waldner, Die korreale Solidarität. 1885; G. Hartmann, Korreal- und Solidarobligationen (Ztschr. f. schweiz. Recht N. F. VI 113). 1886; Mitteis, Die Individualisierung der Obligation. 1886, 49—114 und in Grünhuts Zeitschr. XIV Nr. 9; Kuntze, Die Obligationen im römischen und heut. Recht §§ 32—40; Ascoli, sulle obligazioni solidali. Rom 1890; Eisele, Archiv f. d. zivilist. Praxis LXXVII 374 ff.; Binder, Die Korrealobligationen im röm. und heutigen Recht. 1899.

〈[2] Doch ist dieser Einfluß in früherer Zeit sehr überschätzt worden. Namentlich das Bestreben, die im röm. Recht vorfindliche Erscheinung, wonach die Klagerhebung gegen einen Korrealschuldner oder seitens eines Korrealgläubigers die Konsumption des gesamten Forderungskomplexes herbeiführt, aus der „Einheit“ der Obligation zu erklären, ist vergeblich; insbesondere die in der vorigen Note zitierten Schriften von Eisele und Ascoli haben gezeigt, daß diese Konsumption im klassischen Recht andere Zusammenhänge hat. Ihre Bedeutung für dieses Problem war schon früher bestritten durch Dernburg, Preuß. Priv.-R. II § 47, und Mitteis, Individ. d. Oblig. (61 ff.), woselbst auch gegen anderweitige Überschätzung des gegenseitigen Konnexes der Einzelansprüche bei der Korrealobligation Stellung genommen ist. Trotzdem hat Ihering in seinen Jahrbb. XXV 185 neuerdings für denselben das Wort ergriffen. Das B.G.B. §§ 425. 429 III jedoch hat denselben anerkennenswerterweise in weitem Umfang abgelehnt.〉

[3] Diese Loslösung der Obligation von der Beziehung zum Vermögen ist in neuerer Zeit mannigfach verteidigt worden, besonders von Ihering anläßlich des Rechtsfalls der schweizerischen Gäubahn in den Jahrbb. f. Dogmatik XVIII 1. Allein sie verflüchtigt den Begriff der Obligation und führt zu unabsehbaren Konsequenzen, die auch nicht dadurch zu umgehen sind, daß man dem Richter die Aufgabe zuweist, Forderungen, welche nicht zur Deckung eines vernünftigen, schutzwürdigen Interesses eingeräumt seien, zu verwerfen. G. Hartmann, Die Obligation S. 54. 55; Meili, Zeitschr. f. Handelsrecht XXIV 362 ff.; Laband, Archiv für die zivilist. Praxis LXXII 171 ff. Man muß vielmehr die Beschränkung festhalten, daß eine Obligation nur auf derartige Leistungen eingegangen werden kann, welche, wenn sie auch das Vermögen des Gläubigers nicht vermehren, doch im Verkehr für Geld zu haben und daher einer Schätzung fähig sind, so daß ihr Wert für den Gläubiger in der Ersparung einer anderweitigen Geldaufwendung liegt. Darüber hinaus mag der Gläubiger sich durch Konventionalstrafen sichern. Vgl. unten § 49; Dernburg, Pandekten II § 17; Wendt, Pandekten § 186; auch G. Hartmann, Archiv für die zivilist. Praxis LXXIII 370 ff. 〈Andererseits läßt sich für die römischen Quellen das Erfordernis des Vermögenswertes der Obligation nicht mit voller Sicherheit erweisen; denn der Umstand, daß im klassischen Zivilprozeß die condemnatio pecuniaria herrschte, schließt nicht aus, daß wenigstens unter Umständen affectus ratione auf eine arbiträre Geldentschädigung für die Verletzung der Affektionsinteressen geklagt wurde, und die Stellen, aus welchen man das

Der Gegenstand der Obligation braucht nicht von vornherein speziell bestimmt zu sein, es genügt generische, alternative, kollektive, begriffliche Bestimmtheit. Nötig ist nur, daß Dasein, Inhalt und Umfang nicht mehr von der reinen Willkür des Schuldners abhängen, sondern irgend ein rechtlicher Anhalt da ist, um eine Entscheidung auch wider seinen Willen herbeizuführen, mag übrigens die Bestimmung von ihm selbst oder dem Gläubiger oder einem Dritten oder dem Richter oder dem reinen Zufalle ausgehen. Ist aber der Eintritt der Entscheidung überhaupt noch zweifelhaft, wie bei Entscheidung durch Dritte oder Zufall, so gilt die Obligation als bedingte. Bei generischer und alternativer Obligation hat in der Regel der Schuldner das Wahlrecht, nur bei Legaten in der Regel der Legatar.

§ 49. Schadenersatz und Zinsen. Als besondere begrifflich und ökonomisch bestimmte Arten von Obligationsinhalt mit allgemeinerer Bedeutung sind hier Schadenersatz und Zinsen hervorzuheben.

1. Schadenersatz ist der allgemeinste Gegenstand von Obligationen. Die Pflicht zu seiner Leistung kann aus den verschiedensten Obligationsgründen hervorgehen, Vertrag, Delikt, Testament, Gesetz; er kann selbständig und accessorisch geschuldet werden und eventuell möglicherweise bei allen Obligationen an die Stelle der unmittelbaren Naturalleistung treten.

Unter Schaden versteht das römische und heutige gemeine Recht nur Vermögensnachteil, sei es positiv Verringerung des vorhandenen Vermögens (damnum emergens) oder negativ Nichterlangung neuen Vermögens (lucrum cessans). Schadensersatz ist daher nur die Ausgleichung dieses Nachteils in Gelde, die Herstellung des Vermögensbestandes, den man ohne die schadende Tatsache gehabt haben würde, die Zahlung der Differenz zwischen dem wirklichen Vermögen und dem, was man ohne die Tatsache haben würde. Der Schadenersatz beträgt also so viel, als dem Beschädigten vermögensrechtlich daran gelegen ist, daß die Tatsache nicht eingetreten wäre, das sogenannte Interesse[1] (omne quod interest). Alle Verletzungen des Körpers, der Ehre, der Affektion, Entziehung von Annehmlichkeiten, geistigen und anderen Genüssen u. dergl. gelten nicht als Schaden, begründen daher (abgesehen von mittelbar bewirktem Vermögensschaden, wie Kurkosten u. dergl.) kein Recht auf Schadenersatz, sondern höchstens auf Strafe, dieses aber gesetzlich nur vom Standpunkt der Injurie und des Schmerzensgeldes, sonst nur bei vorheriger Vereinbarung oder richterlicher Androhung. Es ist dies eigentlich nicht gerechtfertigt. Denn der obige Begriff von Interesse als Vermögensdifferenz paßt darauf zwar nicht; allein alles Vermögen ist nur Mittel für den Genuß, und wenn daher für die Entziehung der Mittel zum Genusse Ersatz gegeben werden muß, so ist nicht abzusehen, warum nicht auch für die direkte Schädigung des Genusses Entschädigung durch Verschaffung der Mittel für anderen Genuß eintreten soll. Die französische Praxis zweifelt nicht daran[2], und auch das Schmerzensgeld der Carolina ist eigentlich nicht Strafe, sondern „Ergetzung" für „Schmach und Schmerzen". Wenigstens im Falle von Beleidigungen und Körperverletzungen können jetzt bei der durch das Reichsstrafgesetzbuch eingeführten Buße[3] jene Rücksichten mit in Anschlag gebracht werden[4].

Erfordernis der Vermögensinteressen sonst herauszulesen glaubte, sind teils mißverstanden, teils interpoliert. Vgl. in letzterer Beziehung Pernice, Labeo III 1. 172—195. — Im ganzen noch Kohler in seinem Archiv XII 1—88.)

[1] Fr. Mommsen, Zur Lehre vom Interesse (Beitr. zum Obl.-R. Bd. II). 1855; Cohnfeldt, Die Lehre vom Interesse. 1865.

[2] Vgl. Zink, Über die Ermittelung des Sachverhalts im französischen Zivilprozesse. 2 Bde. 1860; G. Lehmann, Der Notstand des Schädenprozesses. 1865.

[3] Wächter, Die Buße bei Beleidigungen u. s. w. 1874. Weitere Literatur bei Binding, Grundriß des Strafrechts I (1902) 220 ff.

[4] Die Forderung, daß auch für die Verletzung anderer Lebensgüter als des Vermögens Geldersatz geleistet werden müsse, wird in neuerer Zeit immer allgemeiner gestellt. In Österreich ist auf das Verlangen nach einer dahin gehenden gesetzlichen Bestimmung geantwortet worden, daß das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, richtig verstanden, dieselbe bereits enthalte. So Pfaff, Zur Lehre von Schadenersatz und Genugthuung. 1880. Dagegen freilich Unger in Grünhuts Zeitschr. VIII

Bei der Bestimmung des Interesses kommt aller Nachteil in Betracht, der mit der schadenden Tatsache im Kausalnexus steht, also ohne sie nicht eingetreten wäre, mag er direkte oder indirekte, notwendige oder zufällige Folge sein, mochte ihn der Täter voraussehen können oder nicht, der Beschädigte ihn abwenden können oder nicht; nur die weiteren mittelbaren Folgen muß dieser, wenn er kann, abwenden. Als entzogener Gewinn gilt aber nicht schon der bloß mögliche, sondern nur der nach den konkreten Umständen sicher zu erwartende. Die Schätzung muß den allgemeinen Wert der Dinge (pretium commune) zu Grunde legen, dann aber auch das besondere Interesse des Beschädigten nach seinen konkreten Verhältnissen (pretium singulare) in Betracht ziehen. Die bloße Affektion nach rein subjektivem Gefühle kann aber nicht geschätzt werden, ein objektiver Maßstab nach menschlichen Verhältnissen muß immer da sein.

Den Beweis des Schadensbetrages muß der Beschädigte führen, und zwar war die gemeinrechtliche Praxis dabei bis zum Übermaß penibel, die Liquidationsprozesse waren oft weitläufiger und langwieriger als die Hauptprozesse selber und schmälerten den wirklichen Schadenersatz oft erheblich. Die Pauschquanta der französischen Praxis sind zwar oft sehr willkürlich, aber im allgemeinen doch praktischer. Einige Hilfe gewährte der sogenannte Würderungseid (iuramentum in litem), der im Falle von dolus und lata culpa nach römischem Rechte zwar nur bei Klagen auf Heraus- und Rückgabe von Sachen zugelassen, von der gemeinrechtlichen Praxis aber vielfach auf alle Schadensklagen ausgedehnt wurde. Nach der Civilprozeßordnung § 287 hat sowohl darüber, ob ein Schaden entstanden sei, als über die Höhe desselben oder des zu ersetzenden Interesses das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung zu entscheiden. Dadurch hat dem Gericht ein noch freieres Ermessen als nach der allgemeinen Regel über die Beweiswürdigung (§ 286) eingeräumt werden sollen. Das Anrecht der Beschädigten auf ein iuramentum in litem ist abgeschafft; doch kann das Gericht anordnen, daß der Beweisführer den Schaden oder das Interesse bis zu einem bestimmten Höchstbetrage eidlich schätze.

2. Zinsen sind im allgemeinen der Gebrauchswert des Geldes oder anderer fungibler Sachen für bestimmte Zeit, regelmäßig in einer Quote des Kapitals berechnet. Sie werden Obligationsgegenstand, wenn jemand für den entbehrten Gebrauch Ersatz von einem andern fordern kann, sei es daß dieser den Gebrauch gehabt oder nur jener ihn entbehrt hat. Der Grund der Ersatzpflicht kann entweder in einem selbständigen Rechtsgeschäfte, Vertrag oder Testament liegen oder in gesetzlicher Anordnung aus sonstigen Rechts- oder Billigkeitsgründen. Die Römer verbinden damit den Unterschied, daß die Zinsen der ersten Art selbständig auch ohne das Kapital, auch nach ihm, eingeklagt werden können, die letzteren dagegen nur als Accessorium bei der Kapitalsklage. Die Gründe dieser Art Zinsen sind Verzug (mora), Nachlässigkeit oder gar Unredlichkeit in der Verwaltung fremder Gelder, die besondere Unbilligkeit beim Kaufe, wenn der Käufer die Sache bekommt und den Preis nicht zahlt, also beides nutzt, und besondere Begünstigung bei Forderungen des Fiskus, der Minderjährigen u. a. Das Maß der Zinsen hängt bei Verträgen und Testamenten von deren Bestimmung ab, bei den gesetzlichen von dem landesüblichen Zinsfuße. In der deutschen Praxis wurden dabei regelmäßig 5 Prozent angesetzt.

Die Freiheit, das Maß der vertragsmäßigen Zinsen nach Belieben zu bestimmen, ist übrigens erst eine Errungenschaft der allerneuesten Zeit. Das römische Recht hatte vom Anfange an bis zuletzt das Prinzip, den Schuldner gegen Mißbrauch seiner Not vom Gläubiger durch zu hohe Zinsforderung gesetzlich zu schützen, indem es nur einen mäßigen Zins, anfangs acht, später zwölf, zuletzt sechs Prozent erlaubte und alles höhere Zinsnehmen als Wucher bestrafte. Das kanonische Recht verbot in seiner Vermischung

---

Nr. 4; hinwiederum Pfaff, ebenda VIII Nr. 12. Ähnlich nimmt Ihering bereits für das geltende gemeine Recht neben der „Äquivalentfunktion" eine „Straf- und Satisfaktionsfunktion" des Geldes an. In der That aber stellt sich auch jene erweiterte Haftung als eine Schadenersatzpflicht dar, sobald man unter Schaden nicht nur den materiellen und pekuniären, sondern auch den idealen und moralischen Schaden begreift. Vgl. Mataja, Das Recht des Schadenersatzes. 1888 und in Kohlers Archiv f. bürgerliches Recht I Nr. 4. Vgl. auch Degenkolb, Archiv f. civilist. Praxis LXXVI 1—88.

von Religion und Recht das Zinsnehmen ganz. Seit der Reformation wurden fünf Prozent wieder zulässig. Außerdem verbietet das römische Recht noch den Anatozismus, d. h. Zins vom Zins, und daß rückständige Zinsen ultra alterum tantum steigen. Diese Schranken wurden zunächst für Kaufleute durch das deutsche Handelsgesetzbuch fast ganz beseitigt, indem dasselbe bei Darlehns- und Handelsschulden eines Kaufmanns Zinsversprechen auch über sechs Prozent, ferner Anatozismus für die im Kontokorrent-Saldo enthaltenen Zinsen und bei Handelsgeschäften auch Anwachsen der Zinsen über das Kapital hinaus gestattete (Artikel 291—293). Die Freigebung des vertragsmäßigen Zinsfußes wurde dann verallgemeinert durch das Gesetz des Norddeutschen Bundes, später Reichsgesetz vom 14. November 1867. Endlich hat aber das Reichsgesetz vom 24. Mai 1880 es wieder für Wucher erklärt, wenn jemand die Notlage, den Leichtsinn oder die Unerfahrenheit eines andern ausbeutet und sich für ein Darlehn oder die Stundung einer Geldforderung über den üblichen Zinsfuß hinaus solche Vermögensvorteile versprechen läßt, die nach den Umständen des Falles in auffälligem Mißverhältnis zu seiner Leistung stehen. Danach ist Kennzeichen des Wuchers nicht mehr Überschreitung eines abstrakten Zinsmaximums, sondern eine Reihe nur im konkreten Falle festzustellender Momente. Die Rechtsfolgen sind kriminelle Strafbarkeit des Wucherers und zivilrechtliche Nichtigkeit des gesamten Vertrages. ⟨Doch hat das B.G.B. die zivilrechtlichen Bestimmungen des letztgenannten Gesetzes mit Rücksicht auf seinen § 138 außer Kraft gesetzt.⟩

Eine besondere Anwendung des Zinsbegriffes ist das interusurium, d. h. die Zinsen der Zwischenzeit, die bei einem erst nach bestimmter Zeit fälligen Kapitale abgezogen werden müssen, wenn man seinen jetzigen Wert bestimmen will. Es muß so viel abgezogen werden, daß der Rest mit seinen Zinsen, nach Umständen auch Zinseszinsen, bis zur Fälligkeit den Betrag des Kapitals gibt. Die Berechnung kann bei Zahlung oder Zession vor der Fälligkeit, bei der Quarta Falcidia und sonst nötig werden. Doch braucht niemand vorzeitige Zahlung mit Abzug des interusurium anzunehmen.

IV. Entstehung der Obligationen.

§ 50. Allgemeines. Man darf sich die Obligationen nicht als einen abgerundeten Kreis selbständiger Verhältnisse zwischen den Sachen- und Familienrechten denken. Vielmehr ziehen sie sich durch das ganze Rechtssystem hindurch, können bei allen Verhältnissen entstehen und bilden daher auch kein abgeschlossenes, innerlich geordnetes und gegliedertes System. Nur gewisse Hauptkategorieen von Entstehungsgründen und eine gewisse Reihe von Obligationen, die selbständige Verhältnisse im Leben bilden, kann man aufstellen. In der ersten Beziehung kann man mit den Römern unterscheiden, daß Obligationen entweder ex voluntate oder ex re entstehen, d. h. entweder durch freiwillige Übernahme einer Verpflichtung vom Schuldner, wie bei allen Verträgen, Pollizitation, negotiorum gestio, Erbschaftsantritt, oder als rechtliche Folge bestimmter Handlungen, namentlich Delikte, beziehungsweise bestimmter äußerer Zustände, wie Besitz, Gemeinschaft, Verwandtschaft, Bereicherung u. s. w. Der Hauptunterschied zwischen den Obligationen ex voluntate und ex re ist, daß die ersteren Geschäftsfähigkeit des Schuldners voraussetzen, die anderen nicht.

Bei der Gruppierung der Obligationen, welche selbständige Verhältnisse im Leben bilden, treten zunächst die Verträge und die Delikte als die beiden Hauptarten hervor. Daran schließt sich dann eine Reihe weiterer Verhältnisse an, deren Rechtsgründe mehr oder weniger Ähnlichkeit entweder mit den Verträgen oder den Delikten haben, und die daher nach deren Analogie beurteilt werden müssen, wenn auch zum Teil nur in sehr entfernter Weise. Auf diesen Ideen beruht die römische Einteilung der Obligationen in obligationes ex contractu, ex delicto und ex variis causarum figuris, nämlich quasi ex contractu und quasi ex delicto. Aus den letzteren darf man keine positiven Begriffe von Quasikontrakten und Quasidelikten bilden wollen und namentlich die ersteren nicht definieren als Handlungen, welche Obligationen erzeugen, ohne sie zu beabsichtigen. Die obligationes quasi ex contractu entstehen vielfach ohne alle Handlungen, z. B. bei der communio incidens.

§ 51. Einzelne Entstehungsgründe der Obligationen. Hier sind nur die beiden Begriffe Vertrag und Unrecht in allgemeinen Grundsätzen auszuführen.

I. Vertrag. Verträge nennt man im allgemeinen alle zweiseitigen Rechtsgeschäfte, also alle Vereinbarungen mehrerer Personen über ihre Rechte und Pflichten gegeneinander oder gegen Dritte. Im engeren Sinne versteht man nur die Schuldverträge darunter, d. h. die auf Obligationen bezüglichen, hauptsächlich auf die Begründung von Obligationen gerichteten, die obligatorischen; doch schließen sich ihnen die liberatorischen, d. h. auf Aufhebung von Obligationen gerichteten, an. Den Gegensatz bilden die Verträge, wodurch andere Rechte, dingliche oder personenrechtliche, begründet werden sollen, wie Pfandvertrag, Erbvertrag, Ehe u. a. Der obligatorische Vertrag als Willensvereinigung zur Begründung einer Obligation schließt wesentlich das Element der Verpflichtung auf der einen und das der Berechtigung auf der anderen Seite in sich. Der Wille dessen, der sich verpflichtet, ist das Versprechen[1], der Wille des anderen die Annahme. Jeder Vertrag besteht insofern wesentlich aus Versprechen und Annahme. Nur ist es nicht nötig, daß sie in dieser bestimmten einfachen Form einander gegenüberstehen, sie können auch als Offerte und Accept, Frage und Antwort, Bestellung und Übernahme, oder einfache Vereinbarung hervortreten. Das Wesen des Vertrages bleibt selbst dann dasselbe, wenn neben dem Versprechen, oder auch statt desselben, gleich die Erfüllung geschieht, also eine wirkliche Verpflichtung gar nicht eintritt. — Natürlich kann der Vertrag auch gegenseitige Obligierung bezwecken. Dann ist ein gegenseitiges Versprechen und Annehmen nötig, auch hier nur der Sache und Absicht nach, nicht in bestimmter gegenseitiger Form. Man unterscheidet danach ein- und zweiseitige Verträge. Eigentlich kann man nur von ein- und gegenseitigen Versprechen und Obligationen sprechen, denn Verträge sind als solche immer zweiseitig. Die Gegenseitigkeit der Obligation kann aber eine vollkommene oder unvollkommene sein, je nachdem die beiden Obligationen auf gleichmäßige, einander bedingende Gegenleistungen gehen, wie bei Kauf und Miete, oder nur eine die Hauptobligation ist, die andere nur eine untergeordnete und ergänzende, wie bei Depositum und Kommodat. Man kann diese Verträge insofern darum auch wieder als einseitige oder wesentlich einseitige, zufällig zweiseitige bezeichnen.

§ 52. Erfordernisse der Gültigkeit der obligatorischen Verträge sind natürlich zunächst die allgemeinen der Rechtsgeschäfte überhaupt, so namentlich in betreff der Fähigkeit der Subjekte, der Elemente des Willens u. s. w. Dazu kommen aber hier noch folgende besondere:

1. Subjekte. Es ist schon oben bei dem allgemeinen Begriffe der Obligation hervorgehoben, daß die Römer die Beziehung der Person zur Obligation und ihrem Inhalte enger auffassen als die moderne Anschauung. Eine Hauptfolge davon ist die Unzulässigkeit der direkten Stellvertretung bei Verträgen im römischen Rechte. Daß dabei das heutige Recht unzweifelhaft einen anderen und freieren Standpunkt eingenommen hat, ist bereits oben § 21 ausgeführt. Zweifelhafter und streitiger ist eine andere Frage, nämlich die Gültigkeit von Verträgen für andere ohne Stellvertretung. Nach römischem Rechte können Verträge stets nur auf Verpflichtungen und Leistungen der Kontrahenten gegeneinander selber gerichtet sein. Man kann weder Leistungen von anderen noch an andere versprechen. Das erstere verpflichtet weder den Promittenten noch den Dritten, jenen nicht, weil ihm die Erfüllung unmöglich ist, diesen nicht, weil er sie nicht versprochen hat; das zweite berechtigt weder den Acceptanten noch den Dritten, jenen nicht, weil er kein Interesse dabei hat, diesen nicht, weil ihm nichts versprochen ist. Die Ungültigkeit der Versprechen von fremden Handlungen ist nun allerdings sehr natürlich und auch im modernen Recht nicht anders, da auch schon die Römer den Fall ausnehmen, wenn in dem Versprechen eine Garantie für die Handlung des Dritten enthalten

[1] Siegel, Das Versprechen als Verpflichtungsgrund. 1873; Unger in Grünhuts Zeitschr. I 357; F. Hofmann, Die Entstehungsgründe der Obligation. 1874; Karlowa, Das Rechtsgeschäft. 1877.

ist. Die Ungültigkeit der Verträge zu Gunsten Dritter[1] erschien dagegen dem modernen Bewußtsein sehr anstößig. Der Grund, daß man kein Interesse bei der Leistung an den Dritten habe, war denn doch gar zu egoistisch, und da Affektion für andere sonst als genügendes Interesse zur Begründung einer Klage angesehen wird, so fragte man billig, warum hier nicht. Dem Dritten eine Klage zu geben, schien allerdings weniger nötig, da ja der Stipulant für ihn sorgen und ihm seine Rechte cedieren kann. Indessen setzte dies ja jedenfalls erst ein Klagerecht des Stipulanten voraus und hatte auch sonst manche Schwierigkeiten; auch sah man, daß die Römer selbst schon von ihrem Prinzipe[2] mehrfache Ausnahmen gemacht und eine Klage für den Dritten zugelassen haben, nämlich stets, wenn man sich für seine Erben etwas versprechen läßt, und außerdem, wenn man jemandem etwas gibt mit der Auflage späterer Restitution an einen Dritten. Das gemeine Recht ist daher entschieden weiter gegangen: wie weit aber und nach welchem Prinzipe, darüber war in der Theorie, Praxis und Gesetzgebung ein unendlicher Wirrwarr. Manche wollten nur einzelne weitere Ausnahmen zulassen; mit Recht wurde aber überwiegend ein neues Prinzip angenommen, jedoch verschieden: entweder daß nur für den Promissar allgemein eine direkte Klage entstehe, für den Dritten nur von ihm abgeleitet durch Mandat oder Zession, daher auch widerruflich; oder daß neben dem Promissar aus dessen Vertrage auch dem Dritten ein selbständiges Recht eröffnet sei, aber so, daß er es sich erst durch Beitrittserklärung aneignen muß; oder daß für den Promissar gar nicht, sondern nur für den Dritten ein Recht entstehe, und zwar sofort und unwiderruflich. ⟨Das B.G.B. hat die „Verträge auf Leistung an Dritte" zu einer zweifellos anerkannten und weitreichenden Rechtsinstitution erhoben.⟩

§ 53. 2. Das Objekt. In betreff der Sachen, über welche Verträge geschlossen werden, hat das römische Recht allerlei spezielle Bestimmungen, namentlich über die dem Verkehr entzogenen, nicht existierenden, zukünftigen, zerstörten, fremden, eigenen u. s. w., auf deren Ausführung jedoch hier nicht eingegangen werden kann.

§ 54. 3. Der Wille. Das Schwierigste bei der Lehre von den Verträgen ist die Beurteiluug des Willens. Die erste Frage ist hier das Verhältnis von Wille und causa. Wie man bei der Tradition des Eigentums den Traditionswillen und die causa traditionis unterscheidet, so bei Verträgen das Versprechen und seine causa. Das erstere ist stets abstrakt und gleichmäßig nur die Erklärung, etwas tun, geben oder überhaupt schuldig sein zu wollen. Das letztere ist der rechtliche Grund, aus dem man das Versprechen gibt. Niemand faßt den Willen, einem andern etwas zu geben, abstrakt, nur um zu wollen, sondern stets nur auf Grund bestimmter Lebensinteressen, entweder eines Vorteils wegen oder aus Liberalität. Man kann 100 versprechen als Kaufgeld, Mietzins, Darlehn, Schenkung u. s. w., aber nicht schlechthin ohne allen konkreten Grund, nur abstrakt, um sie schuldig zu sein. Ein wirklicher, ernstlicher und vernünftiger Wille ist somit ohne bestimmte causa gar nicht möglich, und die causa ist es daher, wodurch der abstrakte Begriff „Versprechen" sich zu den einzelnen konkreten Vertragsarten sondert. Eine andere Frage ist nun aber, ob zur Klage aus einem Versprechen stets auch die Angabe und eventuell auch der Beweis der causa nötig ist und bei unerweislicher oder ungültiger causa auch die Klage abgewiesen werden muß, oder ob nicht das abstrakte Versprechen als solches, d. h. der darin ausgesprochene Wille als solcher, als der eigentliche nächste Grund der Obligation und Klage anzusehen ist und der Mangel oder die Ungültigkeit der causa nur als Einrede vom Beklagten geltend gemacht werden kann und

[1] Unger in den Jahrbb. für Dogmatik X 1; Gareis, Die Verträge zu Gunsten Dritter. 1873; E. Zimmermann, Stellvertretende negotiorum gestio 1876. S. 61—85; Regelsberger, Archiv für die ziviliſt. Praxis LXVII 1 und Bähr ebenda LVII 157 ff. und in Kohlers Archiv für bürgerl. Recht II 99 ff.

⟨[2] Über das Prinzip selbst Pernice, Labeo III. 1, 193, welcher übrigens (p. 189) in der bekannten Hauptstelle D. 45, 17 1, 38, Interpolation annimmt. — Eine sehr wichtige praktische Modifikation des Prinzips durch die Zulassung des Fideikommissum a debitore relictum hat neuerdings Hellwig, Verträge zu Gunsten Dritter 1—23 in sehr verdienstlicher Weise in das rechte Licht gerückt.⟩

dann auch bewiesen werden muß. Man kann sagen, daß der Wille an sich das eigentlich Verpflichtende ist, der Grund aber, warum man will, für den Gläubiger gleichgültig und nur ein Internum des Schuldners ist; wie das Eigentum auch bei ungültiger oder irrtümlicher causa traditionis übergeht und nur indirekte Rückforderung möglich ist, so scheint auch hier die Obligation entstehen und nur indirekte Entkräftung möglich sein zu müssen. Indessen stehen sich Tradition und Vertrag hier nicht gleich. Bei der ersteren sind drei Elemente: Übergabe der Sache, Wille der Übereignung, causa des Willens. Das erste begründet als solches die Wirkung, sobald das zweite zu Grunde liegt, das dritte kommt nur tertiär als Grund des Grundes in Betracht; der Wille löst sich hier von seiner causa und verbindet sich mit der Übergabe. Die Tradition ist stets gleichmäßige Übergabe mit Übertragungswillen, mag der Wille auf Schenkung, Kauf, Tausch oder sonst worauf beruhen, dies tritt in der Tradition als solcher gar nicht hervor. Ganz anders beim Vertrage. Hier handelt es sich nur um Versprechen, d. h. Wille und causa, und beide sind hier beim gewöhnlichen Vertrage gar nicht zu trennen. Man verspricht z. B. beim Kaufe nicht 100, und zwar subjektiv ex causa emtionis, sondern man verspricht 100 Kaufpreis, ebenso 100 Mietzins u. s. w. Somit kann hier der Kläger nicht einseitig das Versprechen aus seinem wesentlichen Zusammenhange herausreißen und isolieren, sondern kann es nur mit seiner causa zusammen geltend machen. Durch besonderen beiderseitigen Akt ist dagegen allerdings auch hier die Trennung des Versprechens von seiner causa möglich und dann auch die Klage aus dem bloßen Versprechen zulässig, vorbehaltlich natürlich besonderer Anfechtungs- oder Rückforderungsrechte aus der mangelnden und fehlerhaften causa. Dies ist der Fall nach römischem Rechte bei der Stipulation, nach heutigem beim Wechsel. Bei beiden findet eine bestimmte Form statt (Formalkontrakt)[1]; es fragt sich daher, ob diese wesentlich ist oder ob die Parteien auch ohne Form durch bloßen Willen die Trennung bewirken können. Die ältere Theorie und Praxis des gemeinen Rechts war überwiegend dagegen, die jüngere (auch die Gesetzgebung) neigte sich sehr dazu im Interesse einer strengeren und leichteren Rechtspflege. Das Prinzip der freien Willensherrschaft führt auch allerdings dahin, sofern nur der Trennungswille der Parteien entschieden da ist, was aber ohne eine gewisse Form, wenigstens die eines Schuldscheines, schwer zu konstatieren sein wird. Ein Hauptfall der Anwendung ist der sogenannte Anerkennungsvertrag, der unten § 61 näher zu besprechen ist.

§ 55. Die Perfektion. Die zweite Hauptfrage in betreff des Willens bei den Verträgen bezieht sich auf die Perfektion der Willensvereinigung. In ihr liegt die Perfektion des Vertrages überhaupt und damit der Anfang seiner Verbindlichkeit und Unwiderruflichkeit. Das Prinzip ist im allgemeinen, daß der Vertrag perfekt ist, wenn der Konsens auf beiden Seiten vorhanden und erklärt ist. Dies kann nun aber in vielen Fällen nicht nur faktisch, sondern sogar rechtlich sehr zweifelhaft sein, so namentlich:

a) Bei Vorverhandlungen (Traktaten, Punktationen)[2]. Der Übergang aus diesen in die Perfektion des Vertrages bedarf durchaus keiner besonderen förmlichen Schlußerklärung, falls sie nicht besonders vorbehalten ist, sondern tritt von selber ein, sobald die Parteien über alle aufgestellten einzelnen Punkte der Sache nach einig geworden sind. Übereinstimmung nur in den wesentlichen Punkten genügt nicht. Doch ist der sogenannte Vorvertrag (pactum de contrahendo), welcher auf Eingehung eines weiteren Vertrages (z. B. Acceptierung eines Wechsels) gerichtet ist, ein gültiger Vertrag.

---

[1] Gneist, Die formellen Verträge des römischen Rechts. 1845; Bähr, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund. 1855 (2. Aufl. 1867); Schlesinger, Zur Lehre von den Formalkontrakten. 1858; Schloßmann, Zur Lehre von der causa der obligatorischen Verträge (Inauguraldissertation von Greifswald). 1868; Strohal in Iherings Jahrb. XXVII 335—479.

[2] Regelsberger, Zivilrechtl. Erörterungen I. 1868; Degenkolb, Zur Lehre vom Vorvertrag, im Archiv für die civilist. Praxis LXXI 1; Adler, in Iherings Jahrb. Bd. 34.

b) Bei Verträgen unter Abwesenden[1] durch Boten, Briefe, Telegramme. Diese kommen hauptsächlich in der Form von Offerte und Accept zu stande. Dabei ist die Hauptfrage, wann eine Erklärung als perfekt anzusehen ist, ob mit dem Schreiben oder wenigstens Absenden des Briefes oder erst, wenn sie zum Bewußtsein des anderen gekommen ist oder wenigstens an ihn, so daß er sie wissen könnte. Danach bestimmt sich, wie lange Offerten und Accepte widerrufen werden können und wann und wie der Widerruf wirksam wird. Der Begriff der Erklärung führt eigentlich zum Erfordernis der Kenntnis. Indessen forderte das praktische Bedürfnis hier gewisse Modifikationen, die auch im deutschen Handelsgesetzbuche angeordnet waren; namentlich galt der Offerent bis zur möglichen Antwort des Gegners gebunden. Bei manchen Verträgen, besonders Aufträgen, Bestellungen, Schenkungen, ist auch stillschweigender Accept vom Empfänger des Briefes möglich.

c) Bei Verträgen mit unbestimmten Personen, d. h. bei Auktionen und öffentlichen Auslobungen. Auktionen[2] sind nicht als Offerten anzusehen, sondern nur als Aufforderung zu Offerten von den Kauflustigen, werden daher erst mit dem Zuschlage perfekt. Auslobungen sind Popularversprechen, d. h. Versprechen an „quemlibet ex populo" für den Fall einer bestimmten Leistung[3]. Sie können von jedermann acceptiert werden, aber nicht einfach, sondern nur mit der Leistung selbst, bis dahin ist Widerruf möglich, aber nur in derselben Form, welche die Auslobung hatte.

§ 56. Die Form der Willenserklärungen bei Verträgen bildet die dritte Frage. Das römische Recht hatte bis zuletzt das Prinzip, daß die formlose Übereinkunft, der bloße Vertrag, das nudum pactum, in der Regel nicht bindend und klagbar sei. Nur bei vier Verträgen, Kauf, Miete, Sozietät und Mandat, genügte von alter Zeit her der bloße Konsens (Konsensualkontrakte), und diesen wurden später noch einige hinzugefügt, namentlich Konstitut und Schenkung. Außerdem entstand Klagbarkeit nur entweder nach dem Realprinzipe, wenn eine Sache unter bestimmter Verabredung, sei es eines Zweckes oder einer Gegenleistung, gegeben wurde (Realkontrakte), oder nach dem Formalprinzipe, wenn die Form der Stipulation angewendet wurde.

Dieses ganze System hat in Deutschland keinen Eingang gefunden. Die Stipulation kam nicht in Übung, eine andere Form bildete sich auch nicht, und so entstand von selbst der Satz, daß die Willensvereinigung als solche, also jeder Vertrag als solcher, bindend und klagbar sei[4]. Man stritt, ob danach jeder Vertrag als Stipulation oder als Konsensualkontrakt gelte. Beides war falsch. Der Wille gilt als solcher, also so, wie er will. Ob man aber abstrakt oder nur mit einer konkreten causa will und ob man ohne weiteres will, oder nur, wenn und sofern man zugleich die Sache, um die es sich handelt, bekommt oder gibt, das ist lediglich quaestio facti. Es gibt keine Realkontrakte im römischen Sinne mehr. Die Gültigkeit der Verträge beruht an sich stets nur auf der Willensvereinigung. Die Hingabe der Sache ist nicht mehr der Rechtsgrund der Klagbarkeit des Vertrages, sondern nur Element der faktischen Perfektion des Willens. Eine feste Verabredung über Darlehn oder Kommodat ist heute ein Darlehns- oder Leihvertrag. Man kann zwar die Annahme noch verweigern und wird dann auch nicht zur Rückgabe verpflichtet, aber das ist bei der Miete ebenso, und die Wirksamkeit der Vertragsperfektion zeigt sich nicht bloß in der Rückgabepflicht des Empfängers, sondern

[1] Köppen in den Jahrbb. für Dogmatik XI Nr. 2; Schott, Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden. 1873; Sohm in Goldschmidts Zeitschrift für Handelsrecht XVII 16—107; Ömler, Der Vertrag unter Abwesenden. Berlin 1885; Kohler in seinem Archiv für bürgerliches Recht I Nr. 5; Meili, Telegraphenrecht. 1885; G. Maas, Vertragsschluß auf elektrischem Wege. 1889.

[2] Kindervater, Ihering, Unger und Reuling in den Jahrbb. für Dogmatik VII Nr. 1. 4. 7. 8. VIII Nr. 5. X Nr. 6.

[3] Tzschirner, Diss. de indole ac natura promissionis popularis. Berol. 1869.

[4] L. Seuffert, Zur Geschichte der obligatorischen Verträge. 1881, weist nach, daß die Klagbarkeit des formlosen Vertrages erst geraume Zeit nach der Rezeption des römischen Rechts unter dem Einfluß kanonistischer und naturrechtlicher Anschauungen gewohnheitsrechtlich in Deutschland anerkannt worden ist.

auch in der Hingabepflicht des Gebers. Beim Depositum ist es ebenso, nur umgekehrt, indem hier der Verwahrer zur Übernahme verpflichtet ist, und man darf es keinesfalls mit Unger von den übrigen Realkontrakten trennen[1].

Modifiziert war das Prinzip der Formlosigkeit der Verträge im gemeinen Rechte nur dadurch, daß die besonderen Formen des späteren römischen Rechts für Bürgschaften der Weiber und übermäßige Schenkungen auch hier galten und daß die Parteien besondere Formen beliebig ausmachen konnten und dann der Vertrag erst mit der Form perfekt wurde.

Eine besonders häufig gewillkürte, mitunter selbst gesetzliche Form ist die Hingabe eines sogenannten Hand- und Haftgeldes (arrha). Dies ist an sich nichts anderes als eine Sache oder Summe, die ein Kontrahent dem anderen als Zeichen der Perfektion des Vertrages gibt. Es muß daher bei Ausführung des Vertrages stets entweder zurückgegeben oder in den Preis eingerechnet werden, wenn es nicht ausdrücklich oder nach Lebenssitte als Geschenk gegeben ist. Besondere Rücktrittsrechte sind damit gemeinrechtlich an sich ohne besondere Verabredung nicht verbunden gewesen.

§ 57. Die Wirkung der Verträge besteht im allgemeinen darin, daß sie eine ein- oder gegenseitige Obligation mit allen deren Folgen begründen. Darin liegt von selbst, daß die Parteien nach Perfektion des Vertrages nicht mehr einseitig zurücktreten können, sondern unwiderruflich gebunden sind. Ein besonderer Rechtssatz ist das nicht. Alle diese Wirkungen sind aber natürlich, wie der ganze Vertrag, dem gemeinsamen Willen der Parteien, ihrer Vereinbarung vollständig unterworfen. Diese können sie daher sämtlich im einzelnen beliebig ausdehnen oder verstärken oder umgekehrt mildern, einschränken, ganz ausschließen. Alle solche Vereinbarungen heißen Nebenverträge (pacta adiecta). Sie können sowohl neben als nach dem Hauptvertrage gemacht werden und haben bei uns stets gleichmäßig die Wirkung, daß sie je nach ihrem Inhalte Klagen oder Einreden begründen. Ihr Inhalt ist unendlich verschieden. Sie können sich beziehen auf die Leistung selbst, Art, Zeit, Ort, Nebenleistungen, auf die Folgen der Nichtleistung, Konventionalstrafen, Verfall- und Rücktrittsrechte (lex commissoria), auf die Aufhebung des Vertrages (addictio in diem, pactum displicentiae oder poenitentiae) auf Vorbehalt von Servituten, Pfandrecht, Eigentum, Rück- oder Vorkaufsrechten u. s. w.

Bei den gegenseitigen (synallagmatischen) Verträgen werden die einfachen Obligationswirkungen durch die Gegenseitigkeit der Obligationen stets etwas modifiziert. Man darf die gegenseitigen Obligationen, wie bei Kauf und Miete, nicht einfach als zwei einseitige auffassen, die nur faktisch zusammen entstehen und einander gegenüberstehen, etwa wie zwei Schenkungen, vielmehr hängt die Gegenseitigkeit beiden Obligationen durch ihre causa rechtlich an und macht sie gegenseitig voneinander abhängig, namentlich kann keine Partei Erfüllung verlangen, ohne selbst zu erfüllen. Über das Prinzip dieses letzteren Satzes gab es freilich verschiedene Ansichten: erst die Leistung, nicht schon die Obligation, gebe das Recht auf die Gegenleistung; oder die beiden Obligationen seien nur zwei Seiten eines Verhältnisses und man könne daher nur auf Ausführung des ganzes Verhältnisses (quidquid alterum alteri dare oportet) klagen (Liebe, Scheurl); oder jede Pflicht sei Annexum der anderen, man könne daher nicht einfach auf Erfüllung, sondern immer nur auf Leistung um Gegenleistung (z. B. auf Tradition der Sache gegen Zahlung des Preises) klagen (Keller); oder jede Obligation begründe zwar an sich eine Klage, aber die Gegenpflicht begründet eine Einrede, weil es bei gleichen Rechten unbillig sei, zu fordern, was man selbst nicht tue. Das letzte war der richtige Standpunkt. Die Einrede heißt in der gemeinrechtlichen Terminologie exceptio non impleti contractus[2].

---

[1] Unger, Realkontrakte im heutigen Recht, in den Jahrbb. für Dogmatik VIII 1. Gegen die Verneinung der Realkontrakte im heutigen Recht: Eisele, Zeitschr. für schweizerisches Recht. N. F. III 2 ff. Wider diesen: Kohler im Archiv für bürgerliches Recht II Nr. 9.

[2] W. A. Puchta im Jahrb. des gem. Nr. Rechts V Nr. 5; Bekker ebenda V Nr. 6 u. Aktionen I 368; Bechmann, Kauf I 540. Wenn auch die exceptio unter dem obigen Namen in

Sie hat das Eigentümliche, daß sie keinen Beweis nötig macht, sondern dem Kläger den Beweis der Erfüllung auflegt, weil die Entstehung seiner Pflicht in der Gegenseitigkeit von selbst liegt und die Erfüllung nicht vermutet wird.

Übrigens schließt aber die Gegenseitigkeit eine gewisse Verschiedenheit und Selbständigkeit der beiden Obligationen nicht aus. So kann bei der Eingehung des Vertrages der eine bereits gebunden sein, während der andere noch frei ist, z. B. beim Kaufe auf Probe; ebenso kann die Aufhebung oder Anfechtung des Vertrages dem einen zustehen, dem anderen nicht. Ja, es kann selbst die eine Verpflichtung nichtig sein und die andere und damit der Vertrag dennoch bestehen, z. B. wenn ein Pupill, der ja erwerbs-, aber nicht verpflichtungsfähig ist, ohne Tutor einen Kauf abschließt (negotium claudicans). Er kann hier nicht verklagt werden, aber klagen, doch muß er, wenn er Erfüllung fordert, auch selber erfüllen.

Völlig nichtige Verträge begründen natürlich auch die Vertragswirkungen nicht. Wenn man aber den anderen zum Vertrage veranlaßt, so übernimmt man damit stillschweigend nach den Grundsätzen der bona fides eine gewisse Garantie der Umstände, die den Entschluß des anderen bestimmen sollen, namentlich Existenz des Objekts und Richtigkeit der Erklärungsmittel (z. B. bei Telegrammen), und haftet daher nach der jüngsten Entwicklung der gemeinrechtlichen Lehre dem anderen für das, was Jhering passend das negative Vertragsinteresse genannt ⟨und anschließend an seine bahnbrechende Entdeckung auch das B.G.B. §§ 122, 307 angenommen hat⟩[1], d. h. das, was der andere gehabt hätte, wenn der nichtige Vertrag gar nicht geschlossen wäre. Eine sogenannte culpa in contrahendo zu Grunde zu legen, wie Jhering früher wollte, ist nach dessen eigenem Zugeständnis (Schuldmoment S. 38) nicht ausreichend[2]; ⟨der Rechtssatz erklärt sich am besten aus Erwägungen über die billige Verteilung des Risikos beim Kontraktsabschluß[3].⟩

§ 58. II. Unrecht. Unrecht ist der Gegensatz des Willens gegen das Recht, die praktische Negation des Rechts, also jede widerrechtliche freie Handlung oder Unterlassung. Recht und Unrecht können nicht nebeneinander bestehen, das Unrecht zerstört, wenn es Bestand hat, das Recht in seiner Allgemeingültigkeit. Das Recht hat daher in der Vernichtung des Unrechts sich selbst und seine eigene Geltung zu erhalten. Die Vernichtung geschieht zunächst dadurch, daß der Täter die äußeren Folgen seines Unrechts soweit als möglich wieder gut machen muß, also Entzogenes zurückzugeben, Schaden zu ersetzen verpflichtet ist; außerdem durch direkte Vernichtung seines Willens bis zum Maße seiner Widerrechtlichkeit, d. h. durch Strafe. Die erste Art der Aufhebung des Unrechts ist die privatrechtliche (zivile), die andere die öffentliche, strafrechtliche (kriminale).). So wenigstens heutzutage. In Rom bestand zwar die Strafe vielfach in Geldstrafen an den Verletzten (Privatstrafe), indessen ist davon nur ein kleiner Rest in der Injurienstrafe übrig geblieben und neuestens auch dieser in der Anwendung auf Körperverletzungen und Beleidigungen durch das Reichsstrafgesetzbuch §§ 185 ff., 223 ff. und das Einführungsgesetz zur Reichsstrafprozeßordnung § 11 beseitigt worden, während wegen gewisser anderer, die Person nur mittelbar treffender Rechtsverletzungen die Injurienklage auch heute noch kaum zu entbehren ist[4].

Die Zivilobligation wegen Unrechts bezieht sich nicht bloß auf das Unrecht, das durch selbständige Handlungen verübt wird (Delikte), sondern auch auf das, welches durch Nichterfüllung von bestehenden Obligationen begangen wird. Im ersten Falle begründet

---

den Quellen nicht vorkommt, ja, bei bonae fidei iudicia in die Formel gar nicht eingeschaltet zu werden brauchte, so wird doch ihr materieller Charakter als Einrede bewiesen durch l. 5. C. de evict. 8, 44.

[1] Jahrbb. f. Dogm. IV 1. Gegen die Praktikabilität dieses Begriffs Bähr ebenda XIV Nr. 9.

[2] Vgl. Drechsler, Schadenersatz bei nichtigen Verträgen. Inauguraldiffert. Würzburg 1873; Fr. Mommsen, Haftung der Kontrahenten bei der Abschließung von Schuldverträgen. 1879. (Erörterungen, Heft 2) und die oben § 20 S. 458 Anm. 1 Angeführten.

[3] Vgl. Unger, Handeln auf eigene Gefahr, Iherings Jhb. XXX 381—383.

[4] Jhering in den Jahrbb. für Dogmatik XXIII Nr. 6.

es selbständige Obligationen, im zweiten modifiziert es die bestehende Obligation. Der Begriff an sich ist in beiden Fällen derselbe, widerrechtlicher Wille. Das widerrechtliche Verhalten des Willens heißt im allgemeinen Schuld, culpa[1]. Schuld ist daher die Grundlage des Unrechts. Ohne Schuld kein Unrecht und ohne Unrecht keine Haftung für das, was man verursacht hat. Dies ist der sogenannte subjektive Standpunkt des römischen Rechts. Jeder haftet nur für das, was er getan hat, und getan hat er nur, was aus seinem Willen hervorgegangen ist. Das ältere deutsche Recht nahm meistens einen mehr objektiven Standpunkt ein und ließ Haftung auch bei Verursachung von Schaden ohne Schuld eintreten, doch war im gemeinen Rechte das römische Prinzip vollständig angenommen worden und nur in Einzelheiten von der neuesten Gesetzgebung und Jurisprudenz wieder überschritten.

Der Begriff der Schuld schließt nun die beiden Elemente in sich: subjektive Zurechnung und objektive Widerrechtlichkeit.

1. Die subjektive Zurechnung beruht auf dem Kausalnexus zwischen dem Willen einer und dem Schaden einer anderen Person. Sie setzt vor allem Zurechnungsfähigkeit voraus, die bei Kindern nach der individuellen Reife beurteilt wird und im übrigen durch Wahnsinn und ähnliche Zustände, nach Umständen auch Irrtum und Zwang, aufgehoben werden kann. Die wirkliche Zurechnung ist dann aber nicht nur in dem Falle begründet, wenn man absichtlich mit Bewußtsein schadet, sondern auch, wenn man es zwar unabsichtlich, aber aus Fahrlässigkeit tut. Man unterscheidet beides als dolus und culpa. Dolus ist der Vorsatz mit dem Bewußtsein, daß das, was man tut oder läßt, einem anderen Schaden verursacht. Das Motiv, warum man es tut, ob aus Mutwillen, Bosheit, Rache, ist an sich gleichgültig; nur wenn man es aus Freundschaft oder Mitleiden für einen Dritten tut, bezeichnen die Römer dies bloß als grobe culpa, als eine gar zu unbedachte Ausübung des Gefühls. Culpa ist die Unterlassung der schuldigen Vorsicht beim Handeln. Man darf bei der Komplikation der Lebensverhältnisse sich beim Handeln nicht damit begnügen, daß man keine schädlichen Folgen für andere sieht und beabsichtigt, sondern muß auch überlegen, ob sie nicht möglich sind, und dann für ihre Abwendung sorgen. Nur versteht sich, daß dies eine Grenze hat, daß man nicht mehr als die den menschlichen Verhältnissen entsprechende Vorsicht und Sorgfalt anzuwenden braucht, die diligentia eines bonus paterfamilias, wie die Römer sagen. Innerhalb dieser Grenze unterscheiden die Römer weiter culpa lata und levis. Die erstere ist, wenn man nicht einmal die gewöhnliche und naheliegende Vorsicht eines homo dissolutus anwendet, die letztere, wenn man nur die feinere des diligens paterfamilias unterläßt. Daneben steht noch ein relativer Maßstab, wenn man in fremden Angelegenheiten weniger vorsichtig ist als in eigenen (culpa in concreta).

2. Die objektive Widerrechtlichkeit bestimmt sich verschieden, je nachdem man gegen jemanden durch Vertrag oder sonst verpflichtet ist oder nicht. Ohne solche Obligation hat jeder Mensch gegen andere nur die negative Pflicht, nichts zu tun, was ihnen Schaden bringen kann, man ist aber nicht verpflichtet, positiv von anderen Leuten Schaden, der ihnen von Dritten oder sonst droht, abzuwenden, wenn man es auch noch so leicht könnte. Man kann hier also nur durch positives Tun in culpa kommen, nicht durch bloßes Unterlassen der Schadensabwendung. Nur wenn man einmal in Tätigkeit, auch erlaubte, getreten ist, muß man dann die schädlichen Folgen daraus für andere nach Kräften verhüten, so namentlich auch, wenn man die Obhut über schädliche Kräfte irgend einer Art, als Feuer, Wasser, Tiere, Kinder, Wahnsinnige, Maschinen u. s. w. übernommen hat.

In allen Fällen von gesetzlicher Haftung für culpa ohne Obligationsverhältnisse haftet man übrigens stets für jede culpa, ohne Unterschied zwischen dolus und culpa lata und levis. Steht man aber zu jemandem in einem bestimmten Obligationsverhältnisse, was auch der Grund sein mag, so ist jede kulpose Nichterfüllung der Obligation

[1] Hasse, Die culpa des römischen Rechts. 1815. 2. Aufl. von v. Bethmann-Hollweg 1838; Jhering, Das Schuldmoment im römischen Recht. 1866.

ein Unrecht, mag man nicht tun, was man soll, oder tun, was man nicht soll. Für dolus haftet man dabei stets. In betreff der culpa kann man sich aber zu größerer oder geringerer Sorgfalt verpflichten. Hat man aber nichts besonderes darüber ausgemacht, so ist Prinzip, daß, wenn man Vorteil aus einem Obligationsverhältnisse hat, man stets für culpa levis haftet, wenn aber nur Nachteil oder Last, nur für culpa lata[1], jedoch mit einigen Ausnahmen: der Mandatar und negotiorum gestor haften für culpa levis, obgleich sie keinen Vorteil haben, umgekehrt der Prekarist und mensor nur für culpa lata und der socius, Ehemann und Vormund nur für culpa in concreto.

Alle Schuld und Haftung in und außer Obligationen ist übrigens ausgeschlossen: a) wenn der andere die Schadenszufügung erlaubt und darin auch nichts Unsittliches liegt (volenti non fit iniuria), b) wenn man in der Notwehr oder im Notstande fremdes Eigentum verletzt, und c) wenn die bloße Ausübung eines Rechts indirekt nachteilige Folgen für andere hat nach dem Satze: qui iure suo utitur, neminem laedit.

§ 59. Zufall (casus) ist der Gegensatz von Schuld. Zufall ist aber juristisch kein absoluter Begriff, sondern nur ein relativer; d. h. aller Schaden, den jemand ohne Schuld einer bestimmten anderen Person erleidet, ist dieser gegenüber Zufall, wie er auch sonst entstanden sein mag, ob schuldlos durch den anderen selbst oder durch Naturereignisse oder durch fremde Schuld, namentlich Gewalt, oder sonstwie. Für den Zufall in diesem Sinne gilt nun, nach dem subjektiven römischen Standpunkte bei der Ersatzpflicht, das allgemeine Prinzip, daß niemand dafür haftet, falls er nicht durch Vertrag, Testament oder Gesetz besonders dazu verpflichtet ist. Reiner Zufall ist es aber nicht, wenn der andere die Einwirkung des Zufalls durch culpa oder mora möglich gemacht hat (casus mixtus) oder sonst irgendwie mit in Schuld bei der betreffenden Schadensstiftung ist. Nach diesen Prinzipien sind folgende drei Hauptfälle zu entscheiden:

1. Die Haftung für fremde culpa[2]. Nach römischem Rechte haftet man für fremde culpa in der Regel nicht anders, als wenn man selber auch in culpa ist, so namentlich bei der culpa der Stellvertreter, Dienstboten, Arbeiter, Untergebenen u. s. w. Selber in culpa ist man aber bei diesen nur, wenn man ihnen schädliche Handlungen, besonders Delikte, aufträgt oder sie ratihabiert oder wenn man gar keinen Vertreter nehmen durfte, oder wenn man in der Wahl oder Beaufsichtigung der Vertreter nachlässig ist (culpa in eligendo oder custodiendo). Ausnahmen von diesem Grundsatze sind nur folgende:

a) bei Verträgen der Vertreter haftet der dominus für deren sogenannte kontraktliche culpa;

b) für alles, was aus einem Zimmer auf die Straße geworfen oder gegossen wird, haftet der Bewohner desselben, ohne Unterschied, wer es getan und ob der Bewohner dabei in Schuld war, sofern nur der Täter in Schuld war und nicht ein rein kasuelles Herunterfallen stattfand;

c) Gastwirte und Schiffer haften den Reisenden für allen Diebstahl und alle Beschädigungen der Sachen, die dieselben in das Gasthaus oder Schiff mit sich gebracht oder in ein Schiff zum Transporte gegeben haben, sofern nicht fremde Gewalt oder Naturereignisse, sogenannte vis maior, die Ursache sind.

Für die heutigen Verkehrsverhältnisse erschienen diese Bestimmungen nicht als ausreichend, besonders bei den größeren Industrieunternehmungen, Eisenbahnen, Schiffahrt, Fracht, Fabrik, Bergwerk u. a. Wenn hier die Haftung der Geschäftsherren den Bestimmungen des römischen Rechts gemäß auf eigene culpa in eligendo und custodiendo beschränkt ist, sonst aber bei culpa der Untergebenen nur diese selbst haften und bei Zufall gar keine Haftung eintritt, so stehen Gewinn und Gefahr bei dem Unternehmer in gar keinem Verhältnisse, und die Gefahr ist fast ganz auf das Publikum und die Arbeiter abgewälzt. Eben darum hatte schon das deutsche Handelsgesetzbuch bei Fracht

[1] Karl Christoph Burckhardt, Sinn und Umfang der Gleichstellung von dolus und lata culpa. 1885.

[2] v. Wyß, Die Haftung für fremde culpa. 1867; Wächter, Über die Haftung für fremde unerlaubte Handlungen. 1875.

zu Lande und zu Wasser, besonders auch bei Eisenbahnen, eine allgemeine Haftung, außer für höhere Gewalt, eingeführt und sogar deren Ausschließung durch Reglements verboten. Weitere Bestimmungen waren für den Schadenersatz bei Tötungen und Körperverletzungen eines Menschen, die bei dem Betriebe von Eisenbahnen, Bergwerken, Steinbrüchen, Gräbereien und Fabriken herbeigeführt sind, durch das Reichs-Haftpflichtgesetz vom 7. Juni 1871 gegeben. In allen, diesen und anderen Gesetzen wiederholte sich aber der Vorbehalt der höheren Gewalt, deren Begriff dadurch um so wichtiger, aber auch um so streitiger wurde und noch heute ist. Die von Goldschmidt begründete herrschende (subjektive) Auffassung versteht darunter ein Ereignis, das im gegebenen Falle auch durch die dem Verpflichteten zuzumutende persönliche Obhut — oder, wie Dernburg sagt, durch die umsichtigsten Schutzvorrichtungen — nicht zu vermeiden war. Dagegen hat Exner eine mehr objektive Deutung verteidigt, wonach vis maior nur äußere und außerordentliche Zufälle begreifen soll, d. h. solche, die außerhalb des betreffenden Betriebskreises entsprungen und von ungewöhnlicher Wucht und Schwere sind. Die Praxis des Reichsgerichts hält im ganzen an der ersteren Auffassung fest[1].

2. Die Haftung für Tiere. Der Eigentümer von Tieren, zahmen oder wilden, haftet für den von ihnen gestifteten Schaden, sobald er selbst dabei in culpa ist, vollständig, also wenn er sie selber anreizt, hetzt, nicht gehörig bewacht u. dergl. Außerdem tritt nach römischem Recht eine beschränkte Haft insoweit ein, daß, wenn er den Schaden nicht ersetzen will, er wenigstens das Tier hergeben muß (noxae dare). Die Römer haben aber selbst hier ihren subjektiven Standpunkt nicht ganz verlassen können. Sie geben die Klage nur, wenn wenigstens das Tier selber gewissermaßen eine Schuld trifft, also wenn es „contra naturam" durch ungewöhnliche Wildheit, Mutwillen u. dergl. geschadet hat. Daher haftet, wenn ein Tier das andere angereizt hat, der Herr des ersteren, und bei Beschädigung im Kampfe zweier Tiere fällt die Ersatzpflicht weg, wenn das beschädigte den Streit angefangen hat.

3. Haftung für leblose Sachen. Wenn leblose Sachen ohne culpa des Eigentümers geschadet haben, z. B. Einsturz eines Hauses, fortgeschwemmte Balken, so tritt gar keine Haftung ein; nur braucht der Beschädigte die Sachen nicht ohne Ersatz herauszugeben. Gibt aber der Eigentümer sein Eigentum auf, so kann der Beschädigte nichts machen, ja nicht einmal auf Wegnahme der Sachen klagen. Dafür kann man aber, wenn ein Schaden erst drohend und bevorstehend ist, auf Beseitigung oder wenigstens Bestellung einer „cautio de damno infecto" klagen.

V. Wirkung.

§ 60. Die Wirkung der Obligationen im allgemeinen ist, daß sie erfüllt werden können und müssen. Aus dem ersteren folgt, daß die zur Erfüllung geschehene Leistung keine Bereicherung des Gläubigers ist, keine Schenkung, keine Zahlung einer Nichtschuld, keine Gabe ohne Grund, sondern eben reine Erfüllung dessen, worauf der Gläubiger ein Recht, der Schuldner eine Pflicht hat. Aus dem zweiten folgt dreierlei: die Pflicht der Erfüllung, die Pflicht der Nachgewähr, die Haftung für die Nichterfüllung.

1. Die Pflicht der Erfüllung schließt in sich, daß die betreffende Leistung in allen Beziehungen der Obligation entspreche. Daß der Schuldner in Person erfülle, ist zwar in der Regel nicht wesentlich, sondern nur, wenn es sich um Leistungen handelt, bei denen seine Individualität von Bedeutung ist. Dagegen muß der Gegenstand in Natur geleistet werden. Eine andere Leistung an Zahlungs-statt[2] (datio in solutum) braucht der Gläubiger nicht anzunehmen. Justinian hat ihn zwar aus un-

---

[1] Goldschmidt, Zeitschr. für Handelsrecht III 79 ff., XVI 328; Exner in Grünhuts Zeitschr. X Nr. 10; Dernburg ebenda XI Nr. 8. Vgl. auch Stucki, Über den Begriff der höheren Gewalt. Inaugur.-Dissert. Bern 1888. RG.Entsch. XXI 13.

[2] Römer, Die Leistung an Zahlungsstatt. 1860.

passender Milde gegen den Schuldner in gewissen Notfällen dazu verpflichtet, die neueren Gesetzbücher haben dies aber allgemein verworfen.

Ebenso muß die Erfüllung im vollen Umfange der Obligation geschehen, nur in wenigen Fällen ist dem Schuldner, um den Konkurs zu verhindern, das Recht gegeben, daß er nicht mehr zu zahlen braucht, als er hat, und sogar noch den notwendigen Lebensunterhalt, die sogenannte Kompetenz, zurückbehalten kann, so insbesondere bei Obligationen zwischen Eltern und Kindern, Geschwistern, Ehegatten, bei Schuldnern nach dem Konkurse und Schulden aus dos und Schenkung (beneficium competentiae). Diese Rechtswohltat wurde aber durch die allgemeinen Beschränkungen der Zwangsvollstreckung in der neueren Prozeßgesetzgebung entbehrlich.

In betreff der Zeit ist Prinzip, daß der Schuldner stets zahlen darf, wann er will, zahlen muß, wenn der Gläubiger es will. Selbst ein Zahlungstermin ändert in der Regel nur das letztere, nicht das erstere (dies in dubio pro reo). In betreff der Zahlungspflicht selber ist ein Zahlungstermin in der Regel nur eine unwesentliche Modalität, so daß die Erfüllung auch nach dem Termine geschehen kann und muß; ausnahmsweise kann er aber auch wesentlicher Bestandteil der Obligation sein, so daß nach dem Termine eine Erfüllung gar nicht mehr möglich ist, wenigstens nicht angenommen zu werden braucht, z. B. bei Miete auf einen bestimmten Tag und fast bei allen Lieferungsverträgen, insbesondere den sogenannten Fixgeschäften.

Wenn der Ort der Erfüllung[1] nicht durch Vertrag oder Testament bestimmt ist, so darf man zwar überall zahlen, wo man den Gläubiger findet, nur nicht an unpassendem Orte, braucht aber speziell bestimmte Sachen nur da zu leisten, wo sie sind, andere an seinem Wohnorte; nur bei Geldschulden muß man das Geld dem Gläubiger bringen oder schicken, so wenigstens nach dem Handelsgesetzbuche.

§ 61. Erfüllungsversprechen. Besondere Versprechen über die Erfüllung einer Obligation (constitutum debiti)[2] begründen eine selbständige Pflicht und Klage auf Erfüllung neben der alten Obligation. Sie sind in der mannigfachsten Weise möglich, mit Änderungen in Personen, Gegenstand, Zeit, Ort, Art der Erfüllung oder als einfache Wiederholungen. Auch die letzteren können wichtig sein wegen Verjährung, Unvererblichkeit, Unklagbarkeit der alten Obligation und sonst. Ob mit dem Konstitute eine Anerkennung, d. h. Geständnis der alten Schuld, verbunden ist oder nicht, ist an sich gleichgültig.

Das Konstitut setzt als solches stets eine gültige Hauptschuld voraus. Deren Dasein muß der Kläger beweisen, falls nicht mit dem Konstitute eine Anerkennung[3] der Hauptschuld verbunden ist. Diese ist aber in verschiedener Weise und mit verschiedener Wirkung möglich. Bezieht sie sich bloß auf die Tatsachen der früheren Schuld, so ist sie ein bloßes Geständnis; bezieht sie sich auf das Recht als solches bei bestimmter angegebener causa, so liegt darin neben dem Geständnisse noch die Erklärung, das Recht daraus gelten lassen, also nicht anfechten und bestreiten zu wollen, mithin ein Verzicht; bezieht sie sich aber auf eine Forderung ohne alle oder ohne genügende Angabe der causa, so liegt darin die Erklärung, das Recht auch ohne Rücksicht auf die causa als begründet gelten lassen zu wollen, also eine entschiedene Trennung von Forderung nnd causa und ausdrücklich oder implicite ein abstraktes Versprechen auf erstere. Sofern man nun die Trennung von Versprechen und causa bei neuen Verträgen nach § 54 zuläßt, muß man es auch hier bei der Anerkennung alter Schulden und muß somit auch eine Klage aus dem Versprechen der Zahlung von so anerkannten Schulden zulassen. Der Standpunkt des Beweises und Verzichtes reicht dabei nicht aus, da es sich um den Willen, eine Forderung ohne causa gelten zu lassen, handelt. Die Gesichtspunkte eines gerichtlichen

[1] Reatz, Die Lehre vom Erfüllungsorte. 1862; Schulin, Zur Lehre vom Erfüllungsort. 1879.
[2] Bruns, Das constit. debiti, in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte I Nr. 2.
[3] Bähr, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund. 1858. 2. Aufl. 1867; Unger, Jahrbb. für Dogmatik VIII Nr. 7; Buhl, Zur Lehre vom Anerkennungsvertrag. 1875.

Geständnisses oder Erkenntnisses, die Windscheid[1] und Unger hereinziehen, können höchstens als Vergleich, nicht als Konstruktion dienen und fördern die Sache bei der wesentlichen Verschiedenheit von Vertrag und Prozeß nicht sehr. Aus dem Zahlungsversprechen mit Anerkennung aber einen selbständigen Anerkennungsvertrag zu machen, wie Bähr ihn aufgestellt hat, ist nicht zulässig. Der Begriff „anerkennen" setzt stets ein schon Bestehendes, was anerkannt wird, voraus, er begründet nicht materiell neu, sondern stellt nur schon Bestehendes fest. Demnach ist das beigefügte Versprechen stets Zahlungsversprechen (Konstitut) für eine schon bestehende oder wenigstens nach der Absicht der Parteien als bestehend zu denkende Schuld. Ist kein ausdrückliches Versprechen beigefügt, so ist es in der Anerkennung einer Forderung ohne causa von selbst implicite enthalten. Allerdings kann unter der Form der Anerkennung einer alten Schuld die Begründung einer neuen versteckt sein, indessen kann dies höchstens als Anfechtungsgrund in Betracht kommen.

§ 62. 2. Die Pflicht der Nachgewähr bezieht sich sowohl auf die faktischen Eigenschaften der Sachen als auf das rechtliche Behaltenkönnen derselben. In beiden Beziehungen ist die Nachgewähr besonders beim Kaufe wichtig und daher auch bei diesem im römischen Rechte hauptsächlich entwickelt; sie tritt aber bei allen anderen ähnlichen Verpflichtungen ebenso ein.

a) In betreff der faktischen Eigenschaften[2] muß der Schuldner dafür einstehen, daß die Sache so ist, wie sie obligationsmäßig sein soll, daß sie also die versprochenen Vorzüge und keine heimlichen Mängel habe. Dabei unterscheiden die Römer die Haftung nach dem Edikte der Ädilen. Die erstere tritt nur bei sogenannten dicta et promissa und dolus ein, d. h. wenn der Verkäufer das Dasein besonderer Vorzüge oder das Nichtdasein besonderer Mängel versichert oder heimliche Mängel gewußt und verschwiegen hat. Die Klage ist die gewöhnliche Kaufklage von dreißig Jahren auf Preisermäßigung und bei dolus auf das volle Interesse. Nach dem ädilitischen Edikte haftet der Verkäufer aber wegen aller dicta und promissa und wegen aller heimlichen Mängel, wenn er sie auch nicht kennt, unbedingt nach Wahl des Käufers auf Preisermäßigung oder Redhibition (d. h. Rückgabe der Sache und Aufhebung des Vertrages), jedoch letzteres nur sechs Monate, ersteres ein Jahr. Bei gewissen heimlichen Mängeln ist übrigens auch ohne dolus des Verkäufers die dreißigjährige Zivilklage zugelassen, nämlich bei solchen, die das habere licere, d. h. Besitz und Gebrauch der Sache, ganz aufheben, wie tödliche Krankheit von Tieren, Schadhaftigkeit von Balken, Fässern) u. a., was freilich meistens verkannt wird.

b) Bei allen Obligationen auf Übertragung von Sachen und Rechten haftet der Schuldner auch für Eviktion[3], d. h. er muß dafür einstehen, daß der Gläubiger sie nach dem Empfange auch behalten kann, daß sie ihm also nicht von Dritten wegen schon vorhandener Ansprüche evinziert, entwehrt, d. h. durch Klage abgestritten und abgenommen werden. Diese Haftung hat das römische Recht in einer doppelten Weise, entweder so, daß die evinzierte Sache als gar nicht gegeben gilt, die Obligation also einfach fortdauert, oder so, daß wegen der Eviktion eine besondere Klage auf vollen Schadenersatz stattfindet. Das erstere ist, wenn bei einseitigen, nur generischen Obligationen aus Legat, Schenkung, Stipulation das gegebene spezielle Stück evinziert wird, das letztere tritt dagegen bei allen gegenseitigen Obligationen ein. Eigentümlich ist dabei, daß hier Haftung auf das ganze Interesse ohne alle Rücksicht auf culpa stattfindet. Es ist historisch daraus zu erklären, daß man sich in Rom beim Kaufe in der Regel das Doppelte des Kaufpreises für den Fall der Eviktion versprechen ließ (duplae stipulatio). Aus welchem

---

[1] Lehrbuch II § 412a Anm. 5.

[2] Hanausek, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware. 2. Abteil. 1888 bis 84. Vgl. Bechmann, Der Kauf 1 §§ 47—53.

[3] O. Müller, Lehre von der Eviktion I. 1851; Bekker, Lehre von der Eviktionsleistung, im Jahrb. des gemeinen Rechts VI Nr. 8; Eck, Die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigentums. 1874; Bechmann, Der Kauf I §§ 93—97; Rabel, Die Haftung des Verkäufers wegen Mangel im Rechte. I. Bd. Leipzig 1902.

Rechtsgrunde der Dritte evinziert, ob wegen dinglichen Rechts, Eigentum, Pfandrecht u. a., oder wegen persönlichen Rechts mit actio in rem scripta, wie actio metus, Noxalklage u. a., ist gleichgültig. Nur versteht sich, daß aus rein persönlichen Rechten gegen den Verkäufer überhaupt keine Eviktion gegen den Käufer begründet werden kann. Wesentlich für die Haftung des Verkäufers ist natürlich, daß das Eviktionsrecht schon zur Zeit des Kaufes existierte oder nachher durch Schuld des Verkäufers entstanden ist; für Zufälligkeiten nach dem Kauf, z. B. Expropriation, haftet er nicht. Übrigens muß der Käufer die Sache gegen den Eviktionsanspruch gehörig verteidigen, namentlich dem Verkäufer Anzeige davon (litis denuntiatio) machen, sonst kann er keinen Ersatz fordern, außer wenn er beweisen kann, daß alles doch nichts geholfen haben würde.

§ 63. 3. Die Folge der Nichterfüllung einer Obligation ist im allgemeinen gesetzlich nur die Haftung für allen Schaden, der dem Gläubiger daraus erwächst. Durch Verträge oder Testament können aber beliebige andere Folgen, namentlich Konventionalstrafen und bei Verträgen Aufhebungs- und Rücktrittsrechte, begründet werden. Die Nichterfüllung einer Obligation zu der Zeit, wo sie erfüllt werden sollte, heißt im allgemeinen Versäumung, mora. Wenn indessen eine spätere Erfüllung gar nicht mehr möglich ist, so ist die Versäumung eine absolute Nichterfüllung, und die Versäumung der Zeit kommt als solche nicht weiter in Betracht. Wenn dagegen spätere Erfüllung möglich ist, wie besonders bei allen Geldschulden, so kommt nun der eigentümliche Begriff der Verzögerung oder Verspätung zur Erscheinung. Dies ist der Verzug[1], mora im engeren Sinne.

Ein Verzug des Schuldners (mora solvendi) setzt zweierlei voraus: daß der Schuldner zur wirklichen sofortigen Zahlung verpflichtet ist und daß er sie doch ohne gerechten Entschuldigungsgrund unterläßt. Das erstere tritt nicht, wie die actio nata, von selbst mit der Fälligkeit der Schuld ein. Diese bewirkt nur, daß der Gläubiger die Zahlung verlangen kann, aber der Schuldner braucht erst zu zahlen, wenn jener sie auch wirklich verlangt hat. Unaufgefordert braucht nach römischer Auffassung keiner seine Schulden zu zahlen, so wenig, daß, wenn der Gläubiger gar nicht mahnt, die Schuld durch Verjährung ganz untergeht und man gar nicht zu zahlen braucht. Die mora geht also nicht schon ex re, d. h. aus dem Dasein der Schuld an sich, hervor, sondern nur ex persona, d. h. aus der Nichtbefolgung der Mahnung des Gläubigers. Mahnung, interpellatio, ist nichts anderes als die Aufforderung zur Zahlung. Sie erfordert keine Form, sondern nur, daß sie wirklich vom Gläubiger an den Schuldner geschieht oder beiderseits durch und an gehörige Vertreter und nicht vor der Fälligkeit der Schuld. Entzieht sich der Schuldner der Mahnung, so genügt der Versuch, natürlich mit gehöriger Bezeugung. Ausnahmsweise bedarf es keiner Mahnung, nämlich bei Dieben, Räubern und Dejicienten (nicht bei allen Deliktsschulden) und wenn ein fester Zahlungstermin mit der Absicht beigefügt ist, daß der Schuldner da von selbst zahlen solle, denn „dies interpellat pro homine“. Diese Absicht ist nach römischem Rechte im Zweifel nicht anzunehmen; ⟨doch nahm die gemeinrechtliche Praxis das Gegenteil an.⟩

Bei den Entschuldigungsgründen nehmen die Römer nicht den Standpunkt der gewöhnlichen culpa ein mit Unterscheidung von culpa lata und levis, sondern sie lassen schlechthin nur drei Gründe zu, gerechte Zweifel über Dasein und Umfang der Schuld, Sorge für Sicherung des Beweises und äußere Hindernisse der Leistung. Dagegen wird auf bloß subjektive Hindernisse, namentlich Armut, wenn sie auch noch so unverschuldet sein sollte, keine Rücksicht genommen.

Die Folgen der mora beruhen auf der Haftung für allen Schaden. Daraus folgt die Haftung für casus, und daß man nicht mehr durch ihn frei wird (perpetuatio obligationis), die Verpflichtung zu Verzugszinsen und sonstigem Schadenersatze und das

[1] Fr. Mommsen, Lehre von der Mora. 1855 (Beitr. z. Obl.R. Bd. III); Kniep, Die Mora des Schuldners. 2 Bde. 1871.

Recht des Rücktritts bei gegenseitigen Verträgen, falls die Ausführung alles Interesse verloren hat.

Wenn übrigens der Gläubiger die Erfüllung verhindert, weil er die gehörig angebotene Leistung nicht übernimmt oder die Anbietung selbst hindert (mora accipiendi)[1], so wird dadurch zwar die Schuld an sich nicht aufgehoben, aber der Schuldner darf keinen Nachteil davon haben, seine Verpflichtung wird daher auf das geringste Maß herabgesetzt, er haftet nur noch für culpa lata, die gesetzlichen Zinsen hören auf, ebenso die Konventionalstrafen, er wird durch kasuellen Verlust des Geldes, das er zahlen wollte, frei und kann Ersatz der weiteren Aufbewahrungskosten der Sache fordern, ja im Notfall diese nach nochmaliger Aufforderung derelinquieren.

VI. Übergang der Obligationen auf andere Personen.

§ 64. Übergang von Forderungen. Es ist schon oben § 45 a. E. ausgeführt, daß über das Verhältnis der Obligation zu den bei ihr beteiligten Personen im römischen und gemeinen Rechte eine Verschiedenheit der Auffassung herrsche, die sich namentlich auch bei der Frage nach der Möglichkeit eines Überganges der Obligationen auf andere Personen zeige. Das römische Recht läßt einen Übergang zwar durch Universalsuccession aktiv und passiv zu, also besonders bei der Beerbung, eben weil hier rechtlich die alten Personen in den neuen noch fortdauern, dagegen ist eine Singularsuccession vollständig ausgeschlossen. Eine eigentliche Übertragung kann aktiv und passiv nur dadurch vermittelt werden, daß die Obligation in den neuen Personen förmlich und vollständig erneut, noviert, d. h. durch einen neuen Vertrag neu konstituiert wird. Aktiv muß sich der neue Gläubiger die Schuld auf Anweisung (Delegation) des alten Gläubigers von dem Schuldner neu versprechen lassen; passiv muß der neue Schuldner auf Delegation vom alten Schuldner die Schuld dem Gläubiger neu versprechen. Bei der passiven Übertragung sind die Römer über diesen Standpunkt überhaupt gar nie hinausgekommen. Bei der aktiven haben sie allerdings eine einseitige Übertragung vom Gläubiger ohne Zuziehung des Schuldners möglich gemacht, aber doch nur indirekt durch Vermittlung des Begriffs der Stellvertretung. Der Gläubiger kann einen anderen nicht nur faktisch zu seinem Vertreter in Einziehung und Einklagung der Forderung mit eigenem Interesse machen (procurator in rem suam), sondern ihm sogar ein festes Recht auf diese Vertretung und insofern auf die Ausübung der Obligation geben, und ebenso kann auch das Gesetz statt seiner einem anderen ein solches Vertretungsrecht zur Ausübung der Obligation erteilen. Dies ist die Cession[2]. Die Römer haben dabei bis zuletzt daran festgehalten, daß der alte Gläubiger die Obligation eigentlich und de iure immer behält und der Cessionar nur das Recht bekommt, sie statt seiner auszuüben. Allerdings ist der Cessionar nicht mehr Prokurator, auch nicht fingierter, sondern hat ein selbständiges Vertretungs- und Ausübungsrecht (actio utilis suo nomine), und darum steht die Cession im materiellen und praktischen Resultate einer wirklichen Übertragung des Rechts völlig gleich, allein der Standpunkt für die rechtliche Anschauung und Konstruktion des Verhältnisses ist darum doch stets der der Unübertragbarkeit der Obligation. Man hat das Recht des Gläubigers nach der Cession dem nudum ius des alten quiritarischen Eigentümers gleichstellen wollen. Allein das quiritarische Eigentum war an sich übertragbar, es bedurfte nur einer bestimmten Form. Bei der Obligation sah man die Unübertragbarkeit in der Sache, nicht in der Form. Zwischen Eigentum und Obligation ist auch in betreff der Übertragung ein wesentlicher Unterschied. Obligationen existieren nicht, wie Sachen, von Natur, sondern nur durch eine Person als Begründer. Ihr

[1] Kohler, Annahme und Annahmeverzug, in d. Jahrbb. für Dogmatik XVII Nr. 8; Schey, Begriff und Wesen der mora creditoris. 1884.

[2] Mühlenbruch, Cession der Forderungsrechte. 1817. 3. Aufl. 1836; Bähr, Zur Cessionslehre, in d. Jahrbb. f. Dogmatik I Nr. 8 (1857); A. Schmid, Die Grundlehren der Cession. 2 Bde. 1863. 66; Eisele, Die actio utilis des Cessionars. 1887; Unger, in den Jahrbb. für Dogmatik XXVI Nr. 8.

Inhalt und Umfang kann daher nie, wie beim Eigentume, aus sich selber bestimmt werden, sondern immer nur aus der Person des ersten Begründers. Auch bei der freiesten Übertragbarkeit bleibt daher dessen Person doch stets maßgebend für den Inhalt der Obligation und insofern unzertrennlich von ihr. Die Römer formalisieren dieses materielle Prinzip in der Festhaltung des ersten Begründers als fortwährenden eigentlichen Obligationssubjektes. Dazu kommt, daß, da die Cession den Schuldner nicht wie eine Sache, sondern nur als verpflichtete freie Person trifft, sie für ihn erst wirksam werden kann, wenn er sie erfährt, folglich der Übertragungsakt hier nicht, wie beim Eigentume, die Übertragung bereits vollenden kann. Die zweifelhafte Frage, wie der Rechtszustand der Obligation in der Zwischenzeit zu denken sei, erledigen die Römer einfach durch die Festhaltung ihres alten Prinzips. Man braucht daher nicht einzelne praktische Folgen des Unterschieds der römischen und der gemeinrechtlichen Auffassung aufzusuchen, um daraus die Fortdauer der ersten zu erklären. Die ganze Anschauung und Konstruktion war der Grund, nicht einzelne unwesentliche gleichgültige Formen. Die Engländer halten ebenso bis auf den heutigen Tag den Standpunkt der Vertretung bei der Cession fest. In Deutschland ist dagegen, nach der oben besprochenen größeren Scheidung des objektiven und subjektiven Bestandes der Obligation in der rechtlichen Auffassung derselben, die Idee einer Singularsuccession in Obligationen stets als zulässig angesehen worden, und zwar nicht nur in der laienhaften Ansicht des Volkes, sondern auch in der technischen Auffassung der Juristen und Gesetzgeber. Wir sehen, wenn A dem B 100 Mark schuldet, es nicht als wesentlich an, daß nur der B sie fordern kann,. und halten es daher für völlig zulässig, daß B sein Recht vollständig auf C übertrage. Die Bestimmung des Inhalts der Obligation nach der Person des B als ersten Begründers gilt zwar natürlich auch bei uns, aber wir halten es nicht für nötig, darum den B stets noch als wirklichen Gläubiger anzusehen. Sehr streitig war freilich in der Pandektentheorie die Frage über den Zustand der Obligation von der Cession bis zur Benachrichtigung des Schuldners. War die Cession wirkliche Übertragung, so konnte der Schuldner nicht mehr an den Cedenten zahlen; konnte er noch zahlen, so mußte der Cedent noch Gläubiger sein. Die Lösung von Windscheid, daß die Cession erst durch die denuntiatio vom Cessionar an den Schuldner als durch Besitzergreifung der Schuld vollendet werde und bis dahin beide, Cedent und Cessionar, die wirklichen Gläubiger seien, war keine glückliche. Die Konsequenz fordert Übergang mit der Cession; die Billigkeit fordert, daß der Schuldner von seiner Unkenntnis keinen Schaden habe, daß er also durch Zahlung an den Cedenten, keineswegs aber auch, daß er durch Erlaß und andere Verträge mit dem Cedenten die Obligation aufheben könne. Mit Recht stellen daher alle neueren Gesetze und stellte überwiegend auch die gemeinrechtliche Praxis die Anzeige vom Cedenten der vom Cessionar gleich.

In der weiteren Durchführung der Cession führt der Standpunkt des gemeinen Rechts zu keinen anderen Konsequenzen als der römische. Cessibel sind alle Forderungen, bei denen nicht ausnahmsweise besondere Eigenschaften des Gläubigers für die Ausübung wesentlich sind, sei es an sich oder nach besonderer Verabredung. Bei der Cession selbst sind, wie bei der Tradition, causa (Cessionsgrund) und Cedierung (Cessionsakt) zu unterscheiden. Causae können alle Übertragungsgründe von Rechten sein. Die Cession selbst geschieht durch formlose Erklärung vom Gläubiger oder vom Richter; in gewissen Fällen tritt sie auch von selbst nach dem Gesetze ein (cessio legis)[1], nämlich wenn man Obligationen begründet, die eigentlich einem anderen gehören sollten und auf deren Cession dieser daher ein Recht hat, wie bei Vertretern und Erbschaftsbesitzern, und wenn man gesetzlich genötigt ist, fremde Schulden zu zahlen und daher Cession der Klage verlangen kann, wie Mitvormünder u. a. Die Wirkung der Cession ist Übergang der Obligation, so wie sie ist, mit allen Rechten, aber auch allen Beschränkungen und Einreden. Die Lage des Schuldners darf rechtlich nicht verschlechtert werden. Das Verhältnis zwischen Cedent und Cessionar richtet sich ganz nach der causa der Cession; die Regel, der Cedent hafte für veritas, aber nicht für bonitas, ist nur für den Kauf und ähnliche Geschäfte gültig[2].

[1] Karsten, Die fingierte Cession. 1874 und Jahrbb. für Dogmatik XVII Nr. 7.
[2] Schliemann, Die Haftung des Cedenten. 2. Aufl. 1850.

§ 65. Übergang von Schulden. Aus der Möglichkeit, Forderungsrechte zu übertragen, folgt keineswegs von selbst auch die Möglichkeit der Übertragung von Schulden; aus der aktiven Cession kann man keine passive ableiten. Forderung und Schuld stehen in der Obligation nicht parallel nebeneinander, sondern in direktem Gegensatze zueinander als Recht und Pflicht. Recht aber ist Möglichkeit, Pflicht Notwendigkeit. Über die Möglichkeit ist man Herr, von der Notwendigkeit wird man selber beherrscht. Darin liegt der einfache Grund, warum man Schulden absolut nie ohne Zustimmung des Gläubigers übertragen kann. Es ist merkwürdig, wie oft diese einfachen Kategorien übersehen werden und man nach besonderen Gründen sucht, warum die Zustimmung des Gläubigers hier notwendig sei, wegen seines besonderen Interesses u. a. Zustimmung des Schuldners ist dagegen zur Abnahme seiner Schuld nicht nötig. Er selber nur kann sich der Notwendigkeit nicht entziehen, wohl aber kann ein anderer mit Zustimmung des Gläubigers ihn davon befreien, sie ihm ab- und auf sich nehmen, auch ohne sein Wissen und Wollen, ja selbst wider seinen Willen. Die reine Pflicht ist kein Recht.

So wenig aber ohne Zustimmung des Gläubigers eine Übertragung der Schuld möglich ist, so vollständig muß sie es mit seiner Zustimmung sein. Wenigstens nach heutigem Rechte. Im römischen Rechte ist nach dem Prinzipe der Persönlichkeit der Obligationen eine Übernahme fremder Schulden[1] nur indirekt möglich, entweder durch volle Novation oder dadurch, daß der Übernehmer durch Konstitut die Zahlung der fremden Schuld verspricht und der eigentliche Schuldner durch pactum befreit wird. Nach dem modernen Prinzipe ist vollständiger subjektiver Eintritt in die Obligation ohne alle Änderung ihres objektiven Bestandes möglich, also eigentliche Übernahme der fremden Obligationen als solcher ohne ihre Erneuerung, eigentliche Succession. Das rechtsbegründende Element dabei ist der Wille der Parteien. Dabei ist der Wille des Gläubigers wesentlich, der des Schuldners nicht. Die Übernahme kann daher in doppelter Weise vollzogen werden, entweder durch Vertrag des Schuldners und Übernehmers unter Zustimmung des Gläubigers, oder durch Vertrag des Übernehmers mit dem Gläubiger. Dagegen begründet der bloße Vertrag zwischen Schuldner und Übernehmer ohne Zustimmung des Gläubigers keinen Übergang, keine Succession, keine Pflicht des Übernehmers gegen den Gläubiger, sondern nur Pflicht gegen den Schuldner, ihn zu befreien. Wie aber die Zustimmung des Gläubigers erklärt wird, war nach Pandektenrecht gleichgültig, ob vorher oder nachher, ob ausdrücklich oder stillschweigend. Ein besonderer Vertrag mit dem Übernehmer war für ihn nicht nötig. Sein Recht gegen diesen beruht nach der modernen Auffassung nicht auf einem besonderen persönlichen Zahlungsversprechen von diesem, sondern auf dessen subjektivem Eintritte in die objektive Obligation, der mit seinem (des Gläubigers) Willen geschehen ist.

VII. Aufhebung der Obligationen[2].

§ 66. Obligationen können mit oder ohne Befriedigung (satisfactio) des Gläubigers aufgehoben werden. Ihrem eigentlichen Zwecke entsprechend ist nur die Aufhebung durch Erfüllung. Indessen versteht sich, daß, wenn der Gläubiger sich in irgend einer anderen Weise für befriedigt erklärt, dieses der Erfüllung gleichstehen muß, sei es, daß er eine andere Leistung annimmt, sei es, daß er durch liberatorischen Vertrag den Schuldner freiläßt. Wider seinen Willen kann dagegen in der Regel keine anderweitige Befriedigung für ihn angenommen werden, doch aber ausnahmsweise in einzelnen Fällen namentlich bei der Kompensation. Noch weniger natürlich kann der Gläubiger seine Forderung ohne Befriedigung gegen seinen Willen verlieren. Doch gibt es auch hier eine Reihe von Fällen, wo teils er persönlich sich ohne wirkliche Befriedigung als befriedigt ansehen muß, wie bei mora accipiendi, teils eigentlicher materieller Verlust des

[1] Delbrück, Die Übernahme fremder Schulden. 1853; Gürgens in den Jahrbb. f. Dogm. VIII Nr. 8; Regelsberger, Archiv für die civilist. Praxis LXVI Nr. 1; Bähr ebenda LXVII Nr. 5; Menzel in Grünhuts Zeitschr. XI Nr. 13. 14; Unger, Schuldübernahme. 1889.

[2] Unger in Grünhuts Zeitschr. XV Nr. 9.

ganzen Rechts gesetzlich angeordnet ist, wie bei Verjährung, Strafen u. dgl. Der Hauptunterschied der Aufhebung mit und derjenigen ohne Befriedigung ist, daß bei ersterer stets auch das Pfandrecht für die Obligation aufhört, bei letzterer es fortdauern kann.

1. Bei der Erfüllung der Obligationen haben die Römer das Prinzip der Persönlichkeit der Obligation nicht festgehalten. Sie sagen zwar, eigentlich könne eine Pflicht nur vom Pflichtigen selber erfüllt werden, allein praktisch lassen sie die Erfüllung auch von anderen zu, auch ohne Wissen und Wollen, ja selbst wider Willen des Schuldners. Auch ist der Gläubiger zur Annahme von Dritten verpflichtet, wenn er nicht ein besonderes Interesse an der persönlichen Erfüllung vom Schuldner hat. Wesentlich für die Aufhebung der Obligation durch Erfüllung ist nur, daß sie an den Gläubiger selbst oder einen berechtigten Vertreter geschehe und dem Inhalte der Obligation gemäß, was nach den oben §§ 60—63 ausgeführten Grundsätzen zu bestimmen ist.

2. Reale Befriedigung ohne eigentliche Leistung tritt mit Willen des Gläubigers ein, wenn er eine datio in solutum annimmt, den Gegenstand selber an sich nimmt, Geld, das der Schuldner ihm gezahlt, aber nicht in sein Eigentum gebracht hat, ausgibt u. dgl.; ohne den Willen des Gläubigers, wenn die Zahlung indirekt durch seinen Erblasser oder Gläubiger an ihn kommt, und besonders durch Kompensation[1], d. h. Abrechnung von Gegenforderungen. Diese kann zwar vertragsmäßig vorgenommen werden, der Schuldner hat aber auch ein festes Recht darauf, und zwar in der Weise, daß, wenn er es geltend macht, die Forderung rückwärts mit dem Entstehen der Gegenforderung als von selbst getilgt behandelt wird, so daß von da ab Zinsen, Konventionalstrafen, Pfandrechte aufhören u. s. w. Insofern wirkt die Kompensation, wenn sie geltend gemacht wird, rückwärts ipso iure in die Vergangenheit, sie tritt aber nicht von selbst ipso iure ein, sondern nur, wenn der Beklagte sie durch Einreden geltend macht. Denn wenn er will, kann er ebensogut auch selbständig fordern und klagen statt zu kompensieren[2].

3. Befriedigung durch freiwilliges Aufgeben der Forderung kann nicht durch einseitige Dereliktion, sondern nur durch liberatorischen Vertrag mit dem Schuldner geschehen, aber in verschiedener Weise. Man unterscheidet:

a) einfachen Erlaß, d. h. den Vertrag, daß die Schuld aufgehoben sein solle. Verschieden davon sind bloße Beschränkungen der Forderung in Zeit, Ort, Art, namentlich Stundungsverträge. Beim eigentlichen Erlasse bestand ein weiterer Unterschied zwischen

---

[1] Brinz, Die Lehre von der Kompensation. 1849; Dernburg, Die Kompensation. 1854. 2. Aufl. 1868; Ubbelohde, Über den Satz: ipso iure compensatur. 1858; Schwanert, Die Kompensation. 1870; Eisele, Die Kompensation. 1876; Stampe, Das Kompensationsverfahren im vorjustinianischen stricti iuris iudicium 1886. (Bedeutend: Appleton, Histoire de la compensation en droit humain. 1895. — J. Leonhard, Die Aufrechnung. 1896.)

[2] Die im Text angenommene Deutung des Satzes: compensationes ipso iure fieri oder ipso iure compensari, ist in neuerer Zeit fast von allen Bearbeitern der Kompensationslehre verworfen worden, so von Brinz, Dernburg, Ubbelohde, Schwanert und Eisele. In der Tat enthält sie den inneren Widerspruch, daß die Kompensation nicht von selbst, sondern kraft Einrede eintreten, aber dann behandelt werden soll, als sei das Umgekehrte der Fall gewesen. Die meisten Gründe sprechen dafür, jenen Satz überhaupt statt in einem materiellen vielmehr in einem formell-prozessualischen Sinn zu verstehen, und zwar dahin, daß nach Justinians l. 14 C. de comp. 4, 31 Kompensationseinreden nicht mehr bloß mit der Einlassung, sondern wie von jeher die ipso iure wirkenden Tatsachen, auch noch in einem späteren Stadium des Prozesses sollten vorgeschützt werden können, eine Vorschrift, die durch die Reichszivilprozeßordnung aufgehoben ist. — In materieller Beziehung aber ist eine Rückwirkung der Ausübung des Kompensationsrechts nur in zwei Punkten positiv anerkannt, indem 1. bei einer in Unkenntnis dieses Rechts geleisteten Schuldzahlung es von dem Willen des Zahlenden abhängt, dieselbe als Befriedigung des Gläubigers gelten zu lassen oder mit condictio indebiti zurückzufordern (l. 19 § 1 D. eod.; l. 30 D. de cond. ind. 12, 6), und 2. wenn zwei Kapitalforderungen einander gegenüberstehen und die eine später gegen die andere kompensiert wird, der Zinsenlauf als schon von der Koexistenz der beiden Forderungen ab sistiert behandelt werden soll (l. 11. 12 D. de comp. 16, 2; l. 5. 7 C. eod.). Im einzelnen sind die geschichtlichen Fragen der Kompensation, durch die das Verständnis des obigen Satzes teilweise bedingt ist, jetzt durch Appleton (s. N. 1) viel klarer gestellt als früher, vermöge des Nachweises, daß der ganze Digestentitel de compensationibus sich zusammensetzt aus Stellen, die sich ursprünglich auf die Argentarierkompensation und das agere cum compensatione, also auf besondere privilegiarische Rechtsverhältnisse bezogen.

direkter Aufhebung (durch acceptilatio), und indirekter durch Einrede (aus einem pactum de non petendo) im Pandektenrechte nicht mehr.

b) Beiderseitiger Rücktritt hebt Obligationen aus gegenseitigen Verträgen beiderseits auf, wenn der Vertrag noch von keiner Seite erfüllt ist oder die Erfüllung zurückgegeben wird.

c) Novation[1], d. h. die Umwandlung der Schuld in eine neue durch einen neuen Vertrag darüber ohne eine neue materielle causa. Sie kann unter den alten Parteien stattfinden, wenn sie eine Schuld unter sich im Inhalte ändern und dabei neu konstruieren wollen, oder wenn sie eine Obligation aus Delikt, Testament, Gesetz in eine Vertragsobligation umändern wollen oder eine Obligation aus einem materiellen Vertrage in einen sogenannten Formalkontrakt, z. B. Kaufschuld in Wechsel. Die Novation kann aber auch mittels Delegation zum Zwecke der Übertragung der Obligation auf andere, der aktiven wie der passiven, benutzt werden und war dazu in Rom sogar das Hauptmittel, während bei uns allerdings direkte Übertragung möglich ist, wie schon oben §§ 64, 65 ausgeführt ist. Wesentlich für die Novation ist stets, daß die Umwandlung auf Grund der alten materiellen causa vorgenommen wird, daß also kein selbständiger neuer Obligationsgrund eintritt, sondern nur die auf dem alten Grunde beruhende Schuld in der oben bezeichneten Weise geändert werden soll. Das neue Versprechen ist zwar der neue formale Grund der neuen Schuld, allein materiell beruht es nur auf der alten Schuld und deren causa, es will nur diese umwandeln, nichts materiell Neues begründen. Eben darum kommt der Grund, warum der Schuldner sich auf die Veränderung einläßt und das neue Versprechen gibt, nicht in Betracht. Keine Novation ist es aber, wenn die alte Schuld einfach aufgehoben und an ihre Stelle ein neuer Vertrag mit selbständiger causa gesetzt wird, z. B. aus einer Kaufschuld eine Darlehnsschuld gemacht wird. Dies ist, wenn es ernstlich gemeint ist, so zu behandeln, wie wenn das Geld gezahlt und wieder zurückgeliehen wäre. Man hat wohl gesagt, die Novation sei auch ein materieller Vertrag, weil die causa des neuen Versprechens in der Aufhebung der alten Obligation liege. Allein die Parteien schließen den neuen Vertrag in der Regel nicht, um den alten aufzuheben, sondern umgekehrt heben sie diesen auf, weil sie den neuen schließen, deshalb kann das neue Versprechen auch ohne Aufhebung des alten gültig sein. Eher kann man sagen, da die neue Obligation es ist, was die alte aufhebt, so sei dies als eine Art in solutum datio aufzufassen, zumal da wenigstens im neueren Rechte die Änderung der Obligation so weit gehen kann, daß sie einen ganz anderen Gegenstand und Inhalt bekommt. Diese Auffassung ist der Sache nach möglich, nur entspricht sie dem Ideenstandpunkte der Parteien in der Regel nicht, da deren Absicht nur auf Änderung, Umwandlung, Erneuerung der alten Obligation gerichtet ist. Es ist aber nicht gut, einem Verhältnisse eine andere rechtliche Konstruktion unterzulegen, als die Parteien faktisch im Sinne haben.

4. Ohne wirkliche Befriedigung muß sich der Gläubiger als befriedigt ansehen in den Fällen, wo wenigstens der Schuldner den Gegenstand der Obligation auch nicht mehr hat und es am Gläubiger selber oder wenigstens nicht am Schuldner liegt, daß der Gläubiger keine Befriedigung bekommt. Dies ist der Fall a) bei der mora accipiendi des Gläubigers, wenn hier der Schuldner den Schuldgegenstand auf Rechnung und Gefahr des Gläubigers deponieren oder ganz derelinquieren kann; und b) wenn dem Schuldner nach Perfektion der Obligation die Erfüllung durch reinen Zufall, ohne culpa und mora, objektiv unmöglich wird[2]. Unmögliches kann man nicht leisten, und auf Ersatz haftet man nach dem allgemeinen Prinzipe nur, wenn man in culpa ist. Insofern geht also die Gefahr des Schadens vom Untergange einer Sache, das periculum,

---

[1] v. Salpius, Novation und Delegation. 1864; Salkowski, Zur Lehre von der Novation. 1866; Hruza, Zur Lehre von der Novation. 1881; Kunze, Die Obligationen im römischen und heutigen Recht. 1886. §§ 29—31.

[2] Fr. Mommsen, Die Unmöglichkeit der Leistung in obligatorischen Verhältnissen. 1853. (Beitr. zum Obl.-R. Bd. I); G. Hartmann, Die Obligation. 1875. S. 117—272.

bei Obligationen vom Eigentümer auf den Gläubiger über[1]. Die Unmöglichkeit muß aber eine objektive sein, also bei Handlungen durch Tod, Krankheit, äußere Hindernisse bewirkt werden, bei Sachen durch physischen Untergang oder durch Entziehung von höherer Gewalt; auch ist sie hier fast nur bei speziell, nicht leicht auch bei nur generisch bestimmten möglich, namentlich nicht bei Geld (genus non perit). ⟨Welche Wirkung das Prinzip der Befreiung durch Zufall auf gegenseitige Obligationen übt, ist für viele derselben nach Pandektenrecht streitig gewesen. Nur beim Kauf war in den Quellen bestimmt bezeugt, daß, wenn die verkaufte Sache vor der Leistung durch Zufall zu Grunde geht, nicht bloß der Verkäufer, wie selbstverständlich, frei wird, sondern auch der Käufer trotzdem zahlen muß (periculum est emtoris)[2].⟩

5. Die übrigen Aufhebungsgründe der Obligationen, wie Verjährung, Tod, Konfusion, Strafe u. s. w., beruhen nicht auf dem Prinzipe der Befriedigung, bedürfen hier aber keiner weiteren An- und Ausführung.

VIII. Schutz und Sicherung der Obligationen.

§ 67. Die Klagen aus Obligationen haben alle gleichmäßig die allgemeine Natur der actio in personam. Sie sind Klagen des Gläubigers gegen die Person des Schuldners auf Erfüllung der Obligation in Haupt- und Nebenpunkten oder auf Schadenersatz, bei Verträgen nach Umständen auch Aufhebung des Vertrages. Den Klagegrund bildet die Obligation. Dazu gehört eigentlich ihre Entstehung und ihre Fortdauer, d. h. Nichtaufhebung. Indessen braucht der Kläger nur die erstere, also den Entstehungsgrund, zu beweisen. Die Aufhebung, auch die Zahlung, als neues Faktum kann der Richter nicht annehmen, wenn sie nicht vom Schuldner behauptet und bewiesen wird. Man nennt dies nicht ganz passend, die Fortdauer werde präsumiert. Die einzelnen Klagen unterscheiden sich danach eigentlich nur durch den Rechtsgrund und den Gegenstand der einzelnen Obligationen. Indessen sind damit nach Pandektenrecht einzelne, aber wenige, weitere Unterschiede von allgemeinerer Anwendung verbunden, so namentlich in betreff der Vererbung zwischen den Klagen aus Verträgen und aus Delikten, und den Klagen auf Strafe und auf Erhaltung oder Wiederherstellung des Vermögens (actiones poenales und rei persecutoriae), außerdem der zwischen den einfachen actiones in personam und den in rem scriptae (§ 45). Dagegen hat der römische Unterschied von Klagen, die nach strengem Recht, und solchen, die nach Billigkeit beurteilt werden (actio stricti iuris und bonae fidei), im modernen Recht keine praktische Anwendbarkeit mehr. Zwar tritt auch hier bei gewissen Klagen eine besondere Strenge ein, und zwar nicht nur prozessualisch, wie bei Wechsel- und Urkundenprozeß, sondern auch in der materiellen Behandlung bei den Klagen aus abstrakten Versprechen, indessen beruhte das nicht mehr auf dem römischen ius strictum, sondern auf selbständigen Ideen des heutigen Rechts; es war daher hierbei zwar wohl Analogie und Vergleich mit dem römischen Rechte zulässig, nicht aber unmittelbare Anwendung desselben.

§ 68. Sicherungsmittel der faktischen Realisierung des Rechts sind neben dem rechtlichen Schutze hier besonders wichtig, da diese durch bösen Willen, Nachlässigkeit oder Unglück des Schuldners leicht vereitelt oder wenigstens sehr erschwert werden kann. Die Mittel können je nach der Art der Gefahr und den sonstigen Umständen sehr verschieden sein. Abgesehen von der bloßen Sicherung des Beweises durch Zeugen, Schrift u. a. ist das Hauptmittel gegen bösen Willen und Nachlässigkeit des Schuldners, daß man für den Fall der verspäteten oder sonst ungehörigen Erfüllung der Obligation ihn sich irgend welchen Nachteilen, namentlich Zahlungen oder Abzügen von Geld, vertragsmäßig unterwerfen läßt. Man nennt dies Konventionalstrafen; indessen sind die-

[1] Wächter, Wer hat bei Obligationen die Gefahr zu tragen? 1832, Archiv f. d. civilist. Praxis XV Nr. 6. 9; Fuchs ebenda XXXIV Nr. 5. 10. 17; Puntschart, Die fundamentalen Rechtsverhältnisse 1885.

[2] F. Hofmann, Das periculum beim Kaufe. 1870; Regelsberger in der Krit. Vierteljahrsschrift XIII 90—118.

selben nicht als eigentliche Strafen wie bei Delikten anzusehen, sondern als einfache bedingte Verträge zu behandeln. Darum ist auch die Frage, ob neben der Strafe auch noch die Erfüllung der Hauptobligation gefordert werden kann oder ob die Strafe an deren Stelle tritt, und ob der Schuldner sich durch die Strafe von der Pflicht der Erfüllung frei machen kann oder nur der Gläubiger zwischen beidem die Wahl hat, ganz nach der Vereinbarung und Absicht der Parteien zu entscheiden; im Zweifel ist keine Erfüllung neben der Strafe, aber auch kein Reurecht des Schuldners anzunehmen[1].

§ 69. Bürgschaft. Gegen Zahlungsunfähigkeit des Schuldners können Konventionalstrafen natürlich keine Hilfe geben, hier muß die Sicherheit außerhalb seiner Person gesucht werden, also in Sachen oder in anderen Personen. Darauf beruhen Pfand und Bürgschaft. Über das erstere siehe oben §§ 43, 44. Unter Bürgschaft[2] versteht man heutzutage jedes Versprechen, eine fremde Schuld zu zahlen, falls der Schuldner sie nicht selbst zahle. Die Römer hatten einen solchen allgemeinen Begriff noch nicht, sondern unterschieden accessorische Übernahme einer fremden Schuld auf eigene fides (fideiussio) und Zahlungsversprechen auf fremde Schuld (constitutum debiti alieni). Der Gedanke der ersteren ist, daß der Bürge an dem ganzen Obligationsverhältnisse des Hauptschuldners teilnimmt, die volle Haftung dafür mit übernimmt[3]; darum treffen ihn alle Veränderungen in der Hauptschuld von selber mit, sowohl zu seinem Nachteile als Vorteile, d. h. einerseits haftet er auch für culpa und mora des Hauptschuldners, andererseits kommen ihm aber auch die erst später entstehenden Einreden des Hauptschuldners zu gute. Das Konstitut ist dagegen an sich nur das Versprechen, den Inhalt einer fremden Obligation, so wie er jetzt zur Zeit des Konstitutes ist, zahlen zu wollen; die späteren Veränderungen in der Obligation berühren das Konstitut nicht mehr, der Konstituent haftet weder für culpa und mora des Hauptschuldners, noch bekommt er dessen spätere Einreden. Der Unterschied beider Verbürgungsarten trat in der Form sehr scharf hervor, indem die fideiussio durch Stipulation (idem fide tua esse iubes?) geschah, das Konstitut formlos war. Der Sache nach gehen im modernen Recht beide Begriffe nun aber doch vollständig ineinander über. Denn da man nach neuerem Rechte auch zukünftige Forderungen im voraus konstituieren kann, so kann man auch die Zahlung von allem, was der Schuldner aus der Obligation schuldig sein werde, aber auch nur von dem, konstituieren, und dann hat das Konstitut denselben Inhalt wie die fideiussio. Andererseits ist die Übernahme einer fremden Schuld auf eigene fides der Sache nach nichts anderes als das Versprechen, den eventuell aus der Obligation geschuldeten Betrag zahlen zu wollen. Daraus folgt, daß man im Pandektenrecht nach Aufhebung der Stipulationsform bei der absoluten Formlosigkeit jeder Bürgschaft die beiden Begriffe gar nicht mehr unterscheiden konnte. Accessorische Übernahme einer fremden Schuld ist heute eben nichts anderes als ein Versprechen, sie, d. h. ihren Betrag, eventuell zu zahlen. Somit kann man hier nur unterscheiden, ob im einzelnen das Versprechen allgemein nach Art der fideiussio oder beschränkter nach Art des constitutum gegeben ist. Der Begriff ist dabei an sich derselbe und nur einer. Auf die Ausdrücke kommt nichts an, der Wille entscheidet, die Ausdrücke können nur einen Anhalt zur Feststellung des Willens bieten.

Eine andere Verschiedenheit war noch, daß beim Konstitute die Zahlung mit allerlei Modifikationen in Ort, Zeit, Art, ja selbst im Gegenstande der Zahlung versprochen werden konnte, was bei der fideiussio unzulässig war. Dieser Unterschied konnte gemeinrechtlich weniger eine Scheidung der Begriffe begründen, da solche Modifikationen auch mit der Idee der Übernahme einer fremden Schuld ganz wohl vereinbar sind und bei der fideiussio nur durch die hergebrachte Stipulation ausgeschlossen waren. Daher

[1] Neuenfeld, Ist die Konventionalstrafe Strafe oder Ersatzleistung? 1885.

[2] Girtanner, Die Bürgschaft. 1850; Hasenbalg, Die Bürgschaft. 1870. Vgl. jedoch gegen die Annahme einer Verbürgung durch Konstitut im heutigen Recht Dernburg, Pandekten II § 77.

[3] (Über die soziale Bedeutung der Bürgschaft im älteren röm. Recht vgl. Jhering, Geist III 1. Abt. (4. Aufl.), Vorwort p. XVI ff.)

wollten die Pandektisten nur noch zwischen einfacher, beschränkter und modifizierter Verbürgung unterscheiden. Dagegen darf man das nicht übersehen, daß der Begriff des Konstituts fremder Schulden in dem der Bürgschaft keineswegs aufgeht, sondern alle Versprechen, eine fremde Schuld zu zahlen, umfaßt, also auch die, welche gar nicht zum Zwecke der Sicherung des Gläubigers gemacht werden, sondern zu definitiver Verpflichtung neben dem Schuldner oder statt desselben. Solche Konstitute sind natürlich von der Bürgschaft und ihren Grundsätzen, namentlich ihren Beschränkungen, ganz fern zu halten.

Etwas anderes ist das Verhältnis der Bürgschaft zum Kreditmandate (mandatum qualificatum), d. h. dem Auftrage an einen anderen, einem Dritten Geld zu leihen oder sonst zu kreditieren. Nach römischem Rechte ist dieses von der Bürgschaft völlig geschieden, wenn auch der Sache und dem praktischen Resultate nach sehr ähnlich. Der Mandant haftet dem Mandatar, wenn der Dritte die Kreditschuld nicht zahlt, aber er haftet ihm nicht nach dem Bürgschaftsprinzipe wegen Übernahme der Kreditschuld des Dritten, sondern direkt aus seinem Mandate nach dem Prinzipe der Schadloshaltung des Mandatars; wenn er zahlt, zahlt er nicht die Kreditschuld des Dritten, sondern nur seine eigene Mandatsschuld. Auch diesen Unterschied konnte die gemeinrechtliche Doktrin nicht mehr so festhalten. Allerdings ist der Unterschied von Bürgschafts- und Mandatsprinzip dem Begriffe nach heute noch ebenso; allein bei der absoluten Formlosigkeit der Bürgschaft nach heutigem Rechte kann man nicht nur mit dem Kreditmandate stets eine ausdrückliche Bürgschaft durch den einfachen Beisatz: man bürge, hafte, stehe ein, übernehme die Gefahr u. s. w., verbinden, sondern es ist ganz von selber in dem Kreditmandate eine Bürgschaft wesentlich implicite mit enthalten. Kreditmandat ist ja nicht jede Veranlassung eines anderen zum Kreditieren durch Rat, Bitte, Aufforderung, sondern nur die, welche mit der Absicht geschieht, sich ihm dadurch rechtlich zu obligieren, d. h. ihm für die Unkosten einzustehen. Für die Unkosten einstehen heißt aber beim Kreditieren nichts anderes, als für die Rückzahlung des Kreditierten, also für die fremde Schuld einstehen, d. h. ihre Zahlung versprechen, falls der Schuldner nicht zahle. Das ist aber eben die einfache Bürgschaft, von aller Form entblößt. Diese ist also mit jedem wirklichen verbindlichen unklagbaren Kreditmandate notwendig von selbst verbunden. Ob man sie noch ausdrücklich daneben ausspricht oder nicht, ist im Leben rein zufällig und kann einen praktischen Unterschied nicht begründen. Durch diese Bürgschaftsschuld wird aber die Mandatsschuld, sofern sie auf Erstattung der Kreditsumme geht, vollständig absorbiert. Zahlt der Mandant als Bürge, so tritt gar kein Schaden, den er als Mandant zu ersetzen hätte, ein, daher ist aber auch seine Zahlung stets als Zahlung der Kreditschuld und nicht der Mandatsschuld anzusehen. Insofern war also im gemeinen Rechte zwischen Bürgschaft und Kreditmandat kein Unterschied mehr. Indessen war es doch nicht richtig, wenn darum Windscheid das Kreditmandat gar nicht mehr als Mandat, sondern als Garantievertrag und als eine „Form der Bürgschaft" bezeichnen wollte. Man muß im Kreditmandate das Mandat und die Bürgschaft unterscheiden. Die letztere ist nicht eine besondere Form der Bürgschaft, sondern eine einfache Bürgschaft, allein das Mandat bleibt an sich neben der Bürgschaft bestehen, und dies ist nicht ohne praktische Folgen. Die mit dem Mandate ausdrücklich oder stillschweigend verbundene Bürgschaft ist immer eine Bürgschaft für eine zukünftige Schuld, und zwar eine, die erst durch das Mandat selber veranlaßt werden soll. Insofern ist die Bürgschaft hier vom Mandate abhängig. Wenn das Mandat gültig widerrufen ist, tritt auch die Bürgschaft nicht in Kraft, ebenso wenn das Mandat durch Tod einer der Parteien aufgehoben wird, und ferner, wenn das Kreditieren nicht genau dem Mandate gemäß geschehen ist. (Daß die Bürgschaft erlischt, wenn der Kredit eigenmächtig verlängert wird, ist bei der gewöhnlichen Bürgschaft nicht anders, sobald sie auf bestimmten Kredit gerichtet ist.) Eben darum kann aber in solchen Fällen, namentlich beim Widerrufe, eine Pflicht zum Ersatze der etwa entstandenen Unkosten sehr wohl aus dem Mandate begründet werden. Vergebens hat sich Arndts bemüht, um den Unterschied zwischen Bürgschaft und Kreditmandat ganz zu beseitigen, diese Mandatsgrundsätze zu allgemeinen Bürgschaftsregeln zu machen.

Auch der accessorische Charakter der Bürgschaft ist etwas genauer zu bestimmen, als in der Regel geschieht. Man lehrt gewöhnlich, Bürgschaft könne als solche nicht ohne Hauptschuld sein, sie sei wesentlich accessorisch. Allerdings liegt es auch im Begriffe „bürgen", daß etwas sein muß, wofür man bürgt. Man kann sich nicht abstrakt verbürgen, sondern nur für eine Schuld oder Handlung, die dann die causa für das Versprechen bildet. Man kann der Bürgschaft nicht so wie der Hypothek den accessorischen Charakter abstreifen. Möglich ist es zwar, eine Bürgschaft unter einem abstrakten Versprechen, z. B. einem Wechsel, zu verstecken, allein dann tritt die Bürgschaft eben nicht als solche hervor. Wenn man indessen wesentlich eine Obligation, d. h. eine gültige Schuld, als Grundlage der Bürgschaft ansieht, so ist dies nicht ganz genau. Zunächst ist das Dasein einer gültigen Obligation jedenfalls nur für die Entstehung der Bürgschaft notwendig, nicht auch für die Fortdauer. Die Bürgschaft ist in dieser Beziehung wie das Pfandrecht, das nach römischem Rechte zwar auch nicht ohne Hauptschuld entstehen, wohl aber nach Aufhebung der Obligation fortdauern kann. Aufhebung der Obligation durch Befriedigung des Gläubigers, und was ihr gleichsteht, muß zwar stets auch die Bürgschaft wie das Pfandrecht aufheben, allein bei Aufhebung ohne Befriedigung kann die Obligation in der Bürgschaft wie im Pfandrechte fortdauern, auch ohne Naturalobligation. Beide können dem Gläubiger gerade auch gegen die Aufhebung der Obligation selber eine Sicherheit verschaffen sollen, so namentlich, wenn eine Bürgschaft gerade mit Rücksicht auf eine zu fürchtende Aufhebung der Obligation, z. B. durch Verjährung oder Restitution, übernommen wird, oder wenn der Bürge die Aufhebung der Obligation selber verschuldet. Als Regel muß man indessen annehmen, daß, wer sich für eine gültige Obligation verbürgt, auch nur haften will, sofern die Schuld bleibt, und muß daher die Aufhebung der Obligation auch mit auf die Bürgschaft erstrecken.

Aber auch bei der Entstehung der Bürgschaft ist eine gültige Hauptschuld dem gemeinen Recht nicht wesentlich. Allerdings hieß es, daß bei nichtigen Schulden, z. B. Versprechen von Kindern, Wahnsinnigen oder Verschwendern, auch die Bürgschaft, sowohl fideiussio als Konstitut, nichtig sind, und ferner, daß die realen peremtorischen Einreden auch den Bürgen zustehen. Auch konnte man nicht anführen, daß das Kreditmandat in solchen Fällen gültig war, denn die Haftung trat hier nur aus dem Mandate und auf den Kostenersatz ein. Dagegen war bekanntlich die Verbürgung für schon verjährte Schulden nur beim Falle des Irrtums für ungültig erklärt. In der bewußten Verbürgung für eine verjährte Schuld wurde also ein Verzicht auf die Einrede der Verjährung gesehen. Dies mußte natürlich auch für andere gelten, z. B. die des Zwanges, und es war somit Bürgschaft für eine effektiv ungültige Obligation wohl möglich. Wenn dies aber war, so ließ sich gemeinrechtlich die Ansicht wohl vertreten, daß die Bürgschaft auch bei den eigentlich nichtigen Verträgen der obengenannten Art im Falle der Kenntnis gültig sein könne. Der römische Grund, daß die fideiussio ihrer Form nach und das Konstitut dem prätorischen Edikte nach wesentlich eine wenigstens formell ipso iure gültige Obligation voraussetzten, fiel hier weg. In der Sache selbst war kein Unterschied. Daher war auch über die Haftung des Bürgen in solchen Fällen an sich kein Zweifel, abgesehen nur von eigentlich verbotenen und unsittlichen Verträgen, wo in der Verbürgung eine Teilnahme liegen würde. Man sagte aber in jenen Fällen, der Bürge hafte dann eben nicht als Bürge, sondern als Hauptschuldner, so z. B. das Preußische Landrecht. Allein in der Intention der Parteien übernimmt er doch immer Bürgschaft, und seine Haftung ist keineswegs eine selbständige, sondern immer von dem wirklichen Dasein des betreffenden Verhältnisses und von der Nichtzahlung der Hauptperson abhängig. Daß er keine voraufgehende Exkussion dieser letzteren verlangen kann, versteht sich zwar von selbst, allein das ist bei den Naturalobligationen und noch mehr der verjährten Schuld ebenso. Es ließ sich daher die Frage aufwerfen, ob man den Begriff der Bürgschaft für das Pandektenrecht nicht überhaupt weiter und etwas anders als im römischen Rechte fassen müsse, nämlich einfach dahin, daß man sich bei uns nicht für die Obligation als solche, sondern für die Leistung verbürgt. Bürgschaft ist das Versprechen, für eine Leistung, die von einem anderen rechtlich oder faktisch erwartet wird, einzustehen, sie (oder ein

Surrogat für sie) eventuell statt seiner zu leisten. Dem deutschen Worte „bürgen" liegt jedenfalls dieser Begriff zu Grunde, wie die Kriminalbürgschaft zeigt.

Auf eine fremde Leistung muß sich die Bürgschaft stets beziehen, darum kann sie als solche auch nicht auf mehr als die Hauptleistung gehen. Indessen steht nichts im Wege, daß man für den Fall, daß die Hauptperson nicht leistet, selbständig einen Zusatz als Schadenersatz, Konventionalstrafe, Schenkung, Wette oder sonstwie verspricht.

Als Selbstschuldner sich verbürgen, ist eigentlich ein Widerspruch, eine accessorische Schuld, die prinzipal ist. Der praktische Gedanke dabei ist aber richtig. Materiell will man sich eigentlich auch hier nur für fremde Schuld verbürgen, und hofft, daß der Schuldner selber zahlen werde; formell aber verpflichtet man sich, wie wenn man selber Schuldner wäre, d. h. man abstrahiert von der causa der Verbürgung und übernimmt die fremde Schuld, wie wenn man sie selber kontrahiert hätte. Darin liegt nicht nur der Verzicht auf die Exkussion, sondern ein Abschneiden der ganzen accessorischen Beziehung zum Hauptschuldner, so daß man auch dessen jetzige und spätere Einreden nicht benutzen kann. Es ist die Abstreifung des accessorischen Charakters der Bürgschaft, soweit dies möglich ist, ohne den Boden der Bürgschaft ganz zu verlassen. Korrealschuldner wird man dadurch nicht, sondern nur einfacher Solidarschuldner neben dem Hauptschuldner. Verpflichtet man sich als wirklicher Korrealschuldner, also gemeinschaftlich mit dem Hauptschuldner, so hört die Beziehung zur Bürgschaft ganz auf. Sie kann zwar auch hier den eigentlichen materiellen Grund und Zweck der Verpflichtung bilden; allein da bei der Korrealobligation der Grund, warum man ihr beitritt, überhaupt rechtlich nicht berücksichtigt wird, so kommt auch der Grund der Bürgschaft hier rechtlich nicht mehr zur Erscheinung. Dasselbe ist, wenn der Bürge, statt sich zu verbürgen oder der Schuld beizutreten, sie geradezu ganz auf sich nimmt (Expromission) oder gleich von vornherein sie selber an Stelle des eigentlichen Schuldners kontrahiert (Intervention). Auch hier kommt die Bürgschaft als Grund der Verpflichtung rechtlich nicht in Betracht, doch wird ihr Zweck, wenn der eigentliche Schuldner für den Fall der Zahlung Ersatz verspricht, vollständig erreicht, während ihre Form vollständig umgangen wird. Darin liegt der Grund, daß, wenn ein Gesetz die Verbürgung für gewisse Personen verbieten oder sie gegen die Gefahren aus ihr schützen will, es nicht bloß die eigentliche Bürgschaft, sondern auch alle die Geschäfte, wodurch sie umgangen werden kann, mit für ungültig oder unverbindlich erklären muß. Dies ist im römischen Rechte bei den Weibern geschehen, und darum ist dem Begriffe der Bürgschaft hier der allgemeinere Begriff der Interzession, d. h. der Übernahme einer fremden Obligation (intercedere alienae obligationi), substituiert und diese für ungültig erklärt, sobald sie zum Zwecke der Bürgschaft geschieht.

Besonderer Teil.

§ 70. Einleitung. In dem besonderen Teile des Obligationenrechts sind nicht alle einzelnen Obligationen, die überhaupt vorkommen können, darzustellen, sondern, da das ganze System nicht nach den abstrakten Rechtskategorien, sondern nach der organischen Gestaltung des Lebens geordnet ist, nur diejenigen, die zum allgemeinen abstrakten Vermögensrechte gehören, die also auf dem allgemeinen Verhältnisse der abstrakten Personen als solcher zu einander beruhen, mit Ausschluß derer, die auf den besonderen Familien-, Vormundschafts- und Erbverhältnissen beruhen oder in den besonderen Gewerbeverhältnissen oder im öffentlichen Rechte begründet sind. Auch von jenen sind aber nur die, welche selbständige einzelne Verhältnisse bilden, hier aufzuführen. Alle die, welche nur Modifikationen der dinglichen Rechte sind, gehören ins Sachenrecht, alle die, welche nur Modifikationen und Accessionen von anderen selbständigen Obligationen sind, sind bereits im allgemeinen Teile des Obligationenrechts dargestellt.

Auch die Obligationenverhältnisse, die hiernach hierher gehören, bilden, wie schon oben § 50 bemerkt ist, kein eigentliches innerlich zusammenhängendes System, sondern nur eine Reihe von Verhältnissen, wie sie die Mannigfaltigkeit des Lebens gestaltet und

stets neu gestalten kann. Nur die merkwürdig reichhaltige Entwicklung des römischen Lebens macht, daß die meisten heutigen Obligationenverhältnisse sich auch schon im römischen Rechte finden. Zwei Begriffe treten als beherrschend und maßgebend hervor: Vertrag und Delikt; an sie schließen sich die meisten sonstigen Obligationen als vertrags- und deliktsähnlich an; außerdem sind dann nur noch wenige. Auf diesen Rücksichten beruht die nachfolgende Ordnung, die jedoch nur eine Übersicht geben soll.

I. Verträge.

§ 71. Was das natürliche System der Verträge sei, ist eine in der neueren Systematik vielbesprochene Frage. Die neueren Gesetzbücher, das österreichische, französische, sächsische, der deutsche Entwurf eines Gesetzes über Schuldverhältnisse von 1864 und das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich, haben die Frage, durch die unglücklichen Versuche des Preußischen Landrechts und der Theorie abgeschreckt, ganz umgangen, indem sie die einzelnen Verträge einfach ohne weitere Sonderung in beliebiger Ordnung hintereinander gestellt haben. Für ein Gesetzbuch ist das auch wohl der ganz richtige Standpunkt. Die Wissenschaft kann sich jedoch der Frage nach der inneren Gliederung der Verträge nicht wohl entschlagen.

Unbrauchbar für das heutige Recht ist die römische Einteilung in contractus und pacta mit der Unterabteilung der ersteren in Verbal-, Literal-, Real- und Konsensualkontrakte[1]. Die beiden ersteren Kontraktsarten fallen bei uns ganz weg; zwischen Konsensualkontrakten und pacta ist aber gar kein begrifflicher Unterschied mehr. Somit löst sich die ganze Einteilung bei uns in die von Real- und Konsensualverträgen auf, und daß dieser Unterschied bei uns nicht mehr begründet ist, ist bereits oben § 56 besprochen.

Sieht man von bloßen Gruppierungen nach Ähnlichkeiten einzelner Verträge ab, so erscheinen als Einteilungen nach allgemein durchgreifenden Prinzipien folgende drei:

Zunächst die Einteilung in ein- und gegenseitige Verträge mit der Unterabteilung der letzteren in vollkommen und unvollkommen gegenseitige. Diese Einteilung wird jedoch meistens sehr verunstaltet. Rein einseitig ist überhaupt nur das abstrakte Versprechen und die Schenkung, und davon gehört natürlich das erstere überhaupt nicht in die Reihe der materiellen Verträge. Man hat daher die Rubrik dadurch ausfüllen zu müssen geglaubt, daß man das Darlehn und die dem Darlehn ähnlichen Obligationen ohne Vertrag oder gar auch noch die unvollkommen gegenseitigen mit hierher gestellt hat. Allein die letzteren bilden eine besondere Gruppe, die quasikontraktlichen Verhältnisse gehören gar nicht zu den Verträgen, und das Darlehn als rein einseitigen Vertrag aufzufassen, ist für das heutige Recht falsch. Allerdings kommt beim Gelddarlehn kaum eine andere Pflicht als die des Empfängers auf Rückgabe zur Erscheinung. Allein an sich steht das Darlehn als Leihvertrag auf gleicher Stufe mit dem Kommodate, es ist nur der Unterschied, daß hier eine fungible, dort eine nicht fungible Sache verliehen wird. Das Darlehn beruht im modernen Recht, wie das Kommodat, auf Konsens und bona fides. Nicht die bloße res, das bloße Haben der empfangenen Sache, begründet bei beiden die Obligation, sondern die in der Hingabe realisierte Vereinbarung. Dies ist beim Kommodat schon im römischen Rechte so. Nur sehr uneigentlich sagen die Römer bei Kommodat und Depositum „re contrahitur obligatio". Die res ist nicht „der" Grund der Obligation, sondern nur ein Teil des Grundes. Wenn daher die Römer beim Kommodat eine Verpflichtung des Kommodanten und Haftung für culpa anerkennen, so muß dies im heutigen Rechte beim Darlehn gerade ebenso sein und kann z. B. beim Getreidedarlehn, wenn man verdorbenes oder gar vergiftetes Getreide hergäbe, oder bei einem Darlehn in Wertpapieren, die bereits amortisiert sind, praktisch sehr bedeutsam hervortreten. Dies war auch in der Pandektenlehre anerkannt, und wenn man es mitunter nicht

---

[1] A. Pernice, Zur Vertragslehre der römischen Juristen, in der Zeitschr. der Savigny-Stiftung f. RG. IX (Romanist. Abteil.) Nr. 9.

beachtete, so war das wohl nur, weil man im System gern einen einseitigen Vertrag weiter haben mochte und sich darum gern in den „Banden des römischen Rechts" halten ließ. Die Einteilung der Verträge nach Ein- und Gegenseitigkeit ist daher folgende:

1. einseitige: Schenkung;
2. unvollkommen gegenseitige: mutuum, commodatum, depositum, pignus, mandatum;
3. vollkommen gegenseitige: alle übrigen.

Eine andere Einteilung ist die nach dem faktischen Gegenstande der Verträge. Die Römer unterscheiden dare und facere. Dies entspricht nicht unserem Geben und Tun. Dare ist nur Übertragung von Eigentum und Servituten, alles übrige ist facere, also auch das tradere, restituere u. s. w. Der ganze Unterschied bezieht sich bei den Römern eigentlich nur auf Stipulationen und Klagen. Ein System der Verträge läßt sich nicht darauf bauen. Das heutige Recht versteht unter Tun nur persönliche Dienstleistungen, körperliche und geistige, unter Geben jedes Hingeben von Sachen, sei es zum Behalten oder nur zum Gebrauchen. Man spricht zwar auch von Hingeben zur Aufbewahrung oder als Pfand, indessen ist bei ersterem das Aufbewahren der eigentliche Inhalt der Obligation, und letzteres ist bei uns Einräumung des dinglichen Pfandrechts mit dem bloßen Nebenvertrage des Besitzens. Danach ergibt sich folgende Einteilung der Verträge:

1. auf Dienstleistungen: Mandat, Dienstmiete, Depositum, Trödelvertrag: dazu würden bei uns noch Kommissions- und Mäklervertrag, Verlagsvertrag und ähnliche kommen;
2. auf Gebrauchserstattung: Kommodat, Sachenmiete, Darlehen, Zinsleihe, Prekarium und ähnliche;
3. auf Veräußerung: Schenkung, Spiel, Kauf, Tausch, Vergleich und ähnliche.
4. Die Sozietät muß von diesen drei Klassen noch getrennt aufgeführt werden, weil sie einen allgemeinen, alles umfassenden Charakter hat. Sie kann ebensowohl auf Beiträge als auf Handlungen und auf beides zusammen gehen und auf Beiträge ebensowohl zum gemeinschaftlichen Gebrauche als zum gemeinschaftlichen Haben. Überhaupt hat die ganze Einteilung der Verträge nach ihrem Gegenstande insofern etwas Schwankendes und Unbefriedigendes, als Geben und Tun bei vielen Verträgen vereinigt sind und namentlich einander gegenüberstehen, wie z. B. beim Verlagsvertrage und eigentlich bei allen Verträgen auf bezahlte Dienstleistungen.

Eine dritte Einteilung der Verträge ist nach ihrer rechtlichen Bedeutung für das Vermögen der Parteien. Alle Verträge haben zum wesentlichen Zwecke Zuwendung von vermögensrechtlichen Vorteilen irgend einer Art unter den Kontrahenten, ein- oder gegenseitig. Indessen können diese Zuwendungen einen sehr verschiedenen Charakter haben. Manche, ja die meisten, enthalten eine Aufopferung für das Vermögen, sei es durch Veräußerung von Rechten oder durch feste persönliche Verpflichtung und sei es mit oder ohne Gegenleistung, so bei Schenkung, Spiel, Kauf, Miete. Andere bringen dagegen zwar dem Empfänger einen Vorteil, aber dem Geber keinen eigentlichen Nachteil, kein eigentliches Opfer, so bei Kommodat, Depositum, Mandat. Neben beiden stehen die Leistungen bei den Gesellschaftsverträgen, sie sind Aufopferungen an Geld oder Kräften, aber keine Opfer an den Vertragsgegner, sondern Opfer an einen gemeinsamen Zweck, der jedem nur Gewinn, sei es an Genuß oder an Geld, bringen soll. Damit sind folgende weitere praktische Scheidungen und Gesichtspunkte verbunden:

1. Verträge ohne Aufopferung. Die hierher gehörigen Verträge sind vollständig: Mandat, Depositum, Kommodat nebst Prekarium und das unverzinsliche Darlehn. Das Eigentümliche bei ihnen ist, daß sie in der Regel unentgeltliche Zuwendungen enthalten, meistens nur Gefälligkeiten, daß sie aber eben darum auch in der Regel frei oder wenigstens fast frei widerruflich sind, eben weil sie sonst in wirkliche Aufopferung übergehen würden. Dies bleibt auch, wenn eine Bezahlung ausgemacht ist, und zwar ist diese dann vom Widerruf abhängig. Darin liegt der Unterschied von der Miete. Bekanntlich streitet man, warum Mandat und Depositum durch Versprechen

einer Bezahlung nicht in Miete übergehen und worin der Unterschied liege. Er liegt nur darin, daß bei Miete feste gegenseitige Verpflichtung ist, von der keiner zurück kann; man kann zwar die wirkliche Ausführung der Dienste erlassen, selbst verbieten, aber zahlen muß man doch[1]; ein Mandat dagegen kann man trotz versprochener Zahlung widerrufen und braucht dann auch nicht zu zahlen.

2. Verträge mit Aufopferung. Hier unterscheiden sich zunächst die rein einseitige und die vollkommen gegenseitige Aufopferung, Schenkung und Tausch, d. h. aller Austausch von Leistungen. Bei der Schenkung ist die causa der eigenen Leistung oder Verpflichtung lediglich Liberalität, beim Tausche ist es die Gegenverpflichtung. Zwischen beiden steht das Spiel. Es ist im Eingange zweiseitig wie der Tausch, im Ausgange einseitig wie die Schenkung, d. h. jeder muß sich verpflichten, wie beim Tausche, aber nur einer soll wirklich leisten, also einer verlieren, einer gewinnen, wie bei der Schenkung, und der Zufall soll entscheiden, wer verliert und wer gewinnt. Die causa der Verpflichtung ist also für jeden die Hoffnung und Möglichkeit des Gewinns. Dem Spiele parallel stehen alle anderen gewagten Geschäfte, daher namentlich auch alle Versicherungsverträge.

Schenkung, Spiel und Tausch sind die drei Arten, wie man vertragsmäßig seine Sachen und Rechte veräußert, sie bilden daher die causae der Veräußerungen. Was der Gegenstand ist, ob Sachen oder Rechte, und diese translativ, konstitutiv oder remissiv, oder ob Handlungen und Dienste, ist bei allen drei Verträgen gleichgültig. Ebenso ob man gleich leistet oder erst verspricht. Es ist begriffslos, bei der Schenkung obligare, dare, liberare einfach koordinieren zu wollen. Ebenso grundlos ist, weil man den Zweck der Schenkung, einen anderen zu bereichern, auch ohne Vertrag, d. h. ohne Schenkung, erreichen kann, z. B. wenn man heimlich seine Schulden zahlt oder seine Sachen verbessert, darum die Schenkung von den Verträgen ausscheiden zu wollen, wie Savigny tat. Schenkung und Spiel stehen dem Tausche übrigens dadurch entgegen, daß sie beide auf einseitige Verarmung gehen, während beim Tausche die Aufopferung wenigstens dem Prinzipe nach durch die Gegenleistung wieder aufgewogen wird. Es beruht darauf, daß für Schenkung und Spiel eine Menge gesetzlicher Beschränkungen sind, von denen beim Tausche keine Rede ist, und zwar beim Spiele noch mehr als bei der Schenkung, weil die causa des Spiels, die Hoffnung auf Gewinn, mehr und allgemeiner geeignet ist, blinde Leidenschaft aufzuregen, als die causa der Schenkung, die Liberalität.

Der Tausch umfaßt im allgemeinen alle Verträge auf gegenseitigen Austausch von Leistungen. Im einzelnen kann man unterscheiden Austausch der Dinge gegen ihren Geldwert und gegen andere Dinge. Das erstere ist Kauf und Miete (Sachen- und Dienstmiete), das letztere der Tausch im engeren Sinne und alle übrigen derartigen Verträge, sowohl die, welche besondere Namen haben, wie Zinsdarlehn, Trödelvertrag, Verlagsvertrag, auch Vergleich, Kompromiß u. a., als alle die, die mehr nur vereinzelt vorkommen und daher im Leben keinen allgemeinen Namen erlangt haben, sogenannte Innominatkontrakte, wie z. B. der Institutionenfall von den zwei Bauern, die einander gegenseitig abwechselnd den Gebrauch ihrer beiden Ochsen zu gewähren versprachen. Die Römer führen sie auf die vier Hauptkategorien zurück: do ut des, do ut facias, facis ut des, facio ut facias.

3. Gesellschaftsverträge. Dies sind alle Verträge auf Begründung einer Gemeinschaft von vermögensrechtlichen Verhältnissen unter den Kontrahenten. Das Eigentümliche dabei ist, daß die Parteien sich zwar zu gegenseitigen Leistungen von Sachen oder Handlungen verpflichten, aber nicht wie beim Tausche mit entgegengesetzten Interessen und Zwecken, sondern zu gemeinsamen. Es soll ein gemeinsamer Erfolg erreicht werden,

---

[1] ⟨Wenigstens insoweit, als der Mitkontrahent durch die Zahlung einen über seinen Arbeitsaufwand hinausgehenden Reingewinn erzielt; den Arbeitsaufwand selbst durfte er bei richtiger Behandlung nach Treu und Glauben schon nach gemeinem Recht nicht mehr machen, wenn der Dienstmieter dies als seinem Interesse nicht mehr entsprechend untersagt hatte.⟩

wovon alle Vorteil haben. Jeder behält daher eigentlich das, was er gibt, doch wieder ebenso für sich zurück. Daraus folgt, daß der Vertrag hier nicht bloß unter zwei, sondern unter beliebig viel Personen geschlossen werden und alle anderen Verträge mit Dritten zum Zwecke haben kann und daß bei größeren Gesellschaften der gemeinsame Zweck eine selbständige über allen einzelnen stehende Vertretung erhalten kann, durch die dann die Beziehungen der einzelnen zueinander vermittelt werden.

Im einzelnen kann die Gesellschaft nach Zweck, Umfang und Form sehr verschieden sein. Der Hauptunterschied ist zwischen einfachen und der Erwerbsgesellschaft, d. h. ob sie nur auf gemeinschaftliches Haben und Genießen einzelner oder mehrerer Sachen oder des ganzen Vermögens geht oder auf gemeinschaftliches Erwerben und Verdienen, entweder durch einzelne Geschäfte oder ganze Geschäftszweige oder die gesamte Erwerbstätigkeit. Die Erwerbsgesellschaften sind namentlich im heutigen Handelsrechte weiter ausgebildet, mit Verschiedenheit der persönlichen Stellung der einzelnen Mitglieder: es beruhen darauf die Unterschiede von offener, stiller, Kommandit- und Aktiengesellschaft. Im römischen Recht kommen diese Arten von Gesellschaften noch nicht vor, es hat nur die offene.

4. Versprechen ohne Angabe des Grundes. Das System der Verträge würde nicht richtig sein können, wenn der Wechsel und andere abstrakt, d. h. ohne Angabe der konkreten materiellen causa, gegebene Versprechen keinen Platz darin fänden. Indessen versteht sich, daß solche Verträge nicht einfach koordiniert in der Reihe der materiellen Verträge ihren Platz haben können, sondern daß sie in bestimmtem Gegensatze ihnen allen gegenüber stehen müssen, wie sie ja tatsächlich ihren Stoff und Grund aus allen jenen Verträgen entnehmen können und meistens wirklich entnehmen. Im römischen Rechte würde hierher die Stipulation zu stellen sein, im heutigen gehören hierher der Wechsel und alle anderen von ihrer causa getrennten Versprechen.

II. Delikte.

§ 72. Die Obligationen aus Delikten nahmen im gemeinen Rechte eine bedeutend einfachere Gestalt an als im römischen. Im römischen Rechte wurde das ganze Gebiet der Privatdelikte von dem Systeme der Privatstrafen beherrscht, die zum Teil mit dem Schadenersatze eng verbunden waren und durch eine Menge besonderer Strafbedingungen eine Reihe von Unterschieden und Kategorien hervorriefen, die wegfielen, sobald es sich um den einfachen Schadenersatz handelte. Ob eine Beschädigung z. B. mit oder ohne Komplott verübt ist, an Begräbnissen oder an anderen Sachen, kann für die Strafe maßgebend sein, der Ersatz des Schadens und die Pflicht dazu muß sich gleich bleiben. Die deutsche Praxis hatte nun von den römischen Privatstrafen schon bisher nur noch eine, die ästimatorische Injurienstrafe, beibehalten. Auch diese war aber im Reichs-Strafgesetzbuch wenigstens für die Hauptfälle in eine öffentliche Geldstrafe umgewandelt; zwar ist daneben der neue Begriff einer Privat-„Buße" bis 6000 Mark aufgestellt, doch war diese mit als Schadenersatz anzusehen in dem oben § 49 entwickelten Sinne. Bei den Delikten, die in Entziehung von Sachen oder Rechten entstehen, trat zum Schadenersatz noch ein Anspruch auf Rückgabe und Wiederherstellung, soweit sie faktisch möglich waren, hinzu.

Demnach können im Pandektenrecht die einzelnen Delikte nur nach der Art, wie ein Schaden zugefügt wird, unterschieden werden. Man könnte fragen, ob diese Scheidung notwendig, ob man nicht mit einer allgemeinen Klage wegen widerrechtlicher Schadenszufügung aller und jeder Art ausreichen könnte. Im preußischen Rechte ist diese Aufstellung einer einzigen allgemeinen Klage aus unerlaubten Handlungen in gewisser Weise geschehen. Indessen ist der Begriff der widerrechtlichen und kulposen Schadenszufügung doch ein so weitgreifender, daß eine gewisse Spezialisierung sich keinesfalls ganz entbehren läßt; im römischen Rechte aber, welches nirgend von Abstraktionen, sondern überall von konkreten praktischen Verhältnissen des Lebens ausging, findet sich ein so allgemeiner Rechtssatz und eine so abstrakte Klage überhaupt nicht. Man hat sie zwar früher oft in

der lex Aquilia und ihren Erweiterungen finden wollen. Allein die lex Aquilia selbst war ganz speziell nur auf Töten, Verwunden, Zerbrechen, Zerreißen und Verbrennen gestellt und auch alle späteren Ausdehnungen blieben doch immer auf Schadenszufügung durch mechanische Tätigkeit und Einwirkung auf Sachen beschränkt. Auf Schadenszufügung durch Vermittlung von Rechtsverhältnissen, Prozessen u. dgl. ist sie nie ausgedehnt, für diese sind nur besondere Bestimmungen da, die aber nicht vollständig alle möglichen Fälle umfassen. Nur für alle absichtlichen (dolosen) Schadenszufügungen ist eine allgemeine Bestimmung gegeben. Hier ist für alle Fälle, die unter keine besondere Bestimmung fallen, für die also keine besondere Klage da ist, eine ganz allgemeine Aushilfsklage, die actio doli, aufgestellt. Diese muß wesentlich in dieser Allgemeinheit aufgefaßt werden, man darf sie nicht auf Betrug, betrügliche Entziehung u. dgl. beschränken, sie umfaßt vielmehr alles und jedes dolose Unrecht, wofür keine besondere Klage ist. Im einzelnen sind aber gemeinrechtlich folgende Arten widerrechtlicher Schadenszufügungen zu unterscheiden gewesen:

1. die durch unmittelbare Einwirkung auf fremdes Eigentum. Hierher gehören:
   a. nach der lex Aquilia alle Verwundungen und Tötungen von Tieren, Beschädigungen und Zerstörungen von Sachen, Entziehung von Tieren und Sachen ohne Aneignung;
   b. alle Aneignungen durch Diebstahl, Raub, Dejektion (condictio furtiva und interdictum de vi; bei den Römern auch noch actio furti und actio vi bonorum raptorum);
   c. alle Gewalt und Eigenmacht in Beziehung auf Anlagen und Vorrichtungen an Grundstücken (interdictum quod vi aut clam, operis novi nuntiatio, Interdikte bei res publicae).
2. Gewalt und Zwang gegen die Person. Dabei unterscheiden sich:
   a. unmittelbare Gewalt durch Verwundung, Tötung, Entziehung der Freiheit, Verhinderungen von Handlungen;
   b. mittelbarer Zwang durch Drohungen und Erpressungen (actio metus und calumniae, condictio ex iniusta und turpi causa).
3. Beredung, Verführung, Täuschung, Verleumdung (Vertragsklagen und actio doli).
4. Betrügliche Veräußerungen zum Nachteile der Gläubiger (actio Pauliana).
5. Verletzung besonderer Amtspflichten bei Richtern, Beamten, Sachverständigen (iudex qui litem suam facit).

III. Vertragsähnliche Obligationen.

§ 73. Es gibt eine Reihe von Verhältnissen, wo faktisch die materiellen Elemente eines Vertrages vorhanden sein können, ohne daß eine Willensvereinigung stattgefunden hat, und wo daher die Billigkeit fordert, daß ohne Vertrag doch wie aus dem Vertrage eine Verpflichtung eintritt. Die Verhältnisse sind Geschäftsführung ohne Auftrag, Gemeinschaft ohne Sozietät, grundlose Bereicherungen wie aus Darlehn. Die Römer nennen diese Fälle obligationes quasi ex contractu, sie bezeichnen damit zugleich den praktischen Grund der Obligation und das rechtliche Prinzip ihrer Behandlung, und es ist daher sehr unverständig gewesen, wenn man bei uns geglaubt hat, die Fälle wissenschaftlicher als Obligationen aus einseitigen Handlungen, Zuständen u. dgl. zu bezeichnen, wobei der eigentliche Rechtsgrund völlig verschleiert blieb.

1. Bei der Geschäftsführung ohne Auftrag stellen die Römer die einfache private und freiwillige Besorgung fremder Angelegenheiten und die durch Vormünder und Beamte zusammen, doch hat die letztere insofern einen anderen Charakter, als Vormünder und Beamte durch Gesetz oder den Staat beauftragt werden und feste Normen für ihre Amtsführung haben. Das eigentlich freie Vertretungsprinzip kommt nur bei der einfachen negotiorum gestio zur Erscheinung, wo der gestor sich gewissermaßen selbst in die Seele des Abwesenden hinein den Auftrag gibt und wo daher die Nützlich-

keit der Geschäftsführung nicht nach objektiven Prinzipien zu bemessen ist, sondern lediglich nach den konkret subjektiven, vielleicht sehr individuellen und zufälligen Interessen des Abwesenden. Der Eingriff in fremde Geschäfte hat wesentlich stets etwas Riskiertes und darf gar nicht objektiv bemessen werden, was gewöhnlich übersehen wird[1].

2. Die Gemeinschaft ohne Sozietät entsteht hauptsächlich bei gemeinschaftlichen Erbschaften, Legaten, Schenkungen, bei Konfussion von Sachen verschiedener Eigentümer, Grenzverwirrung u. dgl. Sie begründet dann die Rechte auf gemeinschaftlichen Gebrauch und Genuß, Teilung der Früchte und Teilung der Sache selbst, worauf die sogenannten Teilungsklagen gehen.

Ein besonderer, wichtiger, aber oft verkannter Fall ist noch die gemeinschaftliche Seegefahr und die daraus entstehende Pflicht der gemeinschaftlichen Tragung der sogenannten großen Haverei. Die Romanisten stellten die lex Rhodia de iactu meistens unter den Gesichtspunkt der Miete, weil die Sache bei gemieteten Schiffen gelegentlich der Mietklagen erledigt werden kann. Dies ist aber ganz äußerlich und zufällig. Das Prinzip selber wird dadurch nicht berührt. Dies ist vielmehr, wie die Römer sagen, daß das commune periculum ein commune detrimentum und damit ein consortium collationis begründe oder, wie ganz gleich das deutsche Handelsgesetzbuch sagt, daß bei „gemeinsamer Gefahr" alle Schäden, die zur Rettung notwendig werden, „gemeinschaftlich getragen werden müssen"[2].

3. Grundlose Bereicherung[3] tritt beim Darlehn stets ein, sobald es gekündigt ist und doch nicht zurückgezahlt wird. Die causa mutui, die bis dahin die Bereicherung durch die Geldzahlung begründete, fällt dann weg, und es tritt daher ein habere sine causa ein. Von diesem Standpunkte aus, sagen die Römer, muß man jede Geldzahlung und weiter auch jede andere Vermögenszuwendung an einen anderen auffassen, die aus einer bestimmten causa geschieht, welche sich hinterher als irrtümliche nicht erfolgend oder ungültig herausstellt. Überall tritt ein habere sine iusta causa ein, wie beim Darlehn nach der Kündigung, und darum auch eine condictio eius quod sine iusta causa datum est oder kurz eine condictio sine causa[4]. Vom Geben ist das Prinzip dann weiter auch auf die Fälle ausgedehnt, wenn jemand eigenmächtig, also auch sine causa, fremdes Geld oder andere Sachen, die er ohne Eigentum in Detention hat, konsumiert und sich so um ihren Wert oder wenigstens ihren Genuß bereichert.

Wesentlich ist stets die Bereicherung und der Mangel der causa.

a. Eine Bereicherung ist nicht schon das einfache faktische Haben, sondern nur der Übergang in das Vermögen, also wenn man entweder das Eigentum der Sachen be-

---

[1] Die Beurteilung der negotiorum gestio nach einem mehr objektiven Maßstabe hat ihren Hauptvertreter in Wächter, Archiv f. d. civilist. Praxis XX 350. Doch ist seitdem die entgegengesetzte Richtung überwiegend und mit Recht verteidigt, von manchen sogar bis zur Unterstellung eines fingierten Mandats übertrieben worden. Gegen solche Übertreibungen vgl. Sturm, Das negotium utiliter gestum. 1878, aber auch Ruhstrat in der Krit. Vierteljahrsschrift XXI 366. Auch andere Seiten der negotiorum gestio sind neuerdings mannigfach behandelt worden, so der Vertragsschluß durch den gestor im Namen des Geschäftsherrn und dessen Ratihabition von E. Zimmermann, Stellvertretende negotiorum gestio. 1876, eine besondere Gestalt der negotiorum gestio von Monroy, Die vollmachtslose Ausübung fremder Vermögensrechte. 1878, endlich die „Geschichte der negotiorum gestio" von Wlassak 1879. Unter dem allgemeinen Gesichtspunkt: „Die Menschenhilfe im Privatrecht" wird die negotiorum gestio mit anderen Rechtsinstituten zusammengestellt und behandelt von Kohler, Jahrbb. für Dogmatik XXV 1.

[2] Goldschmidt, Ztschr. f. Handelsr. XXXV S. 41 ff.

[3] H. Witte, Die Bereicherungsklagen des gemeinen Rechts. 1859; Pfersche, Die Bereicherungsklagen. 1883.

[4] Über die Kondiktionen im allgemeinen vgl. v. Savigny, System V 503—642 und über die prozessualische Seite derselben: Baron, Abhandlungen aus dem römischen Civilproceß I 1881. Unvollendet ist Erxleben, Die condictiones sine causa. 1850—53; schwer verständlich Voigt, Die condictiones ob causam. 1862; S. ferner Pernice, Lab. III 1, passim; v. Mayr, Die condictio des röm. Priv.-R. 1900. Windscheid hat die Obligation aus grundloser Bereicherung mit anderen Erscheinungen zusammen unter den Gesichtspunkt der „Voraussetzung" gezogen. Dagegen Lenel, Archiv für die civilist. Praxis LXXIV Nr. 6, und gegen die Replik Windscheids ebenda (LXXVIII 161 ff.) wieder Lenel l. LXXIX 49 ff.

kommen oder sie konsumiert. Solange der Verlierende vindizieren kann, ist er rechtlich nicht ärmer und der andere nicht reicher. Solange Vindikation, solange keine Kondiktion. Nur um den Besitz als solchen kann man auch ohne Eigentum und Konsumtion bereichert sein, und darum ist dann insofern wenigstens eine condictio possessionis möglich.

b. Mangel einer causa ist nach der feinen römischen Scheidung und Ordnung[1]:

α. bei causa futura, wenn die causa nicht eintritt oder für den Empfänger schimpflich ist (condictio causa data causa non secuta und condictio ob turpem causam);

β. bei causa praeterita, wenn die causa rechtlich ungültig ist oder eine irrtümlich angenommene Schuld war (condictio ex iniusta causa und condictio indebiti);

γ. bei causa nulla, wenn gar keine causa da war oder nur Eigenmacht und Konsumtion (condictio sine causa und condictio furtiva).

Dagegen ist es aber nie eine grundlose Bereicherung, wenn jemand etwas aus einem gültigen Vertrage bekommt, bei gegenseitigen Verträgen auch dann nicht, wenn er seine Gegenpflicht nicht leistet oder gar durch Zufall davon ganz frei wird. Wegen Nichterfüllung der Gegenpflicht kann daher nie das Gegebene kondiziert werden, sondern nur auf Erfüllung oder Schadenersatz oder gar nicht geklagt werden. Der Grund ist, weil nach dem Konsensualprinzipe die causa der eigenen Pflicht und Leistung nicht die wirkliche reale Leistung des anderen ist, sondern schon seine Verpflichtung zu derselben. Auch relativ ist es keine grundlose Bereicherung, wenn man die Sache mit causa von jemand bekommt, der sie selbst ohne causa hat, z. B. wenn der Dieb das gestohlene Geld verschenkt und der Beschenkte es bona fide konsumiert. Die bloße bona fides und Putativtitel genügen dagegen als causa nicht.

Das Prinzip der grundlosen Bereicherung läßt auch eine gewisse Erweiterung und Ausdehnung auf solche Fälle zu, wo zwar eine formell gültige causa da ist, aber dieselbe in den materiellen Rechtsverhältnissen keinen rechtfertigenden Grund hat, so namentlich bei dem Erwerbe des Eigentums durch Spezifikation, Accession, Alluvion, Avulsion und wenn Stellvertreter irgend einer Art oder unbeauftragte Geschäftsführer den Herrn durch nützliche Verwendungen in sein Vermögen bereichern. Der Standpunkt der Kondiktionen paßt hier nicht unmittelbar, doch muß man andere Klagen (in factum, de in rem verso) zulassen, wenn auch die Grenze im römischen Rechte zweifelhaft ist.

IV. Deliktsähnliche Obligationen.

§ 74. Die Römer bezeichnen als obligatio quasi ex delicto die Schadenersatzpflicht des Richters wegen parteiischen Urteils und die Haftung des Hausbewohners und des Gastwirts für fremde culpa in den oben § 59 genannten Fällen. Die erstere muß gemeinrechtlich als wirkliche Deliktsschuld aufgefaßt werden, die letztere ist eigentlich nur subjektive Modifikation wirklicher Deliktsobligationen; doch legen die Römer die Idee einer gewissen eigenen Verschuldung mit zu Grunde.

Als weitere Fälle deliktsähnlicher Obligationen müssen dann noch bezeichnet werden die Haftung für den Schaden, den Tiere anrichten, und für den Schaden durch leblose Sachen nebst der Abwendung drohenden Schadens durch cautio damni infecti mit ihren Folgen (oben §§ 38. 59 a. E.) und endlich die Klage wegen eigenmächtiger Veränderung des natürlichen Wasserlaufs.

V. Sonstige Obligationen.

§ 75. Durch die bisher aufgeführten Obligationen ist das Gebiet der möglichen vermögensrechtlichen Verpflichtungen nicht erschöpft. Abgesehen von den Verpflichtungen, die accessorisch in den Verhältnissen der andern Rechsgebiete vorkommen, können durch Recht und Gesetz auch anderweitige selbständige Obligationen entweder aus Billigkeits-

[1] ⟨Die technischen Namen der einzelnen Kondiktionen sind jedoch, wie man heute annimmt, in den Digesten erst von den Kompilatoren hergestellt worden. Vgl. Pernice, Lab. III 1. 234.⟩

gründen im Leben anerkannt oder aus Zweckmäßigkeitsgründen auferlegt werden. Es sind hier aus dem römischen Rechte noch folgende drei Obligationen aufzuführen.

1. Die Exhibitionspflicht[1], die eine sehr weit verbreitete Anwendung hat und in mehrfacher Steigerung vorkommt. Sie besteht zunächst nur in der Pflicht, eine Sache, die man im faktischen Besitze hat, einem anderen behufs der Rekognoszierung zu rechtlichen Zwecken zu zeigen. Bei Urkunden dehnt sich dies Zeigen auch auf das Lesen- und Abschreibenlassen aus. Stellt sich nach geschehener Rekognoszierung heraus, daß der Besitzer den Besitz gar nicht für sich in Anspruch nimmt, wie bei zugelaufenen Tieren, zugeschwemmten Sachen, gestohlenen Sachen u. s. w., so dehnt sich das Zeigen zur Duldung der Wegnahme aus, und ist die Sache durch Accession mit anderen verbunden oder vergraben, so umfaßt die actio ad exhibendum sogar auch die Trennung und Ausgrabung.

2. Die Beerdigungspflicht. Diese haftet zunächst auf dem eigenen Vermögen des Verstorbenen und trifft insofern die Erben. Außerdem hat das römische Recht sie nur angenommen beim Vater für seine Kinder in der Gewalt, weil er durch sie erwirbt, und für den Ehemann „ne iniuria videatur, uxorem insepultam relinqui“ (l. 28 D. de relig. 11, 7). Säumt der Pflichtige mit der Beerdigung, so kann sie jedermann besorgen und vom Pflichtigen mit der actio funeraria die Kosten ersetzt verlangen.

3. Die Alimentationspflicht. Diese existiert nach römischem Rechte als selbständige Pflicht, d. h. abgesehen von Verträgen und Legaten, nur für eheliche Ascendenten und Descendenten gegenseitig und außerdem für den unehelichen Vater beim Konkubinate. Im gemeinen Rechte war sie zu Gunsten aller unehelichen Kinder angenommen.

C. Das Familienrecht.

§ 76. Einleitung. Es ist schon oben § 3 bei der allgemeinen Begründung des Systems ausgeführt, daß die drei Rechtsgebiete des Familien-, Vormundschafts- und Erbrechts ihre Grundlage im Gattungsleben der Menschen haben, im Gegensatze zu dem Begriffe der abstrakten Persönlichkeit, auf dem das allgemeine Vermögensrecht beruht. Das Familienrecht geht aus dem Geschlechtsleben des Menschen hervor, d. h. aus der Differenz und Vereinigung der Geschlechter und der Zeugung und Abstammung. Auf der ersteren Beziehung beruht die Ehe, auf der letzteren das Verhältnis der Eltern und Kinder und der weiteren Verwandten. Die unmittelbare geschlechtliche Verbindung der Ehegatten und der Erzeuger und Erzeugten begründet auch unmittelbare selbständige Rechtsverhältnisse. Die nur mittelbare Verbindung der gemeinsam von einem Dritten Abstammenden führt zu keiner unmittelbaren Rechtsgestaltung, sondern hat ihre Wirksamkeit nur darin, daß die Familie das Mittelglied ist, wodurch der einzelne mit der Gattung in Verbindung steht, und daß daher da, wo das Verhältnis des einzelnen zur Gattung hervortritt, bei der Vormundschaft und beim Erbrechte, die Gattung zunächst durch die Familie (weiter dann durch den Staat) vertreten wird.

In welchem Verhältnisse die physische Seite des Geschlechts- und Gattungslebens zu seiner sittlichen und rechtlichen Seite stehe, ist viel bestritten. Früher sah man die physische Seite als den eigentlichen Stoff an, der durch das Recht nach allerlei Zweckmäßigkeitsrücksichten geordnet würde. Die neuere Theorie legt das Hauptgewicht auf die sittliche Seite: Ehe und Familie seien sittliche Begriffe, zu denen das Recht nur hinzutrete, um einzelne äußere Beziehungen zu ordnen. Beide Anschauungen zerreißen den inneren organischen Zusammenhang der Verhältnisse. Wenn Recht und Sittlichkeit überhaupt die Aufgabe haben, das Leben des Menschen seinem Wesen gemäß zu gestalten, so kann auch in den Geschlechts- und Gattungsverhältnissen nur ihr eigenes Wesen selbst die Quelle für ihre sittliche und rechtliche Gestaltung bilden. Die Römer sagen, die Geschlechtsverbindung und Kindererzeugung seien ein „ius, quod natura omnia animalia

[1] Demelius, Die Exhibitionspflicht. 1872.

docuit". Das ist natürlich so unmittelbar nicht zu gebrauchen, aber es liegt der richtige Gedanke darin, daß diese Verhältnisse in der Natur selbst, im Wesen der Dinge, das Prinzip ihrer Gestaltung haben. Das Geschlechtsleben des Menschen ist der Punkt, wo sein sittliches Leben mit seinem Naturleben am unmittelbarsten in Verbindung steht, wo das Sinnliche sich zu der idealsten Vergeistigung erhebt und umgekehrt das reinste Ideal in sinnliche Verkörperung übergeht. Die Einheit des natürlichen, sittlichen und rechtlichen Gesetzes tritt daher hier am unmittelbarsten hervor. Sie ruht in dem allgemeinen Satze, daß das Wesen der Dinge das Gesetz ihrer Erscheinung ist. In den äußeren Naturdingen vollzieht sich das Wesen mit absoluter Naturnotwendigkeit, im Tiere durch den tierischen Instinkt, im Menschen durch seine eigene freie Tat. Der Mensch bringt sich sein Wesen zum Bewußtsein und hat es danach mit Freiheit auszuführen. Bei ihm wird das Naturgesetz zum Sitten- und Rechtsgesetze. Darin liegt es, daß die physischen Verhältnisse ihr sittliches Gebot in sich selber tragen und damit zugleich auch weiter das Prinzip für die rechtliche Ordnung ihrer äußeren Erscheinung. Nur in engster Verbindung miteinander können deshalb alle drei Elemente verstanden und gewürdigt werden.

I. Die Ehe[1].

§ 77. Allgemeines. Die Ehe hat ihrem Ausgang in der Differenz der Geschlechter. Diese ist nicht bloß eine körperliche, sondern durchdringt das ganze Wesen des Menschen. Mann und Weib sind in Anlagen, Fähigkeiten und Charakter und darum auch in Lebensaufgabe und Bestimmung verschieden. Das Wesen des Menschen offenbart sich eben nicht in abstrakter Einheit, sondern nur in der einseitigen Geschiedenheit der beiden Geschlechter. Darum hat jedes derselben den Mangel der Einseitigkeit in sich und damit zugleich auch das Bedürfnis und die Bestimmung, ihn durch die Vereinigung mit dem anderen Geschlechte zu ergänzen und aufzuheben. Die Verbindung aber, die diesen Grund und Zweck hat, kann keine bloß körperliche oder sonst auf einzelne Beziehungen und Zwecke beschränkte sein, sondern muß das ganze Wesen des Menschen, sein inneres und äußeres Dasein und Leben umfassen. Diese vollständige Wesens- und Lebensvereinigung der Geschlechter zur Ergänzung ihrer geschlechtlichen Einseitigkeit ist die Ehe. Sie umfaßt gleichmäßig die äußere körperliche Geschlechtsverbindung und damit die Erzeugung und Erziehung von Kindern wie das innere geistige, gemütliche und sittliche Zusammenleben und durch beide Seiten zusammen wieder die Gemeinschaft des gesamten äußeren Lebens und die gegenseitige Unterstützung darin. Was von dem allen im einzelnen Falle faktisch die meiste Bedeutung gewinnt, hängt vom Zufalle und den Lebensschicksalen ab, für den Begriff als solchen ist es gleichgültig. Man fragte und stritt früher darüber, was der Zweck oder wenigstens der wesentliche oder Hauptzweck der Ehe sei, und setzte ihn in die eine oder andere der genannten Beziehungen; gegenwärtig braucht diese Frage nur als eine veraltete angeführt zu werden.

Daß etwas, was so die ganze Natur des Menschen nach allen Seiten angreift, auch für die äußere Betrachtung und Behandlung einen vielseitigen Charakter bietet, ist selbstverständlich und nicht anders möglich; die Ehe hat ihre physische und physiologische, psychische und anthropologische, sittliche, religiöse und rechtliche Seite. Alle sind aber untrennbare Elemente eines Begriffes und stehen in enger organischer Verbindung. Auch die rechtliche Seite der Ehe hat die anderen zur wesentlichen Voraussetzung; man kann auch nicht einen einzigen Satz des Eherechts wissenschaftlich bestimmen, ohne daß die übrigen Seiten der Ehe dabei mit zu Grunde liegen. Die rechtliche Natur der Ehe beruht keineswegs bloß darauf, daß die äußere Gemeinschaft der Gatten überhaupt eine rechtliche Ordnung haben muß, denn diese könnte sie auch durch Vertrag bekommen, sondern wesentlich darauf, daß das äußere Dasein der Ehe eine ihrem inneren Wesen

[1] Scheurl, Das gemeine deutsche Eherecht und seine Umbildung durch das Reichsgesetz vom 6. Februar 1875. 1881/82.

entsprechende rechtliche Gestalt bekomme. Das Wesen der Ehe, also das Verhältnis der Geschlechter, muß den Inhalt des Eherechts bestimmen (historisch natürlich in der konkreten Auffassung eines jeden einzelnen Volkes). Die dem Wesen der Ehe entsprechende Gestalt derselben ist zugleich die sittliche; insofern kann man auch sagen: das Prinzip des Eherechts ist, daß die sittliche Natur der Ehe zur rechtlichen Notwendigkeit werde, insoweit als überhaupt die Äußerlichkeit als solche, abgesehen von der sittlichen Gesinnung, einen Wert und eine Bedeutung hat und daher rechtliche Notwendigkeit und rechtlichen Zwang zuläßt.

Danach ist auch das vielbesprochene Verhältnis der Ehe zum Vertrage zu bestimmen. Die Ehe ist kein Vertrag, aber sie wird durch Vertrag eingegangen. Vertrag ist Willkür, Willkür in der Eingehung, im Inhalte, in der Aufhebung. Im Begriffe der Ehe ist nirgend Willkür. Der eigentlich natürliche und sittliche Grund der Ehe ist die Liebe, und Liebe ist nicht Willkür, sondern innere Notwendigkeit, das Gefühl der konkreten geschlechtlichen Relation und des individuellen Bestimmtseins zur gegenseitigen Ergänzung. Das Gefühl kann zwar nur durch beiderseitigen freien Entschluß zum Willen der wirklichen Vereinigung werden, und insofern kann diese nur durch Willensvereinigung, also Vertrag, geschlossen werden. Allein der Wille hat nur die Bedeutung, das objektive personenrechtiche Verhältnis der Ehe zu begründen, die gegenseitigen Pflichten sind aber keine Obligationen aus den gegenseitigen Versprechungen, sondern sind die rechtlichen Folgen des objektiven Verhältnisses, in welches man eingetreten ist, sie können darum nicht willkürlich durch Vertrag geändert werden, sondern gehören zum sogenannten absoluten oder öffentlichen Rechte in diesem Sinne (s. § 4 Nr. 1). Ebenso widerspricht willkürliche Aufhebung dem Wesen der Ehe. Wie der Grund der Ehe, so dauert auch ihr Bedürfnis bis zum Tode, und wo die individuelle konkrete Relation der Geschlechter wirklich getroffen ist, kann auch nichts als der Tod sie trennen. Wo sie nicht getroffen ist, muß zwar eine Lösung des unnatürlichen Bundes möglich sein, aber nicht nach zufälligem Belieben, sondern nur bei wirklich objektiv vorhandenen Gründen.

§ 78. Die römische Auffassung der Ehe hat sehr verschiedene Beurteilungen erfahren. Man hat sie hoch und niedrig gestellt, letzteres so sehr, daß Gans das „matrimonium“ buchstäblich nur als Anstalt, wie Frauen mit Ehren Mütter werden können, charakterisieren wollte. Die Haupteigentümlichkeit ist aber eigentlich noch nicht recht gewürdigt. Der römische Begriff der Ehe ist an sich weder besonders hoch noch besonders niedrig, es ist der abstrakt menschliche Begriff der Ehe in ihrer äußeren Erscheinung als vollständiger äußerer Lebensgemeinschaft. Das geht allerdings weit hinaus über die niedrige sinnliche Auffassung des Orients, aber von der idealen Innigkeit und Tiefe der germanischen Auffassung ist noch nichts darin; diese ist auch durch das Christentum noch nicht in die römische Ehe hineingebracht. Der römische Begriff gibt die äußere Erscheinung der Ehe, die innere Ausfüllung überläßt er der Persönlichkeit der Ehegatten. Er paßt darum für alle Zeiten und Völker. Das Altertum ist nun noch nicht ideal, die reale Seite der Ehe Kindererzeugung und -erziehung und häusliche Zucht und Ordnung erscheint daher als der Hauptinhalt der Ehe, obgleich gegenseitige Liebe, keusche Treue, und hingebende Aufopferung auch nicht fehlen. Der romantische Idealismus der germanischen Liebe kann aber äußerlich die Ehe auch zu nichts anderem als der vollständigen Lebensgemeinschaft machen. Indessen darf man in alledem nicht die Eigentümlichkeit des römischen Eherechts suchen. Diese beruht vielmehr darauf, daß das römische Recht überhaupt nur die individuelle persönliche Freiheit ausgebildet hat, nicht aber objektive Organisationen des Lebens zu gestalten vermochte. Es kennt nur abstrakte Freiheit und Gleichheit oder absolute Gewalt, nicht organische Gliederung. So hat es in der alten strengen Ehe nur die absolute Gewalt des Mannes, in der späteren freien Ehe nur abstrakte Freiheit beider Ehegatten. Die Römer haben den objektiven Charakter der Ehe und ihre sittliche Natur an sich nicht verkannt, aber sie nicht rechtlich danach gestaltet, ihre sittliche Natur nicht zur rechtlichen Notwendigkeit gemacht, sondern dies ganz oder fast ganz dem Gewissen und der Freiheit der Ehegatten überlassen.

„Matrimonia libera esse debent“ (l. 2 C. de inut. stip. 8, 39) ist das Grundprinzip für das römische Eherecht. Es zeigt sich von Anfang bis zu Ende. Daß die Ehe eine einzig sittliche Verbindung der Geschlechter sei, war stets anerkannt, aber verboten war das Konkubinat nicht. Daß die Ehe den Segen der Religion haben müsse, war fester Glaube, und nicht leicht wurde eine Ehe ohne religiöse Form und Feier eingegangen, aber notwendig war sie (abgesehen von der alten confarreatio) nicht. Daß in der Ehe die Frau dem Manne untergeordnet sein und ihm mehr als ihrem Vater gehorchen soll, hat kein Römer bezweifelt, aber ein Recht darauf hat der Mann nicht, die väterliche Gewalt wird durch die Ehe nicht gelöst, und der Vater geht dem Manne vor. Daß die Ehe zur faktischen Gemeinschaft oder wenigstens Mitteilung des ganzen Vermögens führen soll, lag sogar in ihrer Definition, aber ein Recht darauf hat keiner der Ehegatten, noch weniger tritt eine gesetzliche Gütergemeinschaft ein; der Mann kann nicht einmal eine dos von der Frau fordern, braucht dafür aber, wenn sie keine dos gegeben, sie auch nicht einmal zu alimentieren, er kann sie verhungern lassen, nur begraben muß er sie dann (s. oben § 75 Nr. 2). Endlich, daß die wahre Ehe bis zum Tode dauert, war Anschauung der alten wie der späteren Zeit, und verschuldete und grundlose Scheidung wurden bestraft, aber die Scheidung an sich blieb frei, und Scheidung durch gemeinsamen Konsens zu verbieten wagte erst Justinian, und schon sein Nachfolger gab sie wieder frei. Der objektive Charakter der Ehe trat rechtlich eigentlich nur in den Voraussetzungen der Ehe und in den Strafen des Eherechts, besonders bei Ehebruch und Scheidung, hervor und auch mehr nur bei der Frau als beim Manne. Insofern war das römische Eherecht für die mittelalterliche und moderne Auffassung der Ehe nicht genügend und ist daher durch das kanonische und deutsche Recht sehr wesentlich ergänzt.

§ 79. Die Behandlung der Vermögensverhältnisse der Ehegatten[1] im römischen Rechte ist eine Folge des Prinzips der Freiheit des Eherechts. Die Ehe ändert als solche an dem Vermögen der beiden Gatten gar nichts. Namentlich ist die Idee einer ehelichen Gütergemeinschaft den Römern absolut fremd. Die Ehegatten bleiben rechtlich als abstrakt freie Personen mit ganz selbständigem Vermögen nebeneinander bestehen. Die Ehe soll eine fortwährende faktische communicatio omnis iuris begründen, aber nicht eine rechtliche communio iuris. Jeder Gatte behält sein Vermögen vollständig für sich und bekommt absolut nichts weiter, als was der andere ihm freiwillig gibt. Indessen versteht sich, daß die durch das gemeinsame Leben und die gemeinsamen Kinder entstehenden gemeinsamen Kosten auch von den beiden Gatten gemeinsam getragen werden. Doch wird auch dafür nicht etwa ein gemeinsames eheliches Vermögen gebildet, sondern ein ganz eigentümliches System von gegenseitigen, sich scheinbar durchkreuzenden und kompensierenden Mitteilungen geschaffen, dos und donatio propter nuptias, dessen Verständnis der modernen Welt nur schwer hat gelingen wollen. Es hat seine volle rechtliche Ausbildung erst in später Zeit, eigentlich erst von Justinian, erhalten[2]; in der klassischen Zeit ist noch durch die überwiegende Stellung des Mannes eine gewisse Einseitigkeit, daher kann die eigentliche Idee des Ganzen erst aus der späteren Vollendung erkannt werden. Vorher ergänzte man das Recht durch freiwillige Schenkungen. Die Idee ist folgende: Beide Ehegatten oder ihre Eltern bestimmen einen Teil ihres Vermögens ausdrücklich für die Bestreitung der Lasten der Ehe; sie bilden daraus aber keine gemeinsame Masse, sondern jeder gibt seinen Teil dem anderen für die Ehe zu Eigentum; da aber der Mann als das Haupt der Familie formell der eigentliche Träger der ehelichen Lasten ist, so gibt er seine Gabe der Frau nur ins Eigentum, nicht aber in Besitz, Verwaltung, Verfügung, Nutzung und Verwendung; diese behält er vielmehr

[1] Hasse, Das Güterrecht der Ehegatten im röm. Recht I 1824; Bechmann, Das römische Dotalrecht. Abteil. I 1863. Abteil. II 1867; Czyhlarz, Das römische Dotalrecht. 1870.
[2] Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht, S. 304—312, vgl. S. 248—255.

selber neben der Gabe, die er von der Frau bekommen hat, auch ist er für die Verwendung beider Gaben der Frau in keiner Weise verantwortlich, erwirbt vielmehr die Zinsen und Früchte von beiden ausschließlich in sein Vermögen. Scheinbar bekommt daher eigentlich nur der Mann einen Beitrag von der Frau, und so war es auch im älteren Rechte; allein die Bestimmung der beiderseitigen Gaben für die Lasten der Ehe tritt hervor, sobald ihre ganze Existenz und Verwendung in Zweifel kommt, d. h. wenn entweder der Mann in Konkurs gerät, dann werden sowohl dos als donatio propter nuptias den Gläubigern entzogen und für die Ehe sequestriert, oder wenn er die Frau vollständig vernachlässigt und verkommen läßt, dann kann sie Alimentation sowohl aus dos als donatio verlangen. Außerdem knüpfte sich an das Dasein der gegenseitigen Beiträge von selbst für den Fall der Auflösung der Ehe die gleichmäßige Verwendung nach der Ehe. In der Regel müssen beide zurückgegeben werden, allein Strafe der Scheidung und Vertrag können Änderungen darin begründen, aber stets nur für beide in entsprechender Gleichmäßigkeit.

Alles übrige Vermögen der Ehegatten außer der für die Ehe bestimmten dos und donatio verbleibt den Ehegatten völlig selbständig (parapherna, Privatvermögen). Sie stehen in betreff desselben völlig getrennt, wie andere Personen, einander gegenüber; namentlich hat der Mann durch die Ehe kein Verwaltungsrecht am Vermögen der Frau, und sie können durch Vertrag, Delikte, Prozeß und sonst in jedes beliebige Rechtsverhältnis darüber zueinander eintreten. Davon sind nur wenige und unwesentliche Modifikationen; nur eine bedeutende und tiefgreifende, die berühmte Ungültigkeit der Schenkungen unter Ehegatten. Alle Schenkungen unter ihnen sind ungültig und können widerrufen werden, konvaleszieren jedoch, wenn sie der Schenker bis zum Tode nicht widerruft und vor oder wenigstens mit dem Beschenkten stirbt, somit die Schenkung gewissermaßen durch seinen Tod besiegelt. Auch dieser Satz hat sehr verschiedene Beurteilungen erfahren. Gans sagt bei seiner Idee von der rechtlichen Getrenntheit der römischen Ehegatten: damit die Liebe nicht vereine, was das Gesetz trennt, habe man sogar die Schenkungen verboten. Ein tolleres Urteil ist nicht leicht gefällt. Das ganze sogenannte Verbot war nur ein notwendiges Schutzmittel gegen Mißbrauch des Prinzips der Freiheit der Ehe. Sollte die volle Freiheit der Scheidung bestehen und die Ehe nur ein freies sittliches Verhältnis sein, so mußte es verhindert werden, daß ein Ehegatte durch erheuchelte Liebe den anderen ausplünderte und dann sich von ihm schied und mit der Beute abzog. Nur aus dieser Reinhaltung der Ehe von schmutzigem Eigennutze leiten auch die Römer selber das Verbot ab, welches „non amare nec tanquam inter infestos tractandum est, sed ut inter coniunctos maximo affectu“ (l. 28 § 2 D. de don. int. v. e. u. 24, 1)[1].

II. Die väterliche Gewalt[2].

§ 80. Allgemeines. Der physiologische oder naturalistische Ausgangspunkt für das Verhältnis der Eltern und Kinder ist die Zeugung. Diese ist die Fortpflanzung der Gattung durch sich selbst, konkret verwirklicht in der einzelnen Familie. Die allgemeine Idee, daß die Gattung in den Generationen fortlebt, jede Generation aus sich selbst heraus die folgende erzeugt, in ihr sich verjüngt und sich ein neues Dasein schafft, in welchem sie sich in ununterbrochener Kontinuität fortsetzt, verwirklicht sich in der Gattung nicht abstrakt im ganzen, sondern nur konkret in den einzelnen Familien. Die physische Kontinuität der Familie in den einzelnen Generationen zeigt sich aber hier

[1] Grabenwitz, Die Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte. 1887. §§ 25—35; F. Hofmann in Grünhuts Zeitschr. VIII Nr. 6.

[2] Heimbach, Die väterliche Gewalt, in Weiskes Rechtslexikon XII 1 (1858). Über die moderne Praxis: Stölzel, Das Recht der väterlichen Gewalt in Preußen. 1874 (aus dem Just.-Min.-Bl.). Mandry, Das gemeinsame Familiengüterrecht mit Ausschluß des ehel. Güterrechtes. Bd. I 1871. Bd. II 1876; K. Lehmann, Die elterliche Gewalt im Vermögensrechte des heutigen Europa, in den Jahrbb. für Dogmatik XXV Nr. 2.

deutlich in dem dauernden Familientypus der körperlichen und geistigen Bildung, der sich oft Jahrhunderte hindurch in einzelnen Familien scharf ausgeprägt erhält. Hiernach sind nun ganz konkret die Kinder geradezu als die neue Existenz der Eltern aufzufassen, welche die Eltern aus sich selbst heraus erzeugen, zur Selbständigkeit heranziehen und in der sie ein neues verjüngtes Dasein gewinnen und nach ihrem eigenen Tode fortsetzen.

Das so in der Natur begründete Verhältnis seinem Wesen gemäß durchzuführen, ist sittliche Aufgabe des Menschen und begründet das Band und die sittlichen Pflichten zwischen Eltern und Kindern. Dieser sittlichen Natur entsprechend die äußere Gestaltung rechtlich anzuerkennen und zu ordnen, ist die Aufgabe des Rechts und der Gesetzgebung. Auch hier stehen also Natur, Sittlichkeit und Recht in unmittelbarer Einheit, das Recht kann auch hier nur aus der Natur erklärt und bestimmt werden. Es ist kaum glaublich, wie oft und wie weit dies verkannt ist. In der natürlichen Zeugung glaubte man keinen natürlichen Grund für die Gewalt der Eltern sehen zu können und hielt es für natürlicher, sie aus einer Okkupation des Erziehungsrechts abzuleiten oder aus der Pflicht der Eltern, die Störung der natürlichen Gleichheit, die sie durch die Erzeugung des Kindes ohne seine Zustimmung begangen hätten, wieder auszugleichen! Die neuere Theorie bringt auch nicht tiefer als, wie bei der Ehe, das Verhältnis für ein sittliches zu erklären, zu dem einige Rechtsbestimmungen hinzukommen müßten.

Aus dem obigen Prinzipe ergeben sich von selbst die einzelnen praktischen Hauptgrundsätze für das Verhältnis der Eltern und Kinder, nämlich:

1. daß die Kinder durch ihre Erzeugung von selbst an der gesamten allgemeinen bürgerlichen Stellung der Eltern, besonders des Vaters, teilhaben, also an Namen, Stand, Wohnort, Gerichtsstand, Staats- und Gemeindebürgerrecht, Religion, Kirche;

2. Recht und Pflicht der Eltern zur Ernährung und Erziehung der Kinder. Beides ist nur die Weiterführung und Vollendung der Erzeugung. Sitte, Recht und Pflicht fallen hier von selbst in eins zusammen. In dem Rechte der Erziehung liegt natürlich auch die entsprechende Gewalt über die Person der Kinder. Über ihr Vermögen läßt sich daraus nur ein Verwaltungs-, nicht ein Nutzungsrecht ableiten, wie auch im englischen und österreichischen Rechte angenommen ist;

3. daß die Erziehungsverhältnisse natürlich mit der Vollendung der Erziehung aufhören. Doch tritt die ursprüngliche Familieneinheit der Eltern und Kinder auch nachher noch in einzelnen Folgen hervor, die freilich eine verschiedene positive Gestaltung zulassen. So bleibt eine gegenseitige Alimentationspflicht, eine Respektspflicht der Kinder gegen die Eltern, das Konsensrecht zur Ehe der Kinder und namentlich ein gegenseitiges Erb- und zwar Noterbrecht.

§ 81. Daß bei dem ganzen Rechtsverhältnisse von Eltern und Kindern die Person des Vaters vor derjenigen der Mutter eine überwiegende Bedeutung hat und die eigentlich maßgebende ist, ist im Verhältnisse der Geschlechter begründet und findet sich daher im allgemeinen ausnahmslos bei allen Völkern. Dabei findet sich auch das ziemlich gleichmäßig bei allen Völkern, daß in früheren unentwickelteren Zuständen diese Gewalt des Vaters überhaupt nicht scharf abgegrenzt ist, sondern rechtlich völlig oder fast völlig unbeschränkt ist, die Rechte der Kinder dagegen ganz zurücktreten, und der natürlichen Sitte vertraut ist, daß ein Mißbrauch von seiten des Vaters nicht stattfinden werde. Wenn daher im römischen Rechte die *väterliche Gewalt* ursprünglich eine so unbeschränkte ist, daß der Vater Recht über Leben und Tod der Kinder hat und sie ihm gegenüber gar nicht als selbständige Personen gelten, daher absolut kein eigenes Vermögen haben können, so liegt darin weder etwas Auffallendes noch Eigentümliches, vielmehr ist das im germanischen Rechte und überhaupt wohl allen anderen Urrechten im wesentlichen ebenso. Allein darin stehen die Römer einzig in der Welt da, daß, während alle anderen Völker diese Gewalt mit steigender Kultur aufgeben und sie namentlich nach vollendeter Erziehung aufhören lassen, die Römer den Urzustand der väterlichen Gewalt ihrer ganzen juristischen Richtung gemäß rechtlich so fixiert haben, daß sie ihn bis zum Ende der Republik fast völlig unverändert gelassen und eigentlich tiefgreifende Ver-

änderungen erst in der christlichen Zeit gemacht haben, ja einen Hauptpunkt, die Fortdauer nach Vollendung der Erziehung, sogar bis zuletzt festgehalten haben. Nur in diesem Sinne ist es zu verstehen und richtig, wenn die römischen Juristen der Kaiserzeit sagen, kein Volk der Welt habe eine so strenge väterliche Gewalt wie die Römer.

Im Justinianischem Rechte sind nun freilich von dieser alten strengen Gewalt die Hauptsachen weggefallen, doch ist noch immer ziemlich viel übrig geblieben, dieses aber in wenig befriedigender Gestalt. Die Gewalt über die Person ist zwar auf das natürliche Maß einer Erziehungs- und Hausdisziplinargewalt zurückgeführt, im Vermögensrechte ist aber keine Konsequenz. Die absolute Vermögensunfähigkeit ist aufgehoben, aber nicht einfach, sondern mit allerlei kleinlichen unmotivierten Unterschieden. Die Kinder können zwar erwerben, aber nur von außen her, nicht vom Vater selber, er kann wie früher ihnen rechtlich nichts geben und schenken, überhaupt keinen Vertrag mit ihnen schließen, sondern ihnen nur faktisch überlassen mit dem Rechte der Rücknahme. Bei dem Vermögen der Kinder ist Justinians Prinzip, wonach der Vater in der Regel während seiner Gewalt nicht nur Verwaltung, sondern auch Nießbrauch hat, nur mit gewissen Ausnahmen, allerdings zu billigen, wie es denn auch fast von allen neueren Gesetzbüchern im wesentlichen angenommen ist. Dagegen hat die Unterscheidung bei dem freien Vermögen, daß die Kinder über das peculium castrense und quasi-castrense testieren können, über das adventicium irregulare nicht, im modernen Recht keinen Sinn mehr; ebenso die beim adventicium regulare, daß die Kinder für die bona materna ein Pfandrecht haben, für das übrige nicht; ferner die, daß Erbschaften von der Mutter adventicium regulare werden, von Geschwistern irregulare u. a. Dies und anderes sind historische Reliquien, welche die romanistische Theorie zwar aufbewahren mußte, für die man der Praxis jedoch weniger Pietät zumuten konnte; doch konnte auch sie sich vielfach vom Buchstaben des römischen Rechts nicht losmachen und hatte z. B. für Verträge zwischen Vater und Sohn lieber eine eigene emancipatio ad hoc erfunden als den römischen Satz selber aufzugeben. Übrigens wurde aber das ganze Verhältnis von Vater und Kind in Deutschland dadurch außerordentlich viel einfacher, daß man den Grundpfeiler der verwickelten Vermögensverhältnisse der römischen Kinder nicht mehr hatte, nämlich die Fortdauer der Gewalt bis zum Tode des Vaters. Wenn die Kinder mit Anlegung eines Haushaltes und die Töchter schon mit der Heirat von selbst aus der Gewalt traten, so fielen damit alle kastrensischen und quasikastrensischen Pekulien und irregulären Adventizien von einiger Erheblichkeit von selber ganz weg, und von praktischer Wichtigkeit blieben fast nur die Erbschaften von der Mutter und anderen Verwandten, also das sogenannte adventicium regulare.

§ 82. Das Schuldenwesen der Hauskinder, namentlich der Söhne, ist von besonderer Wichtigkeit. Es hatte im Pandektenrechte eine völlig andere Gestalt als im römischen. Nur die Verträge und Delikte braucht man dabei ins Auge zu fassen.

Bei den Delikten der Kinder war die Sache einfach. Hier ist im römischen Rechte die Haftung des Vaters nach der Abschaffung der noxae datio der Kinder vollständig aufgehoben und auf die Kinder selbst beschränkt, sofern sie zurechnungsfähig sind; es ist selbst zweifelhaft, ob der Vater haftete, wenn er Delikte der Kinder verhindern konnte und es nicht tat. Für diesen Fall mußte man indessen im gemeinen Rechte bei unerzogenen Kindern jedenfalls eine Haftung annehmen, da in der Erziehungsgewalt die Pflicht der Obhut und Abhaltung von Delikten von selbst enthalten ist und daher selbst Vernachlässigung der Aufsicht schon als culpa angesehen werden mußte. Neuere Gesetze gingen noch weiter; nach französischem Recht haftete der Vater für alle Delikte der Kinder, wenn er sie hätte verhüten können oder wenn er das Kind nicht gehörig beaufsichtigt hatte, ja selbst schon, wenn er den Unterricht, die Erziehung und die Aufsicht über die Kinder gröblich vernachlässigt hatte, und ähnlich auch das B.G.B.

Bei den Verträgen und Vertragsschulden der Hauskinder war der Unterschied des gemeinen Rechts und des römischen bedeutender und tiefer greifend. Wir denken heutzutage bei Verträgen und Schulden der Haussöhne vorzugsweise an Minderjährige und

deren leichtsinniges Schuldenmachen, da erwachsene Söhne möglichst bald einen Haushalt anlegen und damit von selbst von der Gewalt frei werden. In Rom aber war zwar das leichtsinnige Schuldenmachen bei den minderjährigen Söhnen auch nicht selten, allein die Hauptsache bei dem verwickelten Schuldenrechte der Söhne beruhte doch darauf, daß auch die erwachsenen Söhne mit Frau und Kindern in der väterlichen Gewalt blieben, vom Vater aber faktisch mit größeren Vermögensteilen ausgestattet wurden (peculium profecticium) und damit faktisch einen selbständigen Verkehr neben dem Vater trieben, während rechtlich das ganze Vermögen doch nur dem Vater gehörte. Dazu kam dann noch das Prinzip der römischen Stellvertretung, wonach der Sohn aus allen Verträgen für den Vater direkt stets selber verpflichtet wurde, der Vater nur indirekt (mit actio adiecticiae qualitatis) daneben[1]. Alles dieses fiel im Pandektenrecht weg. Die Stellvertretung wurde bei Hauskindern keinesfalls irgend anders als bei freien Personen behandelt, so daß die Söhne, wenn sie Auftrag vom Vater hatten und sich als seine Vertreter gerierten, gar nicht hafteten, sondern nur den Vater verpflichteten. Aber auch die ganze besondere Pekuliarhaftung war in Deutschland unanwendbar. Denn da hier Verträge zwischen Vater und Sohn zulässig waren, so konnte die Konzession eines Pekuliums an einen Sohn in der Gewalt, wenn sie ja irgendwo vorkommen sollte, nicht anders behandelt werden, als wenn man einem freien Sohne ein Vermögen zu eigener Verwaltung und Nutzung überließ. Dessen Verträge verpflichteten den Vater gar nicht oder ganz, je nachdem er für sich oder als Vertreter handelte.

Aber auch bei den Verträgen der minderjährigen Hauskinder war das Pandektenrecht anders als das römische. In Rom konnten die Hauskinder, solange sie unmündig waren, durch Vertrag gar nicht verpflichtet werden, weil sie für sich handlungsunfähig waren und der Vater nicht ihr Tutor war, also weder mit ihnen noch für sie handeln konnte. Die mündigen Minderjährigen konnten sich dagegen vollständig auch ohne den Vater verpflichten, da ein Kurator bei Minderjährigen überhaupt nicht nötig war; nur hatten sie wie alle Minderjährigen das Recht der Restitution, und Gelddarlehen an sie ohne Zustimmung des Vaters wurden durch das Senatusconsultum Macedonianum für völlig unklagbar erklärt. Der Vater aber haftete für alle Verträge der Kinder zwar an sich gar nicht, wohl aber, sobald er sie irgendwie genehmigte, also bei Auftrag, Ermächtigung, selbst stillschweigender wissentlicher Duldung und Ratihabition (iussus), und außerdem bei unaufgetragenen Verträgen, wenn und soweit dadurch eine Verwendung in seinen Nutzen (versio in rem) bewirkt war. In Deutschland war dies dadurch anders, daß die Minderjährigen allgemein als handlungsunfähig galten und daher unter Vormundschaft stehen mußten. Dies war auch bei den Minderjährigen in väterlicher Gewalt. Ihre Verträge, auch Darlehn, waren daher ganz ungültig, doch nahm man meistens an, daß der Vater eine natürliche Vormundschaft über sie habe und sie daher mit seiner Zustimmung gültige Verträge schließen können. Indessen durfte man seine Zustimmung nicht bloß als vormundschaftliche behandeln, vielmehr lag darin stets auch der römische iussus, der den Vater zugleich selber mit verpflichtete oder, falls er den Sohn nur zum Vertreter macht, den Vater allein verpflichtete. Das römische Prinzip der actio quod iussu, daß der Vater als solcher aus allen Verträgen der Kinder haftet, die er genehmigt, und daß er alle genehmigt, die er wissentlich geschehen läßt und nicht verbietet, wurde auch in Deutschland trotz der väterlichen Vormundschaft stets angewendet. Ebenso galt daneben das Prinzip der actio de in rem verso, und zwar nicht bloß bei positiver Vermehrung seines Vermögens, sondern auch bei einer ihm verschafften Ersparung, namentlich auch mit Rücksicht auf seine Alimentationspflicht gegen die Kinder. Jeder Vertrag der Kinder zu Zwecken, zu denen ihnen der Vater die Mittel gewähren muß, also für die gesamte Alimentation, Wohnung, Nahrung, Kleidung, Unterricht u. s. w., konnte eine nützliche Verwendung für den Vater begründen, sofern er sich in dem Maße hielt, das der Vater zu gewähren verpflichtet und gewohnt war. Selbst wenn der Vater dem Sohne die

[1] Mandry, a. a. O.; Baron, Abhandlungen aus dem römischen Civilprozeß II (die adjektizischen Klagen). 1882.

Mittel gegeben und dieser sie verschwendet oder verloren hatte, konnte wieder wirkliches Bedürfnis und insofern auch nützliche Verwendung eintreten, dann aber freilich nur auf das Allernotwendigste. Daß der Dritte das Maß nicht wußte, war gleichgültig, er kreditierte auf Risiko, wenn er sich nicht erkundigte.

D. Vormundschaftsrecht[1].

§ 83. Allgemeines. Die Vormundschaft wird in der Regel als eine Art Ausdehnung oder Ergänzung des Familienrechts, namentlich der väterlichen Gewalt, bezeichnet. Unzweifelhaft hat sie auch historisch bei allen Völkern ihren Ausgang von der Familie genommen. Indessen reicht dies doch nicht aus. Denn erstlich muß man fragen, woher denn bei der Familie Recht und Pflicht der Vormundschaft entstehe; die bloße Verwandtenliebe ist doch keine Erklärung dafür, und dann wird damit die ganze Vormundschaft des Staates, die doch schließlich die der Familie weit überragt, gar nicht erklärt. Diese Betrachtungen führen von selbst dahin, daß man den eigentlichen Grund der Idee der Vormundschaft tiefer zu suchen hat, natürlich eben da, wo auch die Familie ihren eigentlichen Boden hat, in dem Verhältnisse des Individuums zur Gattung. Wie der Familie die Idee der Fortpflanzung der Gattung durch die Individuen zu Grunde liegt, so der Vormundschaft die Idee der Selbsterhaltung der Gattung in den Individuen. Das einzelne Individuum ist als einzelne endliche Existenz der Gattung der natürlichen Hilflosigkeit durch Jugend, Alter, Krankheit u. a. unterworfen und dann unfähig, selber für sich, seine Existenz und seine Rechte zu sorgen. Es würde zu Grunde gehen, wenn nicht die Gattung sich seiner annähme, ihm Schutz und Fürsorge (tutela und cura) zu teil werden ließe. Die Idee der Selbstfortpflanzung schließt daher die Idee der Selbsterhaltung in den einzelnen und damit die Idee des Schutzes und der Fürsorge für sie von selber in sich. Das, was sich aber so als wesentliches Element des Begriffs der Gattung ergibt, ist damit von selbst auch Aufgabe für den Menschen, sittliche Pflicht, und in der äußeren Ausführung Gegenstand des Rechts.

Die Gattung ist natürlich hier wie sonst nicht abstrakt im ganzen tätig, sondern in den einzelnen konkreten Kreisen, durch die das Individuum mit der Gattung in Verbindung steht, das ist die Familie und der Stamm oder das Volk. Die Familie bildet das unmittelbare Verbindungsglied und in der Familie zunächst die Eltern, namentlich der Vater. Bei den Eltern ist das Schutzverhältnis ein ganz unmittelbar natürliches, nur ein Teil des allgemeinen Elternverhältnisses, es ist mit der Erzeugung von selbst da und in der Erziehung, solange diese dauert, von selbst enthalten. Man nennt dies daher die natürliche Vormundschaft der Eltern. Schon der Schutz der Eltern ist aber prekär. Sie können sterben, und unter Umständen kann gegen sie selber ein Schutz nötig werden. Noch viel mehr ist dies bei den anderen Verwandten. Bei ihnen ist überhaupt kein unmittelbar natürliches Verhältnis; sie müssen den Schutz erst besonders übernehmen, er ist für sie ein Amt, für welches sie verantwortlich sein müssen, um so mehr, je mehr eine Kollision der Interessen bei ihnen naheliegt. Wo keine fähigen Verwandten sind, fehlt der Familienschutz ganz. Dies alles führt dahin, daß über der Familie noch ein höherer, dauernder, unparteiischer Schutz da sein muß, nicht eine Ausdehnung, nicht eine Ergänzung des Familienschutzes, sondern ein selbständiger, in sich selbst begründeter, die Familie selbst überwachender und nötigenfalls auch gegen sie selbst gerichteter. Diesen Schutz gewährt als höhere Gattungseinheit der Stamm seinen Genossen, das Volk seinen Gliedern, der Staat seinen Bürgern. Der Staat als das rechtlich geordnete Volk ist der höhere Vertreter der Gattung über der Familie. Er ist daher der allgemeine absolute Schutz- und Schirmherr für alle seine Bürger. Er führt seinen Schutz durch

[1] Rudorff, Das Recht der Vormundschaft. 3 Bde. 1832—34; Kraut, Die Vormundschaft des deutschen Rechts. 3 Bde. 1835—1859. Preuß. Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875; Dernburg, Das Vormundschaftsrecht der Preuß. Monarchie. 3. Aufl. herausgeg. von Schultzenstein. 1886.

seine Beamten aus, jedoch so, daß er im einzelnen den Verwandten des Schutzbedürftigen oder anderen Bürgern die unmittelbare konkrete Besorgung des Schutzes als Amt überträgt und selber nur die Beaufsichtignng und Überwachung in Händen behält. Auf diese Weise ergibt sich der Unterschied der einzelnen wechselnden und zufälligen Familien- und Bürger-Vormünder und der dauernd und fest darüber stehenden Obervormundschaft des Staates. Im deutschen Rechte ist dieser Unterschied schon sehr früh vorhanden und später vollständig entwickelt. Im römischen Rechte ist ursprünglich gar keine Idee davon. Der Staat ernennt nicht einmal Vormünder, noch viel weniger beaufsichtigt er sie. Die gens tritt ein, wenn keine Familie da ist, außerdem muß der Vater durch Testament nachhelfen. Erst im fünften oder sechsten Jahrhundert der Stadt wird die staatliche Ernennung von Vormündern eingeführt. Von da an wird die Mitwirkung des Staates und seiner Beamten bei der Vormundschaft zwar immer weiter ausgedehnt, allein zu der Idee einer eigentlichen permanenten Obervormundschaft, die von Amts wegen die einzelnen Vormünder ernennt und beaufsichtigt, ist das römische Recht nie gekommen. Bei uns hat man umgekehrt die Idee der Obervormundschaft ins Extrem getrieben; der Polizeistaat in seiner vermeinten Sorge für das Wohl der Untertanen wollte den beschränkten Untertanenverstand womöglich in allem bevormunden, und namentlich das Preußische Landrecht glaubte die einzelnen Vormünder selbst so viel als möglich beobervormunden zu müssen. Indessen ist es doch sehr verkehrt, wenn man es mitunter für einen Fortschritt halten will, zu der römischen Auffassung der Vormundschaft als Familiensache zurückzukehren. Es ist das eine sehr unglückliche praktische Folgerung aus der falschen theoretischen Idee, die Vormundschaft als Ausdehnung des Familienrechts zu charakterisieren. Die Idee, daß eigentlich ein Familienrat die Obervormundschaft bilden müsse, ist mehr ideal als praktisch. Man muß nur im einzelnen sehen, wie viel Unverstand und Eigennutz in kleinen Verhältnissen in einem solchen Verwandtenrate zu Tage treten kann. Der vormundschaftliche Schutz muß eine objektivere Natur haben.

§ 84. Arten der Vormundschaft. Im einzelnen liegen die Gründe der Bevormundung entweder a. in persönlichen Zuständen, die zu einer eigenen Vermögensverwaltung unfähig machen, nämlich Jugend, Geisteskrankheit und Geistesschwäche, übermäßige Verschwendungssucht, Altersschwäche, oder b. in einer Trennung eines Vermögens von dem eigentlichen Berechtigten, so bei dem Vermögen Abwesender, namentlich Verschollener, bei Konkursmassen, ruhenden Erbschaften und bei den Rechten noch nicht Geborener. Es versteht sich, daß Inhalt und Umfang der Vormundschaft in diesen verschiedenen Fällen verschieden ist. Namentlich besteht der Unterschied, daß bei der ersten Art eine bestimmte Person, für die gesorgt wird, den eigentlichen Kern der Vormundschaft bildet, während bei der zweiten Art nur ein vorhandenes Vermögen als solches erhalten und verwaltet werden soll. Danach ist mancher Erwerb, z. B. von Erbschaften, bei der ersten Art zulässig, bei der zweiten nicht. Man unterscheidet beide Fälle als cura personalis oder plena und realis oder minus plena.

Noch eine andere Unterscheidung macht das römische Recht, die, so wenig Sinn sie auch eigentlich für das gemeine Recht hatte, doch den Sprachgebrauch fortwährend beherrschte: die von tutela und cura. Die erstere ist nur bei unmündigen Kindern, die letztere in allen anderen Fällen. Der Unterschied ist vielfach völlig mißverstanden worden. Die Römer sagen einmal: tutor personae, non rei vel causae datur (l. 14 D. de test. tut. 26, 2). Dies hat man so aufgefaßt, der tutor habe vorzugsweise für die Person zu sorgen, der Kurator nur für das Vermögen. Allein die Sorge für die persönliche Verpflegung ist bei Kindern und Wahnsinnigen gleichmäßig, nur trifft sie nach römischer Auffassung bei beiden nicht eigentlich den Vormund, sondern wird unmittelbar vom Prätor getragen, der Vormund hat höchstens Anträge zu stellen. Sein eigentliches Amt ist nur die Sorge für das Vermögen. Dabei hat er bei Kindern und Wahnsinnigen gleichmäßig die Verwaltung; indessen ist der Unterschied, daß die Kinder wenigstens vom siebenten Jahre an fähig sind, die nötigen Rechtsgeschäfte unter Mitwirkung des Vormundes (tutoris auctoritate) selber vorzunehmen, während der Wahnsinnige gar nichts

tun kann, und daher der Vormund nur allein für ihn handeln kann. Dies war nun aber für das römische Recht bei der Unzulässigkeit der Stellvertretung außerordentlich wichtig. Beim Wahnsinnigen waren danach viele Handlungen, z. B. Antritt von Erbschaften, gar nicht möglich, während die Kinder sie tutore auctore vornehmen konnten. Demzufolge erschien bei den Kindern die Person des Kindes auch in der Vermögensverwaltung formell als die Hauptsache, der Vormund nur als ein neben ihr stehender Beschützer, der ihre unvollständige Handlungsfähigkeit ergänzt.

Der ganze Unterschied hat schon in Rom in der späteren Zeit von seiner alten Bedeutung viel verloren, weil gerade bei der Vormundschaft die Vermittlung einer Vertretung am weitesten ausgedehnt wurde. In Deutschland aber hatte er bei dem Prinzipe der vollständigen Zulassung freier direkter Stellvertretung gar keinen Sinn mehr, die Vermögensverwaltung unterschied sich bei Kindern und Wahnsinnigen gar nicht mehr, der Vormund hatte bei beiden die volle gleiche Vertretung. Zwar hatten Kinder und Wahnsinnige verschiedene Handlungsfähigkeit, die Wahnsinnigen waren völlig unfähig, die Kinder waren für Erwerb auch ohne Vormund fähig und für Verpflichtung wenigstens mit ihm, indessen gab das der Vormundschaft an sich keinen verschiedenen Charakter mehr. Es war daher reiner Zufall und Mißverständnis, wenn man im Pandektenrecht noch Vormünder und Kuratoren unterschied, auch hatte der letztere Ausdruck hier gar keine feste Bedeutung und abgegrenzte Anwendung mehr.

Eine andere Frage war, ob bei der Altersvormundschaft noch zwischen unmündigen und mündigen Minderjährigen ein Unterschied sei. In Rom galt bei den ersteren tutela, bei den letzteren cura. Indessen waren die letzteren an sich völlig handlungsfähig und brauchten daher keinen Kurator zu nehmen, wenigstens nur bei bestimmten einzelnen Geschäften, namentlich Prozessen; wenn sie es aber taten, so verloren sie damit zwar Verwaltung und Verfügung über ihr Vermögen, im übrigen aber blieben sie handlungsfähig und konnten sich ohne Vormund gültig verpflichten. In Deutschland war nun aber schon nach den Gesetzen des alten Deutschen Reichs die Vormundschaft für Mündige ebenso notwendig wie für Unmündige und daher der Unterschied in der Vormundschaft an sich zwischen beiden aufgehoben. Die römische Unterscheidung zwischen Verfügung über das Vermögen, also Veräußerung, und sonstiger Verpflichtung wäre damit zwar wohl vereinbar gewesen, indessen ist sie an sich ziemlich sinnlos[1], da sich jede Obligation auf das Vermögen bezieht, und daher wurde sie in der Praxis überwiegend, wenn auch nicht allgemein, verworfen. Die Verträge der Mündigen waren danach ebenso ungültig wie die der Unmündigen, außer sofern ihnen der Vormund generell eine gewisse freie Verwaltung eingeräumt hat. Der Unterschied der Mündigen und Unmündigen in der Ehe- und Testamentsfähigkeit wurde dadurch nicht berührt. Doch trat die Ehemündigkeit nach dem Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 beim männlichen Geschlecht erst mit dem zwanzigsten, beim weiblichen erst mit dem sechzehnten Jahre ein.

§ 85. Grundsätze der Vormundschaft. Das römische Vormundschaftsrecht ist keine sehr glänzende Seite des römischen Rechts. Verschiedene Umstände wirkten dabei zusammen. Ein Hauptgrund war der Mangel einer permanenten Obervormundschaft, die ex officio handelte und die Vormünder überwachte. Nicht einmal die gerichtliche Ernennung von Vormündern geschah ex officio, sondern auf Antrag der Verwandten, die man dazu durch das prekäre Mittel einer Androhung des Verlustes ihres Erbrechts anzuspornen suchte. Nachher hatte dann der Vormund keine andere Verantwortung und Rechnungsablage als am Ende der Vormundschaft an den Pflegling selbst oder seine Erben. Wie gefährlich das für beide Teile war, welchen Verlusten der Pflegling, welchen Schikanen der Vormund dadurch ausgesetzt war, liegt am Tage. Dazu kam, daß die gesetzlichen und testamentarischen Vormünder ihr Amt ipso iure bekamen, ihre Beseitigung also erst möglich war, wenn sie ihre Untauglichkeit oder Unredlichkeit schon erwiesen

[1] Vgl. jedoch hiergegen die Bemerkung v. Savignys in seinem Briefe an Puchta bei Kühnast, Kritik moderner Rechtsphilosophie. 1887. S. 95.

hatten. Das Schlimmste war aber freilich der jämmerliche Zustand des allgemeinen Kreditwesens. Geld, auf Hypothek ausgeliehen, war wie aufs Spiel gesetzt, Bürgschaft auf lange Zeit natürlich auch unsicher. Der Gefahr für den Pflegling entsprechend war aber stets die Verantwortung für den Vormund. Die einzig sichere, wenigstens ziemlich schwierige Kapitalanlage war im Grundeigentume; es war daher auch Regel, daß die Pupillengelder womöglich zum Ankaufe von Grundstücken verwendet werden sollten. Welche Unbequemlichkeiten und Verluste mußten aber auch daraus den Pupillen erwachsen, wenn sie die Grundstücke später nicht selber brauchen konnten und wieder verkaufen mußten! Man war offenbar in vollster Verzweiflung, wie eigentlich zu helfen sei. Justinian ging so weit, daß er vorschrieb, man solle das Geld lieber einfach deponieren, um es keinen Verlusten auszusetzen. Daß die Vormundschaft bei solchen Verantwortlichkeiten und Gefahren eine allgemein gefürchtete und gemiedene Last war, der man sich in jeder Weise zu entziehen suchte, ist sehr natürlich, zumal man auch nicht etwa durch Honorare dazu angelockt wurde, diese im Gegenteil nur bei Anordnung des Vaters oder besonders lästigen Umständen gegeben wurden. Daraus erklärt es sich, daß die Exkusationsgründe und das Verfahren dabei in einer Ausdehnung und Detaillierung entwickelt und gesetzlich normiert sind, die für unsere heutigen Verhältnisse fast unbegreiflich erscheint. Im gemeinen Recht waren die obigen Übelstände des römischen Vormundschaftswesens ziemlich vollständig beseitigt; die Frage war mehr, ob nicht die Obervormundschaften in Überwachung der Vormünder zu weit gingen, und ob letzteren nicht eine größere Freiheit, aber freilich damit auch größere Verantwortlichkeit einzuräumen sei.

E. Das Erbrecht[1].

§ 86. Einleitung. Das Erbrecht ist die dritte der auf dem Gattungsleben der Menschen beruhenden Rechtsgestaltungen. Der einzelne hat als endliche und vorübergehende Existenz der Gattung im Tode sein gewisses Ende; seine Individualität und was damit zusammenhängt, Rechte und Pflichten, hören damit rechtlich auf, so namentlich seine Familien- und öffentlichen Rechte; seine Vermögensverhältnisse, Rechte wie Schulden, bleiben aber als objektive Gestaltungen und Bestandteile des allgemeinen sozialen Organismus der Gattung in ihr bestehen, gehen auf die überlebenden Mitglieder der Gattung über und erhalten in diesen ihre natürliche Erledigung.

In dieser Weise ist die Grundidee des Erbrechts zu bestimmen. Man hat zwar auch hier, wie bei der Vormundschaft, wieder die Familie zum Ausgangspunkte wählen wollen, allein aus der bloßen Familienverbindung läßt sich allenfalls ein bevorzugtes Okkupationsrecht der Familie auf die einzelnen zurückgebliebenen körperlichen Sachen des Verstorbenen ableiten, nicht aber die allgemeine rechtliche Fortexistenz seiner Rechte und Schulden als solcher. Diese setzt wesentlich einen allgemeinen sozialen Zusammenhang voraus und läßt sich nur aus der organischen Stellung des einzelnen in diesem erklären. Die unendliche Masse der einzelnen Rechtsverhältnisse der Individuen gewinnt auf diesem Standpunkte die Bedeutung der konkreten Gestaltung des Gesamtvermögens einer Nation, was sich in einfacher, ruhiger Kontinuität durch die Reihe der Generationen und Einzelverhältnisse hindurchzieht und so den Bedürfnissen der Nation dient. Der einzelne bildet und schafft und sammelt davon, so viel er kann, und genießt es, solange er lebt, aber sein Ein- und Austritt ist für das Ganze gleichgültig; wenn er verschwindet, treten

[1] Glücks Kommentar, mit der Fortsetzung von Mühlenbruch, Fein u. a. m., von XXXIII 311 an; Köppen, System des heutigen römischen Erbrechts I. 1862; Derselbe, Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts. 1880/88; Schirmer, Handbuch des römischen Erbrechts I. 1863; Tewes, System des Erbrechts. 2. Aufl. 1870. Vgl. die zahlreichen Artikel über Erbrecht von Arndts in Weiskes Rechtslexikon, jetzt gesammelt in Arndts, Civilist. Schriften II. 1873; Fr. Mommsen, Entwurf eines Deutschen Reichsgesetzes über das Erbrecht nebst Motiven. 1876. Bearbeitungen einzelner Landeserbrechte auf Grundlage des gemeinen enthalten: Gruchot, Preuß. Erbrecht. 3 Bde. 1865/67; Unger, Das österreichische Erbrecht. 2. Aufl. 1871; Pfaff und Hofmann, Kommentar zum österreichischen Gesetzbuch Bd. II 1878 ff.

andere an seine Stelle, vollenden, was er begonnen, erhalten oder zersplittern, was er gesammelt. Die Idee, daß mit dem Tode des einzelnen eigentlich alle seine Rechte und Schulden aufhören müßten und nur seine Sachen übrig blieben, aber herrenlos würden und von jedem okkupiert werden könnten, gilt zwar in der Regel als die natürliche, die nur durch positives Gesetz wegen der Unzuträglichkeit des allgemeinen Okkupationsrechts geändert werde; allein in Wahrheit ist sie eine durchaus unnatürliche, sie beruht auf einer atomistischen Auffassung des einzelnen, die ihn aus dem wesentlichen Zusammenhange der Gattung, in dem er durch seine Natur steht, herausreißt und mit der Natur und dem Inhalte einer Menge von Rechtsverhältnissen, namentlich obligatorischen, die von vornherein auf ganze Generationen berechnet sind, im direktesten Widerspruch steht. Die bloße Erklärung aus dem positiven Gesetze ist aber ein Verzicht auf alle innere vernünftige Begründung.

§ 87. Subjekt der Rechtsnachfolge. Die weitere Gestaltung des Erbrechts ergibt sich aus dem obigen Standpunkte auf eine einfache Weise. Die beiden Hauptfragen sind, auf wen das Vermögen des Verstorbenen übergeht, und wie. Die erste beantwortet sich zunächst dahin, daß die Gattung dem Individuum gegenüber hier wie anderwärts durch die engeren Gattungskreise der Familie und des Volkes vertreten wird. Familie und Staat haben daher das nächste Erbrecht. Daneben tritt das Erbrecht durch den eigenen Willen, die Autonomie des Erblassers, nämlich Testament und Vertrag. Das Individuum ist nicht willenloses Mitglied der Gattung, das nur objektiv als solches beerbt würde, sondern muß in der freien Persönlichkeit seiner subjektiven Individualität auch bei seiner Beerbung anerkannt werden. Sein Vermögen ist formell rechtlich nicht Familien-, sondern Individualvermögen, und muß daher als solches übergehen. Der einzelne kann daher seinem Vermögen bei seinem Tode den Stempel seiner Individualität insofern aufdrücken, als er den Übergang selber nach seinem individuellen Belieben regulieren, Familie und Staat ausschließen und die Personen, auf die das Vermögen übergehen soll, autonomisch bestimmen kann. Nur in dem engsten Gattungskreise, dem der Ehe und der Erzeugung, ist das Familienband ein so starkes, daß ein willkürliches grundloses Zerreißen desselben als Verletzung der gattungsmäßigen Pflichten erscheint und insofern wenigstens ein gewisser Teil, der sogenannte Pflichtteil, unbeeinträchtigt bleiben muß. Danach unterscheiden sich bei gesetzlicher Anerkennung des Ganzen: a. das einfache gesetzliche Erbrecht, b. das autonomische Erbrecht durch Testament und Vertrag, c. das qualifizierte gesetzliche Erbrecht, das Noterbrecht. Wenn das autonomische Erbrecht, wie im römischen Rechte, auf Testament beschränkt wird unter Ausschließung des Erbvertrages, so erscheint das gesetzliche Erbrecht im Gegensatze dazu als Intestaterbrecht.

§ 88. Art der Rechtsnachfolge. Bei der zweiten Frage, dem Wie? des Überganges, versteht sich zunächst, daß, wenn die Rechte der Personen trotz ihres Todes bestehen bleiben, auch von Herrenlosigkeit und Okkupation ihrer Sachen keine Rede sein, vielmehr nur eine Succession in das Eigentum derselben möglich sein kann. Ferner müssen, wenn die Rechte bleiben, auch die Schulden bleiben, und zwar in derselben Verbindung mit den Rechten, die sie bei dem Erblasser hatten, d. h. wie dieser gezwungen werden konnte, seine Rechte zur Zahlung seiner Schulden zu verwenden, so müssen auch in der Erbschaft die Rechte für die Schulden haften, diese also vor allem aus den Rechten gedeckt werden, und nur der Überschuß kann als wirklicher Erbgewinn angesehen werden. Die vollständigste rechtliche Form für diesen gleichmäßigen Übergang der Rechte und Schulden ist die, wenn das Vermögen in dem Zustande, den es bei dem Tode hatte, auch nachher zusammengehalten wird, also in seiner Einheit als ein Ganzes, als universitas, auf den Erben oder mehrere gemeinschaftlich übergeht. Dies ist das Prinzip der Universalsuccession, die nach römischem Rechte die wesentliche und notwendige Grundlage bei jeder Beerbung bildet. Der Erbe ist dann insofern der allgemeine rechtliche Nachfolger des Verstorbenen in dessen Vermögen und setzt als solcher alle einzelnen

Rechtsverhältnisse desselben, aktiv und passiv, in sich geradeso fort, wie sie beim Erblasser waren, wie wenn er mit diesem nur eine Person wäre (§ 95).

Die Römer haben diesen Begriff der Universalsuccession und der Einheit der Erbschaft und Erbsuccession mit ihrer gewöhnlichen abstrakten Begriffstechnik aufgefaßt und in voller Schärfe in ihrem Erbrechte durchgeführt. Es beruht darauf eine ganze Reihe von Eigentümlichkeiten, die im modernen Rechtsbewußtsein, wie sich unten zeigen wird, keinen rechten Boden haben, nämlich:

1. Sowohl die Delation als die Acquisition oder Repudiation der Erbschaft kann nur in solidum, nicht pro parte geschehen, nur ganz oder gar nicht. Allerdings kann die Delation an mehrere gemeinschaftlich und insofern an jeden pro parte erfolgen, und insofern kann dann auch von jedem pro parte angetreten und erworben werden; allein eventuell, für den Fall des Ausscheidens des anderen, muß auch hier Delation und Acquisition durch sogenannte Anwachsungen die ganze Erbschaft umfassen; weder der Erblasser noch die Erben können die Anwachsung ausschließen. Der Grund ist, weil sonst der andere Teil der Erbschaft möglicherweise ganz ohne Erben bleiben könnte und dann der Verstorbene zum Teil beerbt, zum Teil unbeerbt bliebe, was der Idee der Einheit der Erbschaft und der Persönlichkeit des Erblassers widerspricht. Darin liegt auch der eigentliche Grund der Regel, daß Delation durch Gesetz und durch Testament nicht konkurrieren können, nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest[1]. Daß die Römer darin keine absolute Unmöglichkeit gesehen haben, zeigen schon die Ausnahmen von der Regel, die sie doch zulassen, namentlich bei Soldaten.

2. Auch die Wirksamkeit des Erbrechts, namentlich die Haftung für die Schulden, kann nur vollständig oder gar nicht eintreten. Der Erbe haftet als Repräsentant des Verstorbenen unbedingt, mögen die Aktiva der Erbschaft für die Passiva ausreichen oder nicht, eine Beschränkung der Schulden auf den Betrag der Aktiva widerspräche der Einheit der Erbschaft. Allerdings hat Justinian durch sein beneficium inventarii eine solche Beschränkung eingeführt; allein wie fern dieses dem Geiste des klassischen römischen Rechts lag, sieht man daraus, daß die prätorische Hilfe gegen die unbedingte Haftung nur durch Abstention und Restitution erteilt wurde, also immer nur die Wahl zwischen ganz oder gar nicht gegeben wurde, von Beschränkungen der Wirksamkeit des Erbrechts gar keine Spur war.

3. Eine natürliche Folge der unbedingten Haftung des Erben ist, daß der Erwerb der Erbschaften nicht von selbst, ipso iure, eintritt, sondern durch den Willen und Entschluß des Erben vermittelt werden muß. Auch die Ausnahme des alten Rechts bei den Kindern in väterlicher Gewalt ist wenigstens indirekt von den Prätoren durch das Abstentionsrecht beseitigt.

4. Endlich folgt aus der Einheit der Erbschaft auch das wichtige Prinzip, daß Singularsuccessionen in einzelne Rechte des Verstorbenen durch Vermächtnisse stets die Universalsuccession eines eigentlichen Erben voraussetzen, nur neben oder hinter ihr stehen können und stets durch sie vermittelt werden müssen.

Das deutsche Recht hat das Prinzip der Universalsuccession in dieser vollen formalistischen Konsequenz nie gehabt. Das rohe Prinzip des Untergangs aller Rechte und Schulden mit dem Tode findet sich zwar, soweit unsere Quellen reichen, nirgends, schon die Volksrechte haben die Haftung des Erben für die Schulden, zum Teil sogar eine unbedingte; allein die römische Einheit der Erbschaft ist im deutschen Rechte nicht festgehalten, vielmehr wurden für einzelne Bestandteile der Erbschaft, namentlich Grundstücke, Heergerät, Gerade, verschiedene Singularsuccessionen ausgebildet, welche die Verbindung der Aktiva und Passiva, wie sie beim Erblasser gewesen war, zerstörten und damit auch für den eigentlichen Erben, der nur das übrige bekam, das Prinzip der unbedingten Haftung für die Schulden unmöglich machten und sie auf den Betrag dessen, was er bekam, beschränkten. Wie man überhaupt bei uns das Recht weniger idealistisch logisch, wie in Rom, sondern mehr realistisch praktisch auffaßte, so sah man auch in der Erb-

[1] Über diesen Satz Hofmann, Kritische Studien (Wien 1885), S. 85 ff.

schaft nicht die Persönlichkeit des Verstorbenen und seine Repräsentation, sondern die Summe seiner Rechte und Schulden und hielt nur daran fest, daß auf der eigentlichen Erbschaft nach Abzug der gesetzlichen Singularsuccessionen die Schulden hafteten und daraus, soweit sie reichte, bezahlt werden müßten. Daß jemand aber aus bloßer Konsequenz der Erbschaftsidee mit seinem eigenen Gelde die Schulden der Erbschaft decken müsse, war dem deutschen Rechte ein durchaus fremder Gedanke. Darum hat die Idee einer Konkurrenz der verschiedenen Delationsgründe, Gesetz, Testament, Vertrag, für uns gar nichts Anstößiges; auch Erbloſigkeit und Konkurs bei einer Hälfte der Erbschaft, während die andere einen Erben hat, können wir ohne juristischen Schauder ansehen, ebenso eine Verteilung der Erbschaft an bloße Legatare ohne jeden eigentlichen Erben. Eben darum, weil der Erbe nie einen Schaden von der Erbschaft haben kann, hat das deutsche Recht auch den Erwerb der Erbschaften ipso iure eintreten lassen. Das römische Recht hat uns nun zwar die römische Universalsuccession mit ihren Konsequenzen gebracht, und sie ist sogar in die neuen Gesetzbücher aufgenommen, allein nur das Prinzip, daß die Erbschaft bis zu ihrem Betrage für die Schulden hafte und insofern Rechte und Schulden in Einheit als universitas behandelt werden, liegt in unserem Rechtsbewußtsein. Das übrige ist uns eigentlich fremd. Die Idee des Übergangs der Persönlichkeit und der Einheit der Erbschaft lebt bei uns nur in der romanistischen Theorie. Sie ist bei uns nicht bloß noch weiter als in Rom im einzelnen durchbrochen, sondern geradezu im Prinzipe abgestorben. Es hat daher für uns wohl einen Sinn, daß die Haftung des Erben bis zum Betrage der Erbschaft durch ein Inventar gesichert werde, aber daß er an sich in solidum hafte, sich jedoch durch Antretung cum beneficio von einem Teile der Haftung befreien könne, hat an sich und für unser Rechtsgefühl keinen Grund. Wenn der Verstorbene seine Schulden nicht mehr selber zahlen konnte, so ist kein Grund, daß der Erbe sie zahle und gewissermaßen wie in einer Falle dazu gefangen werde, falls er unvorsichtig ohne die Benefizialerklärung antritt. Doch hat man sich in früherer Zeit weder in der Praxis noch in den Gesetzbüchern alle Konsequenzen dieses Unterschiedes klar gemacht. Daß z. B. das preußische und auch das sächsische Recht teilweise Delation erlaubten, teilweise Antretung verboten, Ausschließung der Anwachsung vom Erblasser erlaubten, vom Erben verboten, war eine gedankenlose Vermischung des römischen und deutschen Prinzips. ⟨Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Reich hat hier insofern mehr Vorsicht walten lassen, als der Erbe auch nach vorbehaltloser Annahme der Erbschaft nicht ohne weiteres unbeschränkt haftet; doch kann auch hier leicht eine unbeschränkte Haftung eintreten durch Umstände, deren Tragweite dem Erben oft nicht von vornherein klar ist, z. B. Versäumung einer gesteckten Inventarfrist, und das ist um so gefährlicher, als der Berufene hier auch ohne ausdrückliche Annahmeerklärung Erbe wird.⟩

I. Das Intestaterbrecht[1].

§ 89. Das einfache gesetzliche Erbrecht, das Intestaterbrecht, haben Familie und Staat. Das Erbrecht der Familie läßt sich in verschiedener Weise geordnet denken. Daß das römische Erbsystem sich durch besondere Natürlichkeit oder Konsequenz auszeichne, kann man gewiß nicht sagen, doch hat es gewisse Ideen, denen es auch in Deutschland Eingang verschafft hat. Es hat eine sehr ungleiche Entwicklung gehabt. Ursprünglich ging es der Urgestalt der römischen Familie zufolge von der ausschließlichen Berechtigung der Agnaten aus. Die Hauptrichtung seiner Entwicklung war daher die Ausdehnung auf die allgemeine Blutsverwandtschaft, die Kognation. Diese ging aber sehr langsam vor sich, weil man in der Republik das alte Familienprinzip mit großer Zähigkeit festhielt und in der Kaiserzeit dem praktischen Bedürfnisse durch die Häufigkeit der Testamente sehr abgeholfen wurde. Erst im Orientalischen Reiche wurde die gesetzliche Ausgleichung dringender, doch ist sie erst von Justinian zehn Jahre nach den Pandekten in

[1] Glück, Lehre von der Intestaterbfolge. 2. Aufl. 1822; Arndts, Intestaterbfolge in Weiskes Rechtslexikon V 668—700; Civilist. Schriften II Nr. 36.

der Novelle 118 vollendet. Die innere Ordnung der Verwandtenſucceſſion fällt danach erſt in die ſpätere Zeit und hat hier keine befriedigende Geſtalt mehr gewonnen.

Die Hauptfrage bei der Erbfolgeordnung der Verwandten iſt immer, ob die Stammesverbindung oder die Gradesnähe entſcheiden ſoll, d. h. ob nach Stämmen mit Repräſentation der näheren durch die entfernteren geerbt werden, oder ob der nähere Grund den ferneren ſchlechthin ausſchließen ſoll. Ein abſolutes Gradualſyſtem, gleichmäßig für alle Verwandten, Deſcendenten, Aſcendenten und Seitenverwandte durcheinander (ſo daß z. B. Enkel, Großvater und Bruder zuſammen erben), hat es wohl in der ganzen Welt nicht weiter gegeben als in Rom im prätoriſchen Edikte in der Klaſſe unde cognati. Es widerſpricht dem natürlichen Bau der Familie zu ſehr, als daß es anders als ſo zur ſubſidiären Aushilfe möglich wäre. Das römiſche Recht hat von Anfang an beide Syſteme nebeneinander gehabt, das Stammesprinzip für die Deſcendenten, das Gradesprinzip für die Seitenverwandten. Daß nun die Deſcendenten in stirpes erben, iſt wohl bei allen Völkern mit einigermaßen ausgebildeten Erbrechten angenommen, wenn auch mit einzelnen Modifikationen. Die Schwierigkeiten und Verſchiedenheiten fangen aber, wenn keine Deſcendenten da ſind, ſofort bei den nächſten weiteren Verwandten, den Aſcendenten, den Geſchwiſtern und deren Deſcendenz, an. Nach dem Stammesprinzipe ſchließen die Eltern ihre eigene Deſcendenz, alſo die Geſchwiſter des Verſtorbenen, aus, werden aber nach ihrem Wegfall durch ſie repräſentiert, ebenſo dieſe wieder im Verhältniſſe zu ihren Kindern, dieſe zu den Enkeln u. ſ. w. Die Großeltern werden aber durch die nähere Parentel der Eltern in deren Deſcendenz von ſelber ausgeſchloſſen. So iſt es in voller Konſequenz im öſterreichiſchen uud im neuen deutſchen Bürgerlichen Geſetzbuche. Das römiſche Recht hat aber hier bei dem Übergange der Agnation in die Kognation und der Aufhebung der alten Wirkungen der väterlichen Gewalt alles Prinzip vollſtändig verloren. Juſtinian ruft alle Aſcendenten nach der Gradesnähe mit den Geſchwiſtern zuſammen und gibt zugleich den Kindern der letzteren ein Repräſentationsrecht, nicht aber auch den Enkeln. Dazu führt er dann noch einen abſoluten Vorzug der vollbürtigen Geſchwiſter vor den halbbürtigen ein, der in dieſer Weiſe gar keinen vernünftigen Grund hat. Vollſtändig ſind dieſe Beſtimmungen in keinem der neueren Geſetzbücher angenommen. Doch liegen ſie allen zu Grunde, nur iſt das Verhältnis der Aſcendenten zu den Geſchwiſtern und der vollbürtigen zu den halbbürtigen in jedem anders geordnet. Übereinſtimmung iſt nur in der Ausdehnung der Repräſentation von den Kindern der Geſchwiſter auf ihre weitere Deſcendenz. Zu einem eigentlichen allgemeinen Prinzipe hat ſich keines erhoben, wirkliche Konſequenz iſt nur im öſterreichiſchen und im deutſchen.

Bei den weiteren Verwandten über die Geſchwiſter und ihre Deſcendenz hinaus hat das römiſche Recht das reine Gradesprinzip ohne alle Repräſentation. Dies haben auch die neueren Geſetzbücher, abgeſehen vom öſterreichiſchen, beibehalten, nur ſetzt das franzöſiſche ſie den entfernteren Aſcendenten an die Seite. Das Bürgerliche Geſetzbuch für das Deutſche Reich führt das Stammesprinzip inſofern allgemein durch, als es die ſämtlichen Verwandten des Erblaſſers in Parentelen (Ordnungen) abſchichtet und, ſolange noch in einer näheren Ordnung ein Mitglied vorhanden iſt, keines aus einer ſpäteren beruft; jedoch läßt es abweichend vom öſterreichiſchen Geſetzbuch das Repräſentationsrecht nur in den erſten drei Ordnungen eintreten, dagegen von der dritten ab zur Vermeidung einer Zerſplitterung der Erbſchaft in Minimalquoten die Gradesnähe einen Vorzug begründen.

Neben den Blutsverwandten haben die Ehegatten, der römiſchen Behandlung der Ehe entſprechend, nur ein ſehr beſchränktes Erbrecht, in der Regel erſt hinter allen Verwandten, und die arme Witwe neben ihnen. Dies wurde in Deutſchland, wenn auch nicht im gemeinen Rechte, ſo doch ziemlich in allen Partikularrechten weſentlich geändert.

Das Erbrecht des Staates wird in Rom als ein beſonderes Recht auf erbloſe Erbſchaften bezeichnet und ſomit in eine Art Gegenſatz zur Beerbung geſtellt. Indeſſen iſt dies bloß den Namen nach, der Sache nach hatte der Staat Univerſalſucceſſion wie ein Erbe, und heute kann darauf noch weniger Gewicht gelegt werden. Daß die römiſchen Kaiſer gewiſſe Korporationen dem Staate vorſetzten, war ſchon dort nicht von Er-

heblichkeit, bei uns sind diese Fälle im gemeinen Rechte ganz weggefallen. Das Wichtigste wäre, wenn auch die Gemeinden dem Staate vorgesetzt wären, weil dann für den Staat überhaupt nicht viel übrig bliebe. Indessen haben die römischen Kaiser dieses ausdrücklich verworfen, und auch heute ist es nirgends eingeführt, auch aus naheliegenden Gründen nicht ratsam.

II. Das Testament.

§ 90. Die autonomische Regulierung der Beerbung kann nach römischem Rechte nur durch Testament geschehen, nicht durch Vertrag. Uns erscheint dies auffallend, den Römern war es ganz natürlich. Das Testament ist nach ihrer Auffassung die Spitze des Rechts der Persönlichkeit. Der Mensch muß beim Tode sein Vermögen der Gattung lassen, er kann es ihr nicht entziehen, aber er kann das Recht seiner Individualität dabei noch geltend machen, sterbend seinem Vermögen noch seinen individuellen Willen aufdrücken, daß es nur als seines nach seinem Willen übergeht, sein Wille wie ein Gesetz nach seinem Tode noch darüber herrscht. Die Römer haben die Bedeutung dieses Rechtes wohl erkannt und zu würdigen gewußt und haben es häufig und in vollster Ausdehnung ausgeübt. Der Grieche Lucian sagt, der Römer sei zurückhaltend, nur einmal im Leben spreche er sich frei aus, das sei — nach seinem Tode in seinem Testamente. Daß man es für unanständig hielt, ein solches Recht aufzugeben und sich durch Vertrag zu binden, ist natürlich. Die Römer hatten einen juristischen Idealismus, der dem deutschen Rechte bei aller seiner Gemütlichkeit fremd ist. Wir sehen in Erbschaft eben nur Geld und Vermögen, und ob jemand darüber bei Lebzeiten oder auf den Todesfall, zweiseitig oder einseitig, durch Vertrag oder Testament verfügt, ist uns völlig gleichgültig.

Eben darum hat auch der Hauptunterschied der Römer zwischen Erbeinsetzung und Vermächtnis für uns nicht mehr die römische Bedeutung. Wer aus einem Testamente etwas bekommt, „erbt" nach deutschem Sprachgebrauche, und wer im Testamente etwas zuwendet, „vermacht"; ob man das ganze Vermögen oder eine einzelne Sache vermacht oder erbt, ist Nebensache. Ebenso bezeichnet auch das französische Recht alle testamentarischen Zuwendungen mit legs und unterscheidet nur drei Arten: legs universel, à titre universel und à titre particulier. Damit fällt aber auch aller Grund zu der Scheidung von Testament und Kodizill. Beide gehen in dem Begriffe „letzter Wille" auf. Es ist kein Grund, für beide verschiedene Voraussetzungen, Erfordernisse und namentlich verschiedene Formen aufzustellen. Selbst im römischen Rechte ist diese Unterscheidung schon ziemlich sinnlos, und das Bürgerliche Gesetzbuch hat sie mit Recht abgeschafft; denn was hat es für einen Sinn, daß man zu der kleinsten Erbeinsetzung sieben Zeugen zusammenrufen muß, dagegen die Herausgabe der ganzen Erbschaft oder der größten Landgüter oder Kapitalien durch eine völlig formlose Erklärung an den Erben anordnen kann? Am ärgsten war der Formalismus beim Universalfideikommiß, besonders seitdem Justinian das Verbot des Abzuges der Quarta Trebellianica erlaubt hatte. Danach konnte das Universalfideikommiß der Sache nach die reelle Wirkung der Erbeinsetzung haben, und dennoch blieb der Formunterschied zwischen beiden. Wer kein Testament mehr machen konnte, machte ein Universalfideikommiß und erreichte damit dasselbe. Der Widerspruch ist hier so auffallend, daß es schwer zu begreifen ist, wie man im sächsischen Gesetzbuche die römischen Unterschiede doch hatte beibehalten mögen.

Eigentümlich ordnete das römische Recht auch die indirekte Universalsuccession; es herrschte hier die Regel semel heres semper heres. Darnach kann nie ein zweiter wirklicher Erbe nach einem ersten eintreten, sondern uur die Ausübung des Erbrechts des wirklichen Erben einem anderen übertragen werden. Es war dies ein Glaubenssatz des römischen Rechts, den der orthodoxe Romanist nicht leicht aufgab. Puchta erklärt zwei Erben hintereinander für „dem Wesen des Erbrechts widersprechend", Mühlenbruch führt wenigstens eine Menge abschreckender Folgen davon an. Die neueren Gesetzbücher haben sich durch beides nicht abhalten lassen, sämtlich die römische Regel aufzuheben und den Universalfideikommissar einfach als zweiten Erben nach dem ersten zu

behandeln. Wo und wie dieses mit dem Wesen des Erbrechts in Widerspruch stehen soll, ist auch in der Tat schwer zu entdecken, zumal da die Römer selbst es gar nicht angenommen haben. Sie gründen die Regel nicht auf die spezifische Natur des Erbrechts, sondern sie war ihnen nur eine Folge der allgemeinen Unzulässigkeit von Endterminen und Resolutivbedingungen bei den altzivilen Rechten. Deshalb machen sie auch bei Soldaten eine Ausnahme von der Regel, ebenso wie von der Regel nemo pro parte etc.

III. Das Noterbrecht[1].

§ 91. Beim Noterbrechte tritt der Gegensatz der römischen und deutschen Auffassung des Erbrechts ganz besonders scharf hervor. Der römische Rechtsidealismus legt auf das „heres" sein, die Repräsentation der Persönlichkeit des Verstorbenen, ein besonderes Gewicht, „hereditates honestiore titulo (quam legata) tribuuntur" (l. 5 § 6 D.. de legat. praest. 37, 5). Darum ist die Ehre der Erbeinsetzung, der honor institutionis, ein ganz besonderes Recht, das mit der bloßen materiellen Zuwendung des Pflichtteils nicht befriedigt wird. Noch Justinian stellt in der Novelle 115 das Prinzip auf: wer keinen Grund hat, dem anderen den Pflichtteil zu entziehen, darf ihm auch die Ehre der Erbeinsetzung nicht vorenthalten, sonst ist das Testament trotz der Zuwendung des Pflichtteils nichtig. Für diesen ganzen Standpunkt hat das heutige Rechtsbewußtsein keinen Sinn. Es sieht beim Erbrechte nur auf das Vermögen, beim Noterbrechte daher nur auf den Pflichtteil. Ausnahmslos ist das Noterbrecht in den neuen Gesetzen reines materielles Pflichtteilsrecht, die Ehre der Erbeinsetzung spielt gar keine Rolle mehr, sie kommt gar nicht mehr in Betracht. Dieser Unterschied ist aber sehr folgenreich. Der ganze Gegensatz und Kampf des formellen und materiellen Noterbrechts in Rom, der Gegensatz von Präterition und Exheredation, das verschiedene Noterbrecht von agnatischen und kognatischen Descendenten und Ascendenten und alle die vielen Fragen und Kontroversen, die damit verbunden sind, fallen damit für das moderne Rechtsbewußtsein eigentlich vollständig weg. Überhaupt hat dieses gegenüber dem römischen Recht manche Fortschritte mit sich gebracht. Im einzelnen ist folgendes zu beachten.

1. Die Personen, die ein Noterbrecht haben, sind nach römischem Rechte die Descendenten und die Ascendenten und die Geschwister. Das Recht der letzten hat indessen, da sie in keiner unmittelbaren Gattungsverbindung stehen, keinen inneren Grund, ist daher schon im späteren römischen Rechte sehr beschränkt und in den heutigen Gesetzen überall ganz verworfen[2]. Dagegen ist heute meistens auch den Ehegatten ein Noterbrecht gegeben, jedoch in sehr verschiedener Weise. Bei den Descendenten ist in Rom der alte Familienunterschied der Agnaten und Kognaten in betreff des Noterbrechts bis zuletzt von Wichtigkeit geblieben. Die ersteren müssen nominatim, d. h. speziell als

---

[1] Bluntschli, Erbfolge gegen den letzten Willen nach römischem Recht. 1829; Francke, Das Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten. 1831; Arndts, Pflichttheils- und Notherbrecht, in Weiskes Rechtslexikon VIII 79—170, Civilist. Schriften II Nr. 55. Vgl. über die Frage, ob und inwieweit die Testierfreiheit mit Rücksicht auf eine Pflichtteilsberechtigung eingeschränkt werden soll, die in den Verhandlungen des vierzehnten Juristentages enthaltenen Gutachten von Meyersburg S. 50—71 und von Bruns S. 72—112. Das des letzteren ist mit Zusätzen wieder abgedruckt in der Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft II Nr. 5 und in Bruns, Kleine Schriften II Nr. 4. Vgl. ferner Schultzenstein in den Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts von Rassow und Küntzel XXIII Nr. 20. 25.

[2] In dem angeführten Gutachten spricht Bruns auch dem Pflichtteilsrecht der Ascendenten die innere Begründung ab; ja er will sogar dasjenige der Descendenten nur relativ, gegenüber den Einsetzungen Fremder, aufrechterhalten. dagegen dem Erblasser volle Testierfreiheit gestatten, sofern sie zu Gunsten einzelner Kinder oder des Ehegatten ausgeübt wird. Damit würden aber gerade für den gefährlichsten aller Fälle, in welchem Stiefvater oder Stiefmutter ihren Gatten zur Ausschließung der Kinder erster Ehe und Begünstigung der in der zweiten geborenen zu bestimmen suchen, jede Schranke hinweggeräumt. — Das Pflichtteilsrecht der Ascendenten beschränkt auch das Bürgerliche Gesetzbuch auf die Eltern des Erblassers.

solche, enterbt werden, während die letzteren mit anderen zusammen enterbt oder präteriert werden können, wenn nur der Grund angegeben wird. Auf das Pflichtteilsrecht hatte dieses aber keinen Einfluß. Bei diesem wurde merkwürdigerweise schon früh die im Intestaterbrecht erst spät entwickelte Gleichstellung gewissermaßen antizipiert und allen Descendenten und Ascendenten gleiches Recht gegeben. Indessen hatte jener alte formelle Unterschied im gemeinen Recht auch im materiellen Noterbrechte noch eine eigentümliche wichtige Nachwirkung in der Behandlung der nachgeborenen Kinder, die zwar in der gemeinrechtlichen Theorie wenig beachtet wurde, in den neueren Gesetzbüchern aber sehr deutlich zu Tage tritt. Das römische Recht behandelt vivi und postumi im wesentlichen gleich. Zwar begründet die Präterition bei den einen Nullität, bei den anderen Ruption, indessen ist das nur der Unterschied von anfänglicher und nachträglicher Nichtigkeit, und bei der bonorum possessio contra tabulas war kein Unterschied unter ihnen. Nun ist aber nach der Novelle 115 die Enterbung eines Postumus gar nicht mehr möglich, Einsetzungen auf den Pflichtteil sind bei ihnen von selber selten, somit sind sie in der Regel, wenn sie kommen, präteriert. Auf diese Präterition hat aber die deutsche Praxis überwiegend nicht die beschränkte Nichtigkeit der Novelle angewendet, sondern nach dem sogenannten Korrektionssysteme die alte volle Ruption oder bonorum possessio contra tabulas, also volle Aufhebung des Testamentes, wenigstens bis zur vollen Intestatportion des Postumus, angenommen, während man bei der Präterition der schon vorhandenen Kinder mehr dem sogenannten Derogationssysteme sich zuneigte, d. h. die neue beschränkte Ungültigkeit der Novelle anwendete. Die praktische Folge hiervon war, daß die schon vorhandenen Kinder in der Regel nur ihren Pflichtteil, höchstens die durch Aufrechthaltung der Vermächtnisse beschränkte Intestatportion nach der Novelle fordern konnten, nachgeborene dagegen stets ihren vollen Erbteil. Läßt man nun das formelle Noterbrecht und seine Folgen ganz weg, so bleibt einfach der Satz, daß schon vorhandene Kinder nur ihren Pflichtteil, nachgeborene ihren vollen Erbteil bekommen. In Verbindung hiermit steht ein anderer oft nicht beachteter Unterschied, nämlich zwischen den dem Erblasser bekannten und den ihm nicht bekannten Noterben. Noterben, deren Dasein oder Qualität der Testierer nicht weiß, sind für ihn nicht vorhanden, folglich, wenn sie später auftreten, wie Nachgeborene. Es liegt daher nahe, ihnen ebenso wie diesen ein Recht auf den ganzen Erbteil zu geben, nicht bloß auf den Pflichtteil. Im römischen Rechte ist dies auch insofern geschehen, als vom Standpunkte des Irrtums aus in derartigen Fällen die Enterbungen und die Einsetzungen Fremder für nichtig erklärt sind und somit ein ähnlicher Erfolg wie bei der Ruption herbeigeführt ist. Es trat das nur in den Pandektenlehrbüchern nicht so hervor, weil es in der Regel nicht beim Noterbrechte, sondern bei der Lehre vom Irrtum angeführt wurde. Durch die Beschränkung des Noterbrechts auf das Pflichteilsrecht wird der Gegensatz schärfer und findet in dem Gegensatze von beabsichtigter und nicht beabsichtigter Ausschließung der Noterben seine konkrete praktische Begründung. So erscheint er auch in den neueren Gesetzbüchern, nur mit einigen ziemlich willkürlichen Modifikationen.

2. Über die Größe des Pflichtteils hat die neuere Gesetzgebung viel experimentiert. Der Pflichtteil beträgt nach römischem Rechte bei einem bis vier Noterben ein Drittel der Intestatportion, bei fünfen und mehr die Hälfte der Intestatportion. Das Prinzip ist also, daß bei kleineren Erbportionen die Quote größer sein soll. Eine innere Notwendigkeit hat dies Prinzip nicht, die Quantität des Vermögens kann nicht die Qualität des Rechts bestimmen. Es kann daher nur konsequent genannt werden, wenn das österreichische und italienische Gesetzbuch den Pflichtteil gleichmäßig bei Descendenten auf die Hälfte, bei Ascendenten auf ein Drittel der Intestatportion festsetzen und das Bürgerliche Gesetzbuch für das Reich unterschiedslos die Hälfte des gesetzlichen Erbteils als Pflichtteil gibt. Bei dem römischen Prinzipe müssen die Erbteils- und die Pflichtteilsquote eigentlich in umgekehrter Proportion zueinander stehen. Indessen hat Justinian dies nur sehr unvollkommen erreicht; denn die Progression ist bei ihm zuerst $^1/_3$, $^1/_6$, $^1/_9$, $^1/_{12}$ der Erbschaft, dann $^1/_{10}$, $^1/_{12}$, $^1/_{14}$ u. s. w. Das Preußische Landrecht hat dies durch Annahme von drei Stufen verbessern wollen, $^1/_3$ für 1—2 Kinder, $^1/_2$ für 3—4, $^2/_3$ für

5—6 und mehr. Danach ist aber die Progression $^1/_3$, $^1/_6$, $^1/_6$, $^1/_8$, $^2/_{15}$, $^2/_{18}$, $^2/_{21}$ u. s. w., was auch noch nicht viel besser ist. Das französische Recht erlaubt dem Erblasser, bei einem Kinde nur über $^1/_2$ der Erbschaft zu testieren, bei 2 über $^1/_3$, bei 3 und mehr über $^1/_4$; danach ist der Pflichtteil $^1/_2$, $^2/_3$ oder $^3/_4$ der Intestatportion, also bei 1—3 Kindern $^1/_2$, $^1/_3$, $^1/_4$ der Erbschaft, die Progression folglich erst $^6/_{15}$, $^4/_{12}$, $^3/_{12}$ und dann bei 4 und mehr Kindern $^3/_{16}$, $^3/_{20}$, $^3/_{44}$ u. s. w. Daß das Prinzip des österreichischen und des neuen B.G.B. juristischer und konsequenter ist als alle diese, ist wohl klar[1].

3. In den Enterbungsgründen ist im Pandektenrecht gegenüber dem justinianischen kein wesentlich veränderter Standpunkt eingetreten. Doch ist die Tendenz der modernen Gesetzgebung mehr zur Beschränkung geneigt. Das französische Recht hat sie ganz weggelassen, weil es den alten Coutumes zufolge überhaupt gar nicht von der Idee eines eigentlichen Pflichtteils, als portio debita, ausgeht, sondern die ganze Testierfreiheit im Falle von Noterben auf eine bestimmte „portion de biens disponible“ beschränkt. Das italienische Gesetzbuch hat diese Idee der „porzione disponibile“ aufgenommen, damit aber den römischen Begriff der „porzione legittima dovuta“ verbunden, offenbar nicht sehr konsequent. Die römischen Enterbungsgründe beruhen auf drei Kategorien:

a. Direkte Vergehen gegen den Erblasser, nämlich bei den Descendenten; Lebensnachstellungen, Tätlichkeiten; grobe Injurien, Kriminalanklagen, Vermögensschädigung durch Denunziationen, Verhinderung am Testieren; bei Ascendenten nur: Lebensnachstellungen, Kapitalanklagen und Verhinderung am Testieren. Die meisten dieser Gründe finden sich auch in den neuen Gesetzbüchern, nur ist oft statt der Kriminalanklage falsche Kriminaldenunziation und statt der Denunziation widerrechtliche Vermögensschädigung gesetzt. Das Bürgerliche Gesetzbuch bringt alles dieses unter den allgemeinen Begriff des gegen den Erblasser verübten Verbrechens oder vorsätzlichen Vergehens.

b. Indirekte Vergehen gegen den Erblasser, nämlich: Vernachlässigung im Wahnsinn, Kriegsgefangenschaft oder Schuldhaft, ferner Unzucht mit der Frau oder Konkubine des Erblassers; die neueren Gesetzbücher hatten die ersten drei Gründe zu Vernachlässigung in der Not verallgemeinert. Der vierte Grund war nur im preußischen beibehalten (natürlich nur bei der Frau).

c. Unehrenhaftes Leben. Hier hat Justinian gar keinen allgemeinen Gedanken, sondern er führt nur auf: Ketzerei, Gemeinschaft mit Giftmischern, Eintritt unter Tierkämpfer und Mimen, bei Töchtern auch Liederlichkeit; bei Ascendenten nimmt er davon nur Ketzerei auf, fügt aber Lebensnachstellungen gegen den eigenen Ehegatten hinzu. Das sächsische Gesetzbuch hatte diese ganze Kategorie vollständig gestrichen, das österreichische setzt statt der Ketzerei Abfall vom Christentume, daneben Verbrechen mit zwanzig Jahren Kerker und dann „anstößige Lebensart gegen die öffentliche Sittlichkeit“; das preußische ließ die Religion ganz weg, nahm von Verbrechen nur Hochverrat und „Laster der beleidigten Majestät“, fügte dann aber „Entehrung durch grobe Laster, schändliche Aufführung, niederträchtige Lebensart“ hinzu. Offenbar waren dies keine glücklichen legislativen Griffe. (Das neue Bürgerliche Gesetzbuch spricht hier im allgemeinen von ehrlosem oder unsittlichem Leben.)

4. Ein Hauptpunkt sind endlich die Folgen der Verletzung des Noterbrechts. Das römische Recht ist hier ganz besonders reich an Unterscheidungen. Es hat verschiedene Folgen für das formelle und materielle Noterbrecht, für alte und neue Form, agnatische und kognatische Descendenten, Descendenten in und außer der Gewalt, schon lebende und nachgeborene, vollständige und partielle Verletzung des Pflichtteilrechts; und noch weitere Unterschiede hatte das ältere Recht, die Justinian aufgehoben hat. Demgemäß finden

[1] Abweichend von dem obigen Text hat Bruns in dem Gutachten S. 104 sich gegen die abstrakte Gleichheit der Pflichtteilsquote ausgesprochen nnd vielmehr das Prinzip verteidigt, daß, je kleiner die Intestatportion wird, desto größer die Pflichtteilsquote sein müsse. Die Maßbestimmung aber schlägt er vor, unter Durchführung des im französischen Gesetzbuch gemachten Ansatzes, dahin zu treffen, daß der Erblasser stets uud bei jeder Kinderzahl nur über einen Kindesteil frei verfügen kann, also bei einem Kinde über $^1/_2$, bei 3 Kindern über $^1/_3$, bei 6 Kindern über $^1/_7$ der Erbschaft u. s. w.

sich nebeneinander volle Nichtigkeit des Testaments, Ruption, beide unter Umständen mit prätorischer Geltung des Testaments, beschränkte Nichtigkeit in betreff der Erbeinsetzungen, bonorum possessio contra tabulas auf die Intestatportion, querela inofficiosi auf die Intestatportion, Klage auf Ergänzung des Pflichtteils, das ältere Recht hatte auch noch Zutritt (accrescere) zu den eingesetzten Erben. Die einzelnen Rechtsmittel sind von sehr verschiedenen Gesichtspunkten aus entstanden, das allgemeine Prinzip war indessen, daß bei jeder Verletzung des Noterbrechts der Noterbe ein Recht auf seine volle Intestatportion bekommen soll, sei es durch Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des Testaments; erst Justinian hat die Beschränkung gemacht, daß bei bloßen Mängeln im Pflichtteile nur eine Klage auf dessen Ergänzung eintritt. Dem älteren Prinzipe liegt die Idee zu Grunde, daß das Noterbrecht nicht eine bloße Geldsache, sondern eine Pflicht- und Ehrensache ist und daß eben darum seine Verletzung wie zur Strafe Folgen nach sich zieht, die über den eigentlichen Inhalt des Noterbrechts weit hinausgehen und mitunter selbst Fremden zu gute kommen können.

Dem heutigen Rechtsbewußtsein ist dieser ganze Standpunkt fremd. Wir sehen im Noterbrechte rechtlich einfach eine Vermögensangelegenheit, von der wir den Ehrenpunkt vollständig trennen. Der Noterbe hat ein Recht auf den Pflichtteil, das ihm in keiner Weise verkürzt werden darf; aber daß er darum, weil der Erblasser eine Verkürzung versucht hat, zur Strafe desselben mehr als den Pflichtteil bekommen müßte, oder daß gar auch Fremde Vorteil davon haben könnten, widerspricht unserer Anschauung des Verhältnisses, zumal die konkreten Gestaltungen der Lebensumstände die Idee von Unrecht und Strafe oft gar nicht entfernt zulassen. Daher haben alle neueren Gesetzbücher einstimmig das Recht der Noterben ohne jede weitere Unterscheidung für alle Fälle gleichmäßig auf den Pflichtteil beschränkt. Nur bei den nachgeborenen oder unbekannten Noterben ist, wie oben gezeigt ist, das Recht auf den vollen Erbteil geblieben, aber nicht, weil man darin eine größere und strafbarere Verletzung des Noterbrechts sähe, sondern weil hier die Beschränkung auf den Pflichtteil gar nicht als Wille des Erblassers angesehen werden kann.

Alle die obigen römischen Unterscheidungen fallen damit natürlich von selber weg, und das Ganze wird von selbst äußerst einfach. Nur eine wichtige Frage bleibt übrig, nämlich ob der Pflichtteil als wirklicher Teil der Erbschaft oder nur als Schuld der Erbschaft gefordert und eingeklagt werden kann. Im römischen Rechte tritt natürlich in allen Fällen, wo man unter Aufhebung des Testaments auf den vollen Erbteil klagen kann, wirkliches Erbrecht ein, wogegen die Ergänzungsklage reine Schuldklage ist. Recht konsequent ist diese Unterscheidung schon im römischen Rechte nicht; ohne allen Sinn ist sie, wenn das ganze Noterbrecht nur in dem einfachen Rechte auf den Pflichtteil besteht. Hier muß dieser stets gleichmäßig entweder als Erbschafts-Teil oder als Erbschafts-Schuld angesehen werden, und zwar fordert die Konsequenz eigentlich das erstere[1]. Dies ist auch im französischen, italienischen und sächsischen Gesetzbuche angenommen, das preußische und österreichische sind sich dagegen bei ihrer Vernachlässigung der juristischen Technik darüber unklar geblieben; bei dem ersteren ist die Frage bis jetzt kontrovers, und man nimmt meistens die römische Unterscheidung an; in Österreich ist durch ein späteres Gesetz entschieden, daß der Noterbe stets nur den Wert des Pflichtteils fordern kann, der Pflichtteil also stets nur Erbschaftsschuld sein soll. ⟨Dies nimmt auch das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich an.⟩

IV. Der Erwerb der Erbschaft[2].

§ 92. Die Art des Erwerbes. Bei dem Erwerbe der Erbschaften hat das römische Recht drei verschiedene Prinzipien nebeneinander: Erwerb ipso iure bei den sui

[1] In den angeführten Gutachten S. 107 entscheidet sich Bruns aus dem Grunde, weil der Pflichtteil in einer Geldsumme zugewiesen werden kann, dafür, denselben auch überhaupt nur für eine Schuld zu erklären, auf deren Erfüllung der Berechtigte in allen Fällen eine einfache Forderungsklage gegen die Erbschaft habe.

[2] Randa, Der Erwerb der Erbschaft nach österreichischem Rechte auf Grundlage des gemeinen Rechts. 1867.

(genauer bei allen der Gewalt des Erblassers Unterworfenen), Erwerb durch Antretung bei den extranei, Erwerb durch gerichtlichen Akt beim bonorum possessor. Alle drei Arten haben indessen die alte scharfe Verschiedenheit, die sie ihrer ursprünglichen Idee nach hatten, im späteren Rechte fast vollständig verloren, und die Unterschiede sind zu ziemlich zweck- und bedeutungslosen heruntergesunken. Der Erwerb des bonorum possessor namentlich war nicht mehr wie früher eine Zuweisung des Besitzes der Erbschaft von kompetenten Beamten, sondern eine bloße Anzeige bei irgend einem beliebigen Gerichte des Reiches und hatte um so weniger Sinn mehr, da die prätorischen Erbrechte fast sämtlich in zivile umgewandelt und nur noch wenige Fälle rein prätorischen Erbrechts übriggeblieben waren, und auch diese ohne Prinzip und inneren Zusammenhang.

Der ipso iure Erwerb der sui hatte früher eine sehr zweischneidige Bedeutung; er gab einerseits die Befreiung von der Notwendigkeit der Antretung und ihren Eventualitäten, andererseits aber auch den absoluten Erbzwang mit der unbedingten Haftung für die Schulden des Vaters. Die nachteilige Wirkung ist nun schon früh durch die Einführung des beneficium abstinendi wenigstens indirekt aufgehoben. Die sui werden zwar noch ipso iure Erben, allein realen Effekt bekommt dies nur dann, wenn sie die Erbschaft wirklich haben wollen und dies entweder ausdrücklich oder stillschweigend durch Einmischung in die Erbschaft erklären. Dies steht der aditio und pro herede gestio der extranei gleich, und insofern ist daher der alte Unterschied zwischen ihnen ausgeglichen. Durch die Aufhebung der nachteiligen Wirkung wurde aber die vorteilhafte Seite, die das ipso iure Erben für die sui hatte, keineswegs mit aufgehoben, nämlich die, daß es ihr Erbrecht von den Gefahren befreite, denen dasjenige der extranei dadurch unterlag, daß man ihr Antretungsrecht als absolut persönlich behandelte und sowohl Stellvertretung als Vererbung dabei vollständig ausschloß. Nach der Aufhebung des Erbzwanges lag darin ein großes Privilegium für die sui. Dasselbe hatte allenfalls einen Grund, solange die Vermögensunfähigkeit der Kinder dauerte und daher aller Erwerb, den sie bei Lebzeiten des Vaters gemacht hatten, in dessen Erbschaft stets mit enthalten war. Mit der Einführung ihrer Vermögensfähigkeit fiel dieses weg, und da man später überhaupt die Erbrechte der Kinder in und außer der Gewalt, sowie der agnatischen und der kognatischen Kinder und der Kinder gegen Vater und Mutter gleichstellte, so war eigentlich keine Veranlassung mehr, das Erbrecht der sui in betreff der Sicherheit des Erwerbs besser zu behandeln als das der anderen Kinder. Eine direkte Ausgleichung fand nun zwar nicht statt, man ließ ihnen ihr Recht, man half aber den anderen dadurch, daß man für alle extranei das ganze Prinzip der Persönlichkeit des Antretungsrechts wenn auch nicht ganz aufhob, so doch wesentlich beschränkte.

Diese Persönlichkeit des Antretungsrechts gehört zu den Dogmen des römischen Erbrechts, die auf seinem oben besprochenen idealen Formalismus beruhen und sich mit dem praktischen Realismus des Lebens nicht recht vertragen. Wenn man in der Erbschaft einfach eine Vermögensmasse sieht, so ist gar nicht abzusehen, warum bei ihrem Erwerbe nicht wie sonst Vertretung zulässig sein soll, und warum das Recht darauf nicht auf die Erben übergehen kann. Man kann auch gegen die Vertretung nicht etwa die passive Seite der Erbschaft geltend machen. Denn Verpflichtung durch Vertreter ist auch sonst möglich und kann gerade hier, wenigstens im justinianischen Rechte, durch das Inventar ganz ungefährlich gemacht werden. Dennoch hielt die romanistische Theorie mit großer Zähigkeit an dem Dogma fest. Selbst Köppen (System des Erbrechts I 386), der sonst sehr vorurteilsfrei und selbst radikal war, meinte, es liege „im Wesen des Erbrechts", weil hier nicht objektives Ermessen, sondern subjektive Willkür entscheide. Als ob das nicht bei allem Erwerbe ebenso wäre. Man war hier wieder römischer als die Römer selber, die in den Ausnahmen, die sie gemacht haben, das Prinzip selber bereits aufgegeben haben. Dies zeigt sich in folgendem:

1. Bei der Vertretung finden sich die Bestimmungen, daß der Vormund bei Kindern unter 7 Jahren einfach antreten kann, bei 7—14 Jahren zwar prätorische Erbschaften, aber keine zivilen, bei 14—25 Jahren überhaupt gar keine, bei Wahnsinnigen wohl provisorisch, aber nur unter der Bedingung der Genesung und nachherigen Genehmigung. Das

sind keine Ausnahmen aus besonderen vernünftigen Gründen, sondern hier ist das alte Prinzip in seinem inneren Grunde aufgegeben, und man war nur, wie so oft in der späteren Kaiserzeit, nicht im stande, das neue prinzipiell und allgemein an seine Stelle zu setzen, experimentierte vielmehr im einzelnen prinziplos daran herum. Mit Recht haben die neueren Gesetzbücher einstimmig alle Beschränkungen aufgehoben.

2. Ebenso ist für die Vererbung des Antretungsrechts das Prinzip der Persönlichkeit in der Zulassung der Transmissionsfälle[1] aufgegeben. Zwar spricht Justinian selber hier die Unvererblichkeit noch als Regel aus; allein wenn er dann die Transmission auf die Erben ein Jahr lang von der Kenntnis oder dem Tode des Berufenen zuläßt, so erkennt er ja damit von selber an, daß dieselbe durch das Wesen des Erbrechts nicht ausgeschlossen ist. Denn die Beschränkung auf ein Jahr ist natürlich die reinste Willkür, die überdies den Erfolg in sinnloser Weise von bloßen Zufälligkeiten abhängig macht. Selbst das ältere Recht hatte schon anerkannt, daß die Unvererblichkeit des Antretungsrechts mit der natürlichen Billigkeit vielfach in Widerspruch stehe, und hatte hiergegen bis auf einen gewissen, freilich sehr bestrittenen Grad durch die Transmission ex capite in integrum restitutionis zu helfen gesucht. Für den besonders unbilligen Fall, wenn Kinder von ihren Eltern im Testamente eingesetzt waren und vor der Antretung starben, aber wieder Kinder hinterließen, hatte Theodos II ein besonderes Gesetz gegeben. Alle diese Fälle zeigen, daß die Persönlichkeit und Unvererblichkeit des Antretungsrechts eine rein formalistische Idee war, die der realen Gestaltung der Lebensverhältnisse nicht entspricht, und daß auch die Römer selber dies schon eingesehen hatten, nur in der späteren Zeit auch hier nicht mehr die Energie zu einer radikalen Umänderung hatten. Heute hat die ganze Idee gar keinen Sinn mehr. Die neueren Gesetzbücher haben daher sämtlich die Vererbung ganz einfach und allgemein angenommen. Daß sie bei testamentarischen Erbschaften vom Testierer durch die Substitution ausgeschlossen werden kann, versteht sich von selbst. Vgl. § 94.

Vergleicht man von diesem Standpunkte aus das Antretungsrecht der extranei mit dem ipso iure Erwerbe der sui, so versteht sich, daß, wenn man bei ersterem freie Vertretung und Vererbung zuließ und bei letzterem freie Abstinenz, beide der Sache nach zu den gleichen Resultaten führen, der Vorzug der sui daher von selbst ausgeglichen war. Um so mehr bestätigt sich damit das obige Resultat, daß der ganze Unterschied im neueren römischen Rechte keinen wahren Boden mehr hatte und füglich schon von Justinian hätte aufgehoben werden sollen.

Die drei Erwerbssysteme, die im römischen Rechte nebeneinander standen, erscheinen im modernen Rechte als drei um die Alleinherrschaft kämpfende Prinzipien. Verschiedene Systeme nebeneinander will keine Gesetzgebung mehr, dagegen schwanken sie zwischen den drei Systemen. Das alte germanische Recht hatte allgemein Erwerb ipso iure, doch war damit keine Universalsuccession verbunden und darum nur Haftung für die Schulden bis zum Betrage der Erbschaft, und selbst so hatte man noch ein Recht der Lossagung. Dieses System hatten das preußische und französische Gesetzbuch beibehalten oder wiederhergestellt, jedoch die römische Universalsuccession damit verbunden und es so auch auf Testament und Erbvertrag übertragen. Das österreichische fordert dagegen gerichtliche Regulierung des Nachlasses, das sächsische ist zur römischen Privatantretung zurückgekehrt. Daß das österreichische, aus dem Bevormundungssysteme hervorgegangene Prinzip nicht mehr zu halten ist, wird in Österreich selbst anerkannt. Die Wahl ist daher nur zwischen den beiden anderen. Man bezeichnet sie als das deutsche und römische. Genau genommen sind sie keines von beiden. Der Sache nach führen beide zu demselben Resultate. Darum scheint aber, wenn doch einmal der Wille entscheiden soll, das römische Antretungsprinzip das natürliche, nur mit freier Vertretung und Vererbung. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat jedoch den Erbschaftserwerb ipso iure eintreten lassen.

---

[1] Steppes, Die Transmission der Erbschaft. Inauguraldissertation. München 1831; Göring in den Jahrbb. f. Dogm. XV Nr. 3; Ungenannter Verfasser in Grünhuts Zeitschrift XIII Nr. 7.

§ 93. Die tatsächliche Ausführung des Erbschaftserwerbes und überhaupt die faktische Ordnung der Erbverhältnisse nach dem Tode des Erblassers ist im römischen Rechte im allgemeinen ganz der eigenen Tätigkeit der Erben und sonstigen Interessierten überlassen. Die Prätoren wie die späteren Beamten kümmerten sich von selber gar nicht darum. War der Erbe beim Tode des Erblassers anwesend, so konnte er ohne weiteres selber die Erbschaft in Besitz nehmen, definitiv oder provisorisch, und alles weitere abwarten. War er nicht da, so geschah ex officio von den Beamten zwar auch nichts, indessen konnten dann seine Vertreter oder die Nacherben, Legatare, Gläubiger beim Prätor auf Beschlagnahme der Erbschaft, Sicherstellung und nötigenfalls Bestellung eines Kurators antragen. Dasselbe galt, wenn die Erben unbekannt waren und sich niemand zu der Erbschaft meldete. Von Versiegelung von Amts wegen, Erlaß von Ediktalzitation u. dergl. ist nirgend die Rede. Ebenso erfolgte auch die Eröffnung der Testamente nicht von Amts wegen. Zwar hatte Augustus der Erbschaftssteuer wegen bestimmt, daß alle Testamente an die kompetente Behörde zur gerichtlichen Eröffnung abgeliefert werden sollten und Strafe auf die Privateröffnung gesetzt, allein mit der Steuer fiel auch die Strafe weg, und im späteren Rechte bildet die gerichtliche Eröffnung nur die faktische Regel[1], ohne daß die Privateröffnung verboten ist.

Wesentlich anders wurde dies in Deutschland von dem vormundschaftlichen Standpunkte des Staates aus behandelt. Zwar ist die private eigenmächtige Besitznahme der Erbschaften meistens erlaubt geblieben, allein im übrigen wurde allgemeiner Rechtssatz, daß die Gerichte ex officio einzuschreiten und die Erbschaft zu versiegeln, eventuell unter Kuratel zu setzen haben, sobald die Erben abwesend oder gar unbekannt oder sämtlich oder auch nur zum Teil minderjährig oder sonst handlungsunfähig sind. Ebenso hat das Gericht dann für die Benachrichtigung der Erben zu sorgen und, falls ihr Aufenthalt oder gar ihre Existenz unbekannt ist, sie durch Ediktalzitationen zur Meldung zu veranlassen. Eben darum muß es in solchen Fällen auch die bei ihm deponierten oder sonst zur Kenntnis gekommenen Testamente von Amts wegen eröffnen, während dies sonst, dem römischen Rechte gemäß, nur auf Antrag der Interessenten geschieht.

§ 94. Die ruhende Erbschaft. In allen Fällen, wo die Erbschaft nicht ipso iure erworben wird, trat nach römischem Recht zwischen dem Tode des Erblassers und dem Erwerbe der Erbschaft ein kürzerer oder längerer Zeitraum ein, in welchem das Vermögen des Verstorbenen ohne Herrn war. Man nannte die Erbschaft insolange die ruhende, die hereditas iacens. Indessen ist eine eigentliche Ruhe bei einem Gesamtvermögen rechtlich nicht möglich. Es muß bewahrt und verwaltet werden, und somit war die Frage, wie seine Fortexistenz bei der einstweiligen Herrenlosigkeit juristisch zu denken sei. Sollte man den Verstorbenen als fortlebend fingieren oder eine selbständige juristische Person annehmen oder was sonst? Die Frage war außerordentlich bestritten. Rein sachlich genommen lag nichts weiter vor, als daß ein Vermögen, dessen Herr gestorben war, in seiner Gesamtheit rechtlich erhalten wurde, bis ihm im Erben ein neuer Herr entstand. Mußte man sich nun notwendig einen Interims-Herrn dazwischen denken? War es nicht möglich, ein Vermögen einstweilen ohne Herrn nur für einen zukünftigen Herrn zu erhalten? Wenn man überhaupt einmal die Idee von dem sogenannten natürlichen Untergange der Rechte mit dem Tode des Menschen abgeworfen hat und die Natur vielmehr in ihrer Fortdauer sieht (§ 86), so kann auch die Erhaltung des Vermögens als Ganzen keine Schwierigkeiten machen. Noch weniger, wenn man in den Stiftungen sogar dauernde Vermögen ohne Herrn, nur einem bestimmten Zwecke dienend, sieht (§ 17). Indessen war im Verhältnisse zu diesen der doppelte Unterschied:

1. daß es sich hier nur um die reine Erhaltung des Vermögens des Erblassers für den Erben handelte, während beim Zweckvermögen die Möglichkeit von Vermehrung zu reichlicherer Ausführung des betreffenden Zwecks durch den Begriff gefordert wird;

[1] Ein Protokoll einer solchen gerichtlichen Testamentseröffnung aus dem 5. Jahrhundert s. in Bruns, Fontes (ed. V.) p. 301 (und in den ägyptischen Papyrusurkunden wird sie häufig erwähnt).

2. daß, während es sich im letzteren Falle nur um das Vermögen und seinen Zweck handelt, hier bei der Erbschaft die Beziehung auf den früheren und späteren Herrn die Grundlage des Verhältnisses bildete.

Auch die römische Anschauung entspricht diesem Standpunkte. Die Römer sagen zunächst, daß die „bona hereditaria vacua sine domino iacent“ [1] und daß insofern auch die einzelnen Sachen „nullius in bonis“ [2] und denjenigen „sine domino“ gleich [3] sind; doch sei dies nicht in dem sonstigen absoluten Sinne zu nehmen, sondern so, daß sie „universo hereditatis iure continentur“ [4], und daher im Verhältnisse des Gesamtvermögens zu den einzelnen dazu gehörigen Sachen die Erbschaft selber „pro domino habetur“ [5] oder „dominae locum obtinet“ [6]. Insofern heißt es dann weiter, daß die „hereditas personae vice fungitur, sicut municipium“ [7], jedoch nicht so absolut wie dieses, sondern eben wegen der Beschränkung auf die Erhaltung des Vermögens nur „in quibusdam“ [8] oder „in multis partibus iuris“ [9] und namentlich nicht da, wo für einen Erwerb ein „factum personae operaeve substantia desideratur“ [9]. Sofern aber eine Beziehung auf die Person des früheren oder späteren Herrn in Frage kommt, heißt es, daß die „hereditas personae defuncti vice fungitur“ [10] oder auch „personae vicem sustinet non heredis futuri sed defuncti“ [11]. Hält man diese Äußerungen zusammen, so sieht man, daß die Römer durchaus den natürlichen, praktisch realen Standpunkt festhalten. Das personae vice fungi heißt hier, wie bei den Korporationen (s. § 17), nicht, daß eine Person fingiert wird, um die Existenz der Erbschaft als Vermögen überhaupt möglich zu machen, sondern die Existenz der Erbschaft steht als rein praktischer Satz von vornherein fest und wird gar nicht weiter begründet; nur für die Konzentration der einzelnen Rechte und Geschäfte zu der Einheit des Vermögens heißt es, daß die Erbschaft wie eine Person fungiere und daher den einzelnen Sachen gegenüber an der Stelle des Eigentümers stehe. Windscheid (Pandekten § 531) folgerte daraus: „also hat man die Erbschaft selbst personifiziert, zum Subjekt ihrer Rechte gemacht, — zur juristischen Person erhoben“. Das ist jedoch nicht zutreffend. Es wird nichts fingiert, nichts über die Wirklichkeit erhoben. Im Gegenteil ist der Gedanke darin enthalten, man brauche keine Person, keine Fiktion, der einfache Begriff des Vermögens halte die Sachen und Rechte so gut zusammen wie eine Person, personae vice fungitur. Es schien zwar ziemlich unverfänglich, aus „personae vices“ eine wirkliche, immerhin sehr schattenhafte, juristische Person zu machen; indessen war es ohne allen praktischen Wert und bei der Verschiedenheit der Erbschafts-Person von den Stiftungs-Personen praktisch gefährlich. Jedenfalls verfehlt war die Puchtasche, von Sohm noch stärker betonte Idee von der fortdauernden Persönlichkeit des Verstorbenen. Es heißt ja nicht von diesem, daß er die Erbschaft sustiniere, sondern umgekehrt von der Erbschaft, daß sie die „vices“ seiner Person sustiniere. ⟨Der ipso iure Erwerb des B.G.B. hat die ganze Frage schließlich beseitigt.⟩

V. Der Inhalt des Erbrechts.

§ 95. Die Rechtsstellung des Erben im allgemeinen. Das deutsche Recht versteht unter der Erbschaft den Nachlaß eines Verstorbenen, d. h. die Sachen und Rechte, die er hinterlassen hat. Die Schulden erscheinen dabei als eine Last, die darauf ruht und ihren Betrag vermindert, die aber nie selbständig den Begriff einer Erbschaft bilden kann. Im Grunde ist dies noch jetzt die Anschauung des gemeinen Lebens, und dieselbe trittt auch in der Wissenschaft in den früher beliebten Definitionen hervor, wie sie sich noch bei Hellfeld, Glück u. a. finden: Erbschaft sei der Inbegriff des Vermögens mit den darauf haftenden Schulden, oder: Erbschaft sei der Eintritt in die Rechte des Verstorbenen mit der Pflicht, ihn in betreff seiner Schulden zu repräsen-

[1] l. 1 pr. D. de succ. ed. 38, 9. [2] l. 1 D. d. R. D. 1, 8. [3] l. 6 D. expil. her. 47, 19. [4] l. 26 D. de stip. serv. 45, 3. [5] l. 61 pr. D. d. A. R. D. 41, 1. [6] l. 13 § 5 D. quod vi aut clam 43, 24. [7] l. 22. D. de fideiuss. 46, 1. [8] l. 15 pr. D. de usurp. 41, 3. [9] l. 61 pr. D. d. A. R. D. 41, 1. [10] l. 116 § 3 D. de legat. I. [11] § 2 I. d. her. inst. 2, 14.

tieren. ⟨Auch unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches treten sie wieder auf[1].⟩ Römische Anschauung ist dies nicht. Die Römer fassen die Erbschaft als die ideale Gesamtheit der Vermögensverhältnisse des Verstorbenen auf, darum wesentlich als Einheit, ohne Unterschied, ob die Verhältnisse im einzelnen aktiv oder passiv sind und welche überwiegen. Die Erbschaft ist ihnen ein „nomen oder intellectus iuris", das Erbrecht daher die „successio in omne oder universum ius defuncti"; das bedeutet aber nicht: in alle Rechte, sondern: in das gesamte Recht, d. h. in die Gesamtheit der Rechtsverhältnisse als ideelle Einheit.

Unzweifelhaft ist damit der innere Zusammenhang, in dem die Rechtsverhältnisse des Menschen bei seinem Lebzeiten miteinander stehen, ungleich tiefer als im deutschen Rechte erfaßt. Fraglich ist aber, wie man sich danach nun den Erwerb der einzelnen Rechte zu denken hat. Besteht das Erbrecht einfach, wie Brinz (Pandekten II 1. Aufl. S. 656 und 2. Aufl. III § 357 Anm. 2) sagt, nur darin, daß man alle Rechte und Schulden bekommt und alle auf einmal? Dann wäre es nur ein Kollektiv- oder Universalmittel, wodurch man zwar alle einzelnen Rechte auf einmal bekäme, im übrigen aber nicht anders wie sonst die einzelnen für sich durch die singulären Titel. Allein die Folgen der Universalsuccession im Gegensatze zu der singulären liegen nicht nur im Umfange und der Form des Erwerbes, sondern auch in der weiteren Behandlung der erworbenen Rechte selber. Das zeigt sich schon bei der Usukapion, wo das Erbrecht gar keinen besonderen Titel bildet, sondern der Erbe nur den Titel des Erblassers fortsetzt, es daher auch nur auf dessen fides ankommt, die eigene bona oder mala fides des Erben diesem weder nützt noch schadet. Ebenso kommt es beim Kaufe mangelhafter Sachen nur auf die Kenntnis des Erblassers, nicht des Erben an u. s. w. Der Erwerb eines Rechtes durch Erbschaft hat also andere Wirkungen wie der durch alle anderen Titel und zwar dadurch, daß hier das Recht beim Erben gerade so fortdauert, wie es beim Erblasser war, wie wenn es gar nicht auf eine andere Person übergegangen wäre; es tritt also hier eine unmittelbare und direkte Fortsetzung und Kontinuität der Rechte ein. Wie soll man diese rechtlich konstruieren? Das einfachste scheint, eine Fortdauer des Subjektes selber anzunehmen, also die Idee, daß der Erblasser im Erben fortexistiere oder, wie Puchta sagt, daß der Erbe die Persönlichkeit der Erblassers in sich aufnehme und in sich fortsetze, was Sohm (Institutionen 10. Aufl. § 108) noch weiter dahin ausgebildet hat, daß der Erblasser für das Privatrecht nicht tot sei, vielmehr in der Person des Erben lebe. Damit scheint alles gewonnen. Allerdings, nur die Natur ist verloren. Die Persönlichkeit als tätige Potenz kann keinesfalls übergehen, sondern immer nur die in einzelnen Verhältnissen realisierte Persönlichkeit. Allein das ist in Wirklichkeit eben gar keine Persönlichkeit mehr, sondern einfach nichts anderes als ein Vermögen. Nun kann man aber im Vermögen des Erben wohl unterscheiden, was er geerbt und was er gekauft hat, aber daß er und daß überhaupt eine Person zwei Vermögen habe und daß sie neben dem Rechte an den einzelnen Dingen noch ein Recht an ihrem oder ihres Erblassers Vermögen im ganzen habe, ist doktrinäre Theorie ohne reale Lebenswahrheit. Und wollte man sich die Doppelperson im Erben noch gefallen lassen, so führt sie in ihrer Konsequenz bei den Erbeserben u. s. w. zu einer Karikatur von Einschachtelungssystem, was Jhering (Jahrb. f. Dogm. II 162) mit Recht gegeißelt hat.

Ein anderer Begriff zur Konstruktion des Erbverhältnisses ist die Repräsentation; der Erbe soll den Erblasser repräsentieren. Allein was soll damit gewonnen sein? Repräsentation ist überhaupt gar kein technisch-juristischer Begriff, unter den das Erbrecht subsumiert oder durch den es klar gemacht werden könnte. Will man sich eine Art Vertretung dabei denken, so kommt man von selbst wieder auf die Fortdauer des repräsentierten Erblassers zurück.

Wieder ein anderes Bild ist die Personeneinheit von Erblasser und Erbe. Nimmt man dieses als Vergleich, nämlich daß die Rechte fortdauern, wie wenn Erblasser und Erbe nur eine ununterbrochene Person wären, so ist es richtig und bezeichnend. Macht

[1] ⟨Binder, Rechtsstellung der Erben (1901) S. 10 ff.⟩

man eine wirkliche und reale Einheit daraus, so kommt man von selbst wieder in die Idee von der Fortdauer des Verstorbenen im Erben.

Man muß überhaupt bei der Bestimmung der Rechtsbegriffe selber zunächst von allen Bildern, Phrasen und Vergleichen absehen und nur die Sache selber nehmen, die Bilder dürfen nur zur Illustration dienen. Rein realistisch genommen, besteht aber das Erbverhältnis in nichts anderem als dem Übergange der Rechte und Pflichten des Erblassers auf den Erben. Das ideell Juristische liegt nur darin, daß sie nicht im einzelnen, auch nicht kollektiv alle zusammen auf einmal übergehen, sondern wesentlich in ihrer vermögensrechtlichen Verbindung miteinander, sofern sie Bestandteile des Vermögens des Erblassers bildeten; also kurz, das ganze Vermögen geht als solches, also als Gesamtheit und rechtliche Einheit, über. Daraus erklärt sich der Unterschied von der Singularsuccession vollständig. Das Unterscheidende liegt in folgendem: bei der Singularsuccession werden einzelne Rechte aus dem Vermögen, zu dem sie gehören, losgelöst, scheiden aus, treten in ein anderes Vermögen ein und beginnen darum insofern eine neue selbständige Existenz aus der Person des Erwerbers. Bei der Universalsuccession bleiben die Rechte und Sachen vollständig in dem Vermögen, zu dem sie bisher gehörten, gehen nur mit ihm und als Bestandteile desselben über, bleiben also ganz in demselben rechtlichen Zustande, den sie bisher in diesem Vermögen hatten, so namentlich in betreff der Usukapion u. s. w. Das Vermögen bleibt in seinem ganzen Bestande dasselbe, nur eine andere Person tritt als Subjekt und Inhaber ein. Die Person des Verstorbenen hört auf und lebt in keiner Weise im Erben fort; nur das Vermögen, das sie gesammelt und geschaffen, bleibt, darum auch die einzelnen Rechte und Pflichten, so wie sie gebildet. In ihren einzelnen Taten und Werken lebt sie fort, aber nicht in ihrer Gesamtheit als Person.

Aber auch ihr Vermögen bleibt nicht in seiner Einheit beim Erben erhalten, sondern löst sich in dem des Erben in seine Bestandteile auf. Wer zu seinem Vermögen noch ein neues hinzu erwirbt, hat darum doch immer nur *ein* Vermögen. Der Begriff des Vermögens hört auf, sobald es mit einem anderen vereinigt wird, es ist, wie wenn ein Tropfen Wassers mit einem anderen zu *einem* zusammenfließt. Sonderbar ist der Einwand von *Puchta*, das Erbrecht würde mit seiner Entstehung seinen Gegenstand verlieren, wenn man nicht eine Fortdauer der Erbschaft im Erben annehme. Im Gegenteil, es würde bei dieser Annahme nie seinen Zweck erreichen. Es ist ja nicht das Recht, Herr eines fremden Vermögens zu sein, sondern ein fremdes Vermögen zu erwerben und in sein eigenes aufzunehmen. Nur hat die Auflösung der Erbschaft im Vermögen des Erben keinen Einfluß mehr auf den Bestand der einzelnen Rechte. Diese bleiben im Vermögen des Erben so, wie sie hineingekommen sind. Nicht verhindert wird also durch die Auflösung, daß die einzelnen Rechte beim Erben in gewissen Beziehungen immer noch aus der Person des Erblassers beurteilt werden; ebensowenig, daß bei nur transitorischem oder temporärem Erwerbe das Vermögen wieder in seiner Selbständigkeit ausgeschieden und durch besondere gesetzliche Bestimmungen, wie beim beneficium separationis und inventarii, die Vermischung gehemmt werden kann.

Diesem allen zufolge reicht der reale Begriff des Vermögens und seines Erwerbes vollständig zur Erklärung und Begründung des Erbüberganges aus. Die Ideen der Fortdauer der verstorbenen Persönlichkeit, ihres Überganges auf den Erben, ihrer Repräsentation durch ihn, ihrer Einheit mit ihm geben in keiner Weise eine irgend vollständigere oder fruchtbarere Grundlage ab. Auch die Römer, so fein sie gerade den Begriff der Universalsuccession des Erben durchgeführt haben, sind doch dabei nie über die Idee des Vermögensüberganges oder der Nachfolge in das Vermögen hinausgegangen. Von der Idee des Persönlichkeitsüberganges u. s. w. findet sich nicht die geringste Spur. Das Verhältnis der Personen des Erblassers und des Erben darf mit keiner anderen Kategorie als derjenigen der Nachfolge (successio) bestimmt werden. Auch die der Fortsetzung paßt nicht, der Erbe setzt nicht das Vermögen, sondern nur die einzelnen Rechte fort. Der Erbe ist also einfach der Nachfolger des Erblassers in seinem Vermögen. Das Vermögen bleibt, die Subjekte wechseln.

Will man die rechtliche Natur des Erbrechts hiernach formulieren, so muß man zunächst das Recht, Erbe zu werden, und das Recht, Erbe zu sein, unterscheiden. Beides wird zwar bei uns Erbrecht und bei den Römern ius successionis genannt, allein das erstere ist nur das vorbereitende Recht *auf* den Erwerb, das letztere das *durch* den Erwerb selber begründete Recht. Das letztere kann man nun aber dem Obigen zufolge nicht als ein dingliches Recht an dem Vermögen des Verstorbenen als unkörperlicher Sache bestimmen, sondern nur als das Recht, der Gesamtnachfolger des Verstorbenen zu *sein* und als solcher alle einzelnen Rechte und Schulden desselben zu *haben*. Darin scheint zwar eine Duplizität zu liegen, allein diese ist auch in einer gewissen Weise vorhanden, wie sich sehr deutlich an den Klagen des Erben zeigt. Der Erbe hat gegen die Besitzer von Erbschaftssachen verschiedene Klagen, je nachdem sie Erbprätendenten sind oder nicht, im ersten Falle die universale Erbschaftsklage, im zweiten die gewöhnliche Vindikation. Warum? Weil es sich im ersten Falle um das *Dasein* der Nachfolge in ihrer Gesamtheit handelt, im zweiten um ihre Durchführung im einzelnen, also um das bloße *Haben* der einzelnen Rechte. Das Erbrecht erscheint also anderen Erbprätendenten gegenüber als ein Statusrecht, im übrigen löst es sich in die einzelnen in der Erbschaft enthaltenen Sachen- und Forderungsrechte auf (§ 98). Nach *Puchtas* und *Sohms* Theorie müßte der Erbe überall gleichmäßig die Erbschaftsklage haben.

§ 96. *Die Wirkung der Erbfolge im einzelnen* besteht zunächst darin, daß alle Vermögensrechte und -pflichten des Erblassers auf den Erben übergehen, die ersten aber nicht so, wie bei der Singularsuccession, sondern in der oben bezeichneten universalen Weise. Wesentlich ist die Beschränkung auf das Vermögen. Personen- oder Zustandsrechte (§ 14) in Familie und Staat gehen nicht auf die Erben über. Aber auch von den Vermögensrechten sind diejenigen ausgeschlossen, die wesentlich mit der persönlichen Individualität des Menschen zusammenhängen und daher mit ihm selber aufhören müssen (iura personalissima). Dahin gehören:

1. die, welche auf den unvererblichen Personenzuständen beruhen, wie die Güterrechte der Ehegatten, Alimentationsrechte der Verwandten, Besoldungsrechte der Beamten u. a. Einzelne daraus nur resultierende Ansprüche gehen natürlich über;

2. die auf persönlicher Begünstigung, persönlichem Gefühle oder Vertrauen beruhenden, wie Personalservituten, privilegia personae, actiones vindictam spirantes, Vertrauenskontrakte, wie Sozietät, Mandat, nach Verabredung auch Dienstverträge, selbst Sachenmiete;

3. relativ die, welche eine besondere persönliche Qualifikation voraussetzen, die sich beim Erben nicht findet, wie bei den sogenannten relativen Kommerzentziehungen. Bloße Veräußerungsverbote hindern die Vererbung nicht.

Die ganze Vererbung ist aber nach römischem Rechte auf die eigentlichen wirklichen Rechte beschränkt. a) Der bloße Besitz als solcher geht als res facti nicht von selbst auf die Erben über und ebenso auch nicht bloße faktische Möglichkeiten von Rechten. Bedingte und betagte Rechte gehen zwar über, sogar die conditio usucapiendi, nicht aber b) die Gebundenheit aus Offerten und c) deferierte Erbschaften. Die Vererblichkeit der Erbschaftsdelation übrigens ist an sich schon in Rom in den Transmissionen anerkannt, wie oben § 92 gezeigt ist. ⟨Das neue Bürgerliche Gesetzbuch hat in allen diesen Punkten (a—c) das Gegenteil bestimmt.⟩ Nur versteht sich, daß der Übergang einer deferierten Erbschaft (Transmission) auf den Erben der Delaten (resp. der ihr entsprechende Übergang das Annahms- und Ausschlagsrecht nach B.G.B.) bei testamentarischen Erbschaften durch Substitutionen ausgeschlossen werden kann, wenn der Testierer die letzteren mit dieser Absicht anordnet. Ebenso ist die Unvererblichkeit der bedingten Legate aus der Absicht des Erblassers zu erklären.

Mit den Rechten gehen auch alle vermögensrechtlichen Pflichten des Erblassers auf den Erben über und zwar nicht nur die selbständigen Schuldverhältnisse, sondern auch alle die Pflichten, die nur als Anhänge oder Beschränkungen von Rechten erscheinen, wie z. B. bei gegenseitigen Verträgen; der Erbe muß für alle Handlungen des Erblassers

rechtlich einstehen (facta defuncti praestare), muß daher alle Einreden daraus gegen sich gelten lassen, sogar aus Verfügungen, die der Erblasser unbefugterweise über Sachen des Erben selber vorgenommen hatte, so z. B. bei der exc. rei venditae et traditae. Ausnahmen bilden hier nur:

1. wie bei den Rechten, die auf den personenrechtlichen Zuständen beruhenden Vermögenspflichten;

2. alle Verpflichtungen zu Handlungen, die nur vom Erblasser persönlich vorgenommen werden konnten oder sollten;

3. die Deliktsobligationen nach den oben § 25 ausgeführten Grundsätzen.

Eine notwendige Folge der Vermischung der Erbschaft mit dem Vermögen des Erben und des Überganges aller Rechte und Pflichten des Erblassers in das Vermögen des Erben ist der Eintritt einer sogenannten Konfusion in allen den Fällen, wo Rechte und Pflichten zwischen Erblasser und Erben selber bestandeu, und zwar nicht nur bei Obligationsverhältnissen, sondern ebenso auch bei dinglichen, wie Servituten und Pfandrecht. Auch bei der Konkurrenz von direkten oder indirekten, prinzipalen und accessorischen Solidarobligationen tritt Konfusion ein (falls nicht etwa die accessorische wirksamer ist als die prinzipale), nicht aber auch bei der Konkurrenz von Korrealobligationen.

§ 97. Die Schuldenhaftung insbesondere. Der Übergang der Erbschaft mit allen Rechten und Schulden und ihrer Vermischung mit dem Vermögen des Erben tritt an sich seinem Begriffe nach völlig unbeschränkt ein, so daß die ganze Schuldenmasse des Erblassers und des Erben nur noch eine Schuldenlast des Erben bildet. Dieser muß daher, wenn die Aktiven des einen oder des anderen Vermögens für die betreffenden Schulden nicht ausreichen, ebensowohl mit seinem Vermögen die Schulden der Erbschaft decken als umgekehrt mit der Erbschaft seine eigenen Schulden. Dies kann nun aber zu großen Härten führen:

1. für die beiderseitigen Gläubiger, wenn das Gesamtvermögen des Erben nicht ausreicht für die beiderseitigen Schulden. Hier hilft das römische Recht durch sogenannte Separationen. Die Gläubiger des Erblassers, sowie auch die Legatare haben unbedingt das Recht, eine abgesonderte Befriedigung aus der Erbschaft zu bekommen, so daß nur der Rest den Gläubigern des Erben zu gute kommt. Die Gläubiger des Erben sollten das Recht auf abgesonderte Befriedigung aus dessen eigenem Vermögen nur ganz ausnahmsweise bei besonderer Arglist des Erben haben; die deutsche Reichskonkursordnung entzog es ihnen ganz.

2. Ungleich wichtiger ist die andere Frage, ob der Erbe unbedingt auch mit seinem Vermögen für die Schulden der Erbschaft sogar über ihren aktiven Betrag hinaus haften soll. Die formelle Konsequenz des Erbschaftsbegriffes fordert es, und das römische Recht ließ eben darum den Erwerb der Erbschaft nicht von selbst eintreten, sondern stellte ihn ins freie Belieben der Erben. Er sollte den Bestand der Erbschaft prüfen, bevor er sich entschied. Drängten die Gläubiger, so sollte er sich eine Deliberationsfrist erbitten. Damit war indessen die Sache nicht erledigt. Denn daß das Deliberieren und Untersuchen keine absolute Sicherheit gewährt, hat die Erfahrung schon in Rom gelehrt. Der Realismus des Lebens trat daher in der späteren nüchternen Zeit in offenen Widerspruch mit dem idealen Formalismus des alten Rechts. Wer die Schulden des Erblassers aus Pietät mit seinem Vermögen zahlen will, den wird kein Gesetz daran hindern; daß aber der, welcher sie nicht zahlen will, es doch muß, wenn er sich über den Stand der Erbschaft getäuscht hat, bloß weil die Konsequenz des Begriffes es verlangt, das ist gegen die praktische Grundidee des Rechts und war daher im späteren Rom nicht mehr durchzuführen. Justinian suchte durch das sogenannte beneficium inventarii zu helfen. Wenn der Erbe durch gehörige Anfertigung eines Inventars über die ganze Erbschaft die Gläubiger vor Vernachlässigung und Verheimlichung sicher stellt, soll er nur bis zum Betrage der Erbschaft haften. Jhering hat über diese Erfindung Justinians ein hartes Urteil gefällt, sie spreche dem Grundgedanken des ganzen Erbrechts Hohn, das alte

Deliberationsprinzip sei das allein richtige. Er hat damit viel Anklang gefunden[1], indessen muß es doch schon einiges Bedenken erregen, daß die Einrichtung nicht nur in der gemeinrechtlichen Praxis Eingang gefunden und sich erhalten hat, sondern auch in den neueren Gesetzbüchern aufgenommen ist. Sie muß danach doch wohl praktisch wertvoll sein. Das praktisch Wertvolle kann aber nie unjuristisch sein. Wo soll denn auch der Widerspruch liegen? Die Konsequenz der Universalsuccession fordert nur, daß die Schulden sämtlich auf den Erben übergehen, nicht auch, daß sie vollständig bezahlt werden. Bei jedem Konkurse werden die Schulden nur bis zum Betrage des Vermögens bezahlt, ebenso bei den Konfiskationen und im Grunde auch bei der alten bonorum emtio. Warum soll eine analoge Einrichtung nicht auch hier eintreten? Schlägt der Erbe wegen offener Insolvenz der Erbschaft sie aus, so wird durch den Erbschaftskonkurs dasselbe Resultat herbeigeführt, und um das Konkursprinzip handelt es sich der Sache nach immer, wenn die Erbschaftsschulden auf den Betrag der Erbschaft herabgesetzt werden sollen.

Die deutsche Anschauung, daß die Erbschaftsschulden überhaupt nur bis zum Betrage der Erbschaft geltend zu machen sind, ist daher mit dem Begriffe der Universalsuccession recht gut vereinbar. Man braucht deshalb die Beschränkung auch gar nicht als eine so ganz besondere Ausnahme und Rechtswohltat anzusehen. Justinian nennt sie zwar dem alten Rechte gegenüber ein Benefizium; allein die Idee ist nicht, daß das Inventar eine besonders verdienstliche Handlung ist, für die man belohnt werden soll, sondern: wer die Schulden nicht voll zahlen will, braucht es nicht, muß aber dann der Sicherheit der Gläubiger wegen sofort antreten und ein Inventar machen. Justinian verlangt daher auch gar keine besondere Erklärung oder Erbittung, sondern nur rein sachlich die Anfertigung des Inventars. Man hätte daher eigentlich gar nicht von Antretung cum beneficio und Benefizialerben sprechen sollen, sondern nur davon, daß der Erbe, der kein Inventar macht, unbeschränkt haftet. ‹Ein wesentlich anderes und sehr kompliziertes, praktisch auch kaum dem römischen vorzuziehendes System hat das B.G.B. für das Reich, wonach der Erbe an sich für die Schulden unbeschränkt haftet, aber eine Beschränkung dieser Haftung auf die Höhe des Nachlasses herbeiführen, das Recht zu dieser Haftungsbeschränkung aber durch gewisse Verfehlungen dann doch wieder einbüßen kann.›

§ 98. Die Einklagung des Erbrechts[2] läßt im römischen Recht die feine, bereits oben § 93 berührte Unterscheidung zwischen der eigentlichen Erbschaftsklage, hereditatis petitio, und den Spezialklagen für die einzelnen Erbschaftsrechte scharf hervortreten. Der Unterschied ist häufig mißverstanden. Er beruht nicht darauf, ob der zu Verklagende die ganze Erbschaft oder nur einzelne Sachen daraus besitzt; denn unzweifelhaft kann die Erbschaftsklage auch gegen den Besitzer einzelner, selbst unbedeutender Sachen angestellt werden. Ebensowenig darauf, ob der Beklagte das Erbrecht des Klägers bestreitet oder es an sich anerkennt und nur die Erbschaftsqualität der betreffenden einzelnen Sachen leugnet; denn unzweifelhaft ist das erstere auch bei den Spezialklagen zulässig. Es kommt vielmehr darauf an, ob der Beklagte selber Erbe zu sein behauptet und darum (pro herede) besitzt oder aus irgend einem anderen Rechtsgrunde besitzt. Der Grundgedanke ist: das Erbrecht als solches, d. h. das Recht des Erbeseins oder das Recht an der Erbschaft als ideeller Gesamtheit und Einheit, kann nur eingeklagt werden, wenn es als solches unter den Parteien streitig ist, wenn also der Beklagte nicht bloß das Erbrecht des Klägers leugnet, sondern sich selber den ideellen Besitz desselben anmaßt und dieses durch den realen Besitz einzelner Erbschaftssachen oder Rechte betätigt. Dann kann insofern das Erbrecht selber oder die ideelle Erbschaft von ihm eingeklagt werden. Wenn er dagegen Erbschaftssachen, die er besitzt, bloß darum nicht herausgeben will, weil er bestreitet, daß der Kläger Erbe sei, oder daß sie zur Erbschaft gehören, so ist die Klage

[1] Ihering, Abhandlungen S. 153; Randa, Erwerb der Erbschaft S. 113 Note 1.

[2] Arndts, Hereditatis petitio, in Weiskes Rechtslexikon V 207—238, Civilist. Schriften II Nr. 45; Francke, Kommentar über den Pandektentitel: De hereditatis petitione. 1864; Pfersche, Privatrechtliche Abhandlungen. 1886. S. 254 ff.; Lammfromm, Zur Geschichte der Erbschaftsklage. 1887; Stintzing, Beiträge z. röm. R.-Gesch. (1901) 62 ff.

eine einfache Vindikation, wobei der Kläger als Rechtsgrund seines Eigentums sein Erbrecht und das Eigentum des Erblassers beweisen muß.

Die Erbschaftsklage ist also wesentlich nur der Streit über das Erbrecht zwischen zwei Erbprätendenten. Wir sind geneigt, dies als eine bloße Präjudizialklage über den Zustand des Erbeseins aufzufassen, und man hat daher gefragt, ob überhaupt Besitz einer Erbschaftssache beim Beklagten dazu notwendig sei, ob die Erbprätendenten nicht auch ohne das den Streit durchführen könnten. Denken ließe sich das wohl, so gut wie bei Besitz und Eigentum. Die Römer haben indessen hier wie dort den Standpunkt, daß sie den wirklichen Prozeß nur für die reale Geltendmachung und Durchsetzung des Rechts zulassen, also nur wenn der andere durch wirklichen Besitz das Recht des Klägers reell in Abrede stellt und seiner Pflicht gegen ihn tatsächlich nicht nachkommt.

Die Römer lassen die Erbschaftsklage auch gegen denjenigen zu, der pro possessore besitzt. Dies soll der praedo sein, qui interrogatus, cur possideat, responsurus sit: „quia possideo“ (l. 11—13 D. d. H. P. 5, 3). Wir sprechen dieses gläubig nach[1]. Aber kommt denn das wirklich vor? und würden denn da die Spezialklagen nicht ausreichen? Unzweifelhaft kann doch der Erbe gegen einen solchen praedo, der ohne allen Rechtsgrund eine Erschaftssache besitzt, die Vindikation anstellen, und sollte dieser frech genug sein, zu sagen, daß er keinen Rechtsgrund habe, so kann er damit doch sicher nicht den Kläger nötigen, die Erbschaftsklage gegen ihn zu erheben. Die Anwendung der Klage auf diesen Fall ist daher durch ihren Begriff weder geboten noch an sich begründet und stammt auch sicher in Rom nur aus den eigentümlichen Verhältnissen der alten occupatio und usucapio pro herede. Ihre Beibehaltung war eine Begünstigung des Klägers, man wollte ihm, namentlich wenn größere Erbmassen okkupiert waren, die Bequemlichkeiten und Vorteile der universalen Behandlung der Klage verschaffen. Der Unterschied der Erbschaftsklage von den Spezialklagen besteht nämlich hauptsächlich darin, daß, wenn auch nur die einzelnen Sachen, die der Beklagte besitzt oder besessen hat, eingeklagt werden können, diese doch immer als Bestandteile eines gesamten Vermögens in Betracht kommen, daher bei Veränderungen durch Ankaufen und Verkaufen u. dergl. der Gegenstand doch immer im ganzen derselbe bleibt, nämlich die Erbschaft, soweit sie der Beklagte besitzt. Darauf beruht die Regel, daß hier der Preis an die Stelle der Sache treten kann und Sachen an die Stelle des Preises, daß der Kläger vom Beklagten eine Spezifikation seines gesamten Erbschaftsbesitzes verlangen kann, u. a. m. ⟨In gewissem Sinne hat selbst noch das neue B.G.B. diesen Gesichtspunkten Rechnung getragen, welches übrigens die Erbschaftsklage prinzipiell nicht von einem Streit über das Erbrecht, sondern davon abhängig macht, ob der Beklagte etwas aus der Erbschaft als (scheinbarer) Erbe erlangt hat[2].⟩

§ 99. ’Die Stellung mehrerer Miterben. Gemeinsame Erben stehen in einer sogenannten communio incidens in betreff der Erbschaft und sind daraus gegeneinander verpflichtet, die nötige Sorgfalt auf die Erbschaftsangelegenheiten zu verwenden, jedoch nur sogenannte diligentia quam suis, verursachten Schaden zu ersetzen, die gemeinsamen Erbschaftskosten pro rata zu tragen und schließlich die Erbschaft untereinander zu teilen. Die Teilung erstreckt sich zwar im allgemeinen auf die ganze Erbschaft, indessen sind:

1. alle Obligationen, aktiv und passiv, sofern sie überhaupt teilbar sind, nach römischer Auffassung, die schon auf die XII Tafeln gegründet wird, von selbst ipso iure unter die Erben geteilt. Jeder kann ohne weiteres seinen Teil einfordern und einklagen oder passiv darauf verklagt werden, und zwar letzteres ohne alle weitere Haftung für die Teile der Miterben. Natürlich können die Obligationen indessen in die Teilung der Erbschaft mit hereingezogen werden, namentlich zur Verhinderung der Zersplitterung der

⟨[1] Unannehmbar ist die Hypothese von Leonhard, Erbschaftsbesitz (1899), über die Entstehung des possessor pro possessore.⟩

⟨[2] Über die Natur der gegenwärtigen deutschen Erbschaftsklage vergl. insbesondere Hellwig, Anspruch und Klagerechte, S. 47—55; über ihre Voraussetzungen Strohal, Erbrecht II S. 545 ff.⟩

Kapitalien und zur Ausgleichung der sonstigen Verteilung. Jedoch sind solidarische Zuweisungen dann nur durch Cessionen und Schuldübernahmen zu vermitteln und natürlich nur unbeschadet der Rechte der Gläubiger. Unteilbare Obligationen, aktive und passive, stehen an sich jedem in solidum zu, indessen können auch sie natürlich durch Zuweisungen in die Teilung hereingezogen werden, immer mit Vorbehalt der Rechte der Gläubiger.

2. Von den Sachen sind im römischen Rechte von der Teilung ausgeschlossen: das Testament und andere Erbschaftsurkunden, verbotene Sachen, wie verbotene Bücher und Gifte, und alle fremden Sachen, die sich in der Erbschaft finden, geliehene, gestohlene u. dgl. Außerdem auch die Begräbnisplätze, diese jedoch nur als loca religiosa, so daß diese Ausnahme als solche gemeinrechtlich nicht verwendbar war, obwohl eine Unteilbarkeit bei ihnen meistens in ihrer faktischen Beschaffenheit begründet war.

Die Teilung selber kann von den Erben, wenn sie sich einigen, privatim durch Vertrag vorgenommen werden. Sie können sich aber auch an das Gericht darum wenden. Dies heißt bei den Römern iudicium familia erciscundae. Indes ist ein eigentlicher Streit über die Pflicht zur Teilung oder die Art derselben nicht nötig. Die Erben können gemeinsam die Teilung beantragen, und der Richter muß ihre etwaigen Vereinbarungen dabei zu Grunde legen. Windscheid meinte deshalb, die Teilung sei nur ein Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Allein römische Anschauung ist das nicht, wenigstens nur dann, wenn etwa die Erben die Erbteilung vollständig unter sich ausmachen und dem Richter nur noch zur Bestätigung vorlegen. Wenn sie dagegen über die Teilung erst noch vor ihm verhandeln, sei es auch noch so friedlich und nur in einzelnen Beziehungen, so enthält nach römischer Anschauung der schließlich im Urteil ausgesprochene Teilungsrezeß jedenfalls die definitive Entscheidung über alle bei der Verhandlung hervorgetretenen einzelnen Ansprüche oder wenigstens Anträge der Erben, und daher müssen die vom Richter darauf gegründeten Adjudikationen und Kondemnationen die volle Kraft der richterlichen Urteile überhaupt haben. Auch ist ein Unterschied nirgends ausgesprochen. Dagegen war in der modernen Praxis bei der vormundschaftsmäßigen Ausdehnung der freiwilligen Gerichtsbarkeit unzweifelhaft eine gerichtliche Teilung von Erbschaften im Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit sehr allgemein hergebracht, und dabei wurden dann nur die etwa über einzelne Punkte entstehenden Streitigkeiten auf den eigentlichen Rechtsweg verwiesen. Damit ist dann aber das eigentliche römische iudicium familiae erciscundae vollständig aufgelöst. ⟨Wo die Teilung nicht durch Parteivereinbarung erfolgt, ist⟩ nach Pandektenrecht die Art derselben je nach der Art der in den Erbschaften enthaltenen Sachen und Rechte und der konkreten Verhältnisse der Erben verschieden. Der Richter hat sie mit freiem Ermessen nach Billigkeit und Zweckmäßigkeit anzuordnen. Anordnungen des Erblassers müssen, sofern sie einzelnen Erben legatsartige Rechte geben, befolgt werden, sonst nur, wenn sie den Umständen entsprechen. Feste Vereinbarungen der Parteien binden den Richter, sonst hat er ihre Wünsche nach Möglichkeit zu berücksichtigen.

Die Mittel der Teilung sind, wie bei allen Teilungen, bei einzelnen teilbaren Sachen reelle Teilung, bei Mehrheiten gleichartiger Sachen Verteilung nach Zahl, Maß oder Gewicht, sonst Annahme einzelner Sachen von einzelnen Erben nach einer Taxe oder Verkauf an Dritte und Verteilung des Preises. Bei Andrang mehrerer Erben zu *einer* Sache muß durch Versteigerung unter ihnen oder Verlosung geholfen werden. Immer aber ist festzuhalten, daß der eigentliche Gegenstand der Teilung die Erbschaft im ganzen ist, nicht die einzelnen Sachen als solche, diese vielmehr nur als Bestandteile der Erbschaft. Deshalb kann auch bei teilbaren oder verteilbaren Sachen keineswegs unbedingt Teilung oder Verteilung verlangt werden, sondern nur, wenn es für das Ganze zweckmäßig ist oder die Erben es wollen.

Abweichend ist das Verhältnis der Miterben in neueren Gesetzbüchern gestaltet, insbesondere im preußischen Rechte ⟨und dem folgend im B.G.B.⟩ dahin, daß vor der Auseinandersetzung keinem Miterben irgend ein Erbschaftsstück zu einem selbständigen Anteile gehört, vielmehr erst durch die Teilung jedem bestimmte Objekte seines Erbrechts

zufallen (Gesamthandrecht.). Dadurch wird die Gefahr, daß schon vor derselben ein einzelner Miterbe über einen Anteil an Erbschaftsaktiven verfüge, ausgeschlossen, aber andererseits die freie Bewegung der Miterben und die Abwicklung schwebender Erbschaftsverhältnisse ungemein gehemmt.

§ 100. Die Kollation. Eine besondere Modifikation der Erbteilung kann bei der Beerbung von Eltern durch ihre Kinder oder überhaupt von Ascendenten durch ihre Descendenten durch die sogenannte Kollation[1] begründet werden. Die Natur des elterlichen Verhältnisses bringt es mit sich, daß die herangewachsenen Kinder häufig größere Vermögensteile, namentlich Aussteuern, von den Eltern empfangen, auf welche die jüngeren eventuell auch einen gewissen rechtlichen oder wenigstens moralischen Anspruch haben und die ihnen von den Eltern, wenn sie es erlebten, auch unzweifelhaft zugewendet werden würden. Wenn hier der Geber vorher stirbt, so ist es in der Billigkeit und auch im Willen des Verstorbenen selber in der Regel begründet, daß jener Vorempfang bei der Beerbung mit in Betracht gezogen und dem Empfänger zur Ausgleichung bei der Erbteilung mit angerechnet oder von ihm in die Erbmasse mit eingeworfen werden muß. Dies heißt Kollation. Man darf dabei nicht von dem Gedanken ausgehen, als ob die Eltern ihr Vermögen den Kindern stets gleichmäßig zuwenden müßten oder wenigstens sollten oder wollten und daher jede Ungleichheit bei der Beerbung ausgeglichen werden müßte. Die Eltern können, wenn sie wollen, sei es mit oder ohne Grund, einzelne Kinder nach Belieben bevorzugen, die Rechte der Kinder sind auf Alimentation, Aussteuer und Pflichtteil beschränkt. Das Prinzip kann daher nur sein, daß die nicht gewollten und nicht beabsichtigten Bevorzugungen durch die Kollation beseitigt werden.

Im römischen Rechte war ein solcher Vorempfang bei den Kindern in der väterlichen Gewalt, solange deren absolute Vermögensunfähigkeit dauerte, gar nicht möglich, wenigstens nur beschränkt bei den Töchtern in betreff der dos. Bei den Emanzipierten dagegen bildeten nicht nur die Geschenke uud Aussteuern, die sie bei oder nach der Emanzipation vom Vater bekamen, einen Vorempfang, sondern man konnte bei ihnen überhaupt alles, was sie irgendwo erwarben, wie ein Geschenk vom Vater ansehen, da ja, wenn sie in der Gewalt geblieben wären, alles dem Vater gehört hätte und in seine Erbschaft gefallen wäre. Es war daher natürlich, daß der Prätor, als er den Emanzipierten ein Erbrecht neben den sui gab und deren Erbrecht dadurch schmälerte, den Emanzipierten auferlegte, ihr ganzes Vermögen bei der Beerbung des Vaters den sui zu konferieren (collatio bonorum emancipati). Diese Kollation mußte aber mit der Einführung der Vermögensfähigkeit der Hauskinder allmählich schwinden und ist im Justinianischem Rechte ganz auf die Geschenke des Vaters an die Emanzipierten beschränkt. Sie hat selbst hier bei der Möglichkeit der Konvaleszenz der Geschenke an die sui keinen rechten Grund mehr und muß bei uns ganz wegfallen,wenn man solche Schenkungen als sofort gültig ansieht.

Im späteren römischen Rechte ist nun aber auch die allgemeine gegenseitige Kollation des Vorempfangs für alle Descendenten und bei Beerbung aller Ascendenten ohne Rücksicht auf väterliche Gewalt im Anschlusse an die alte collatio dotis zu einer gewissen Ausbildung gekommen. Sie ist zunächst vom Kaiser Leo für dos und donatio propter nuptias, denen dann Justinian eine gekaufte militia gleichstellte, eingeführt, also für die Hauptgegenstände der Versorgung der Kinder. Sonstige Schenkungen („simplex donatio") wurden nicht konferiert, wenn es der Schenker nicht besonders angeordnet hatte. Justinian schrieb die Kollation der einfachen Schenkungen aber auch gesetzlich wenigstens zur Rekompensation der Aussteuer für den Fall vor, daß der eine Descendent nur eine Aussteuer, der andere nur eine einfache Schenkung erhalten hat, für alle sonst hier möglichen

[1] Arndts, Einwerfung, in Weiskes Rechtslexikon III 809—848, Civilist. Schriften II Nr. 44. Fein, Das Recht der Kollation. 1842; Leist in der Fortsetzung von Glücks Pandektenkommentar, Serie der Bücher 37 und 38. Bd. III 201—494 (1875).

Fälle und Kombinationen jedoch nicht. Zu welchen Zwecken und Verwendungen solche „einfache" Schenkungen gemacht werden, ist gleichgültig; nur ist alles das, was die Eltern den Kindern zur Alimentation geben, d. h. zum Lebensunterhalte, zur Erziehung, zum Unterricht 2c., überhaupt gar keine Schenkung, weil ja die Eltern zur Alimentation verpflichtet sind, und fällt daher gar nicht unter die Kollation. Indessen kann jeder Erblasser die Kollation durch letztwillige Erklärung nach Belieben erweitern oder beschränken; doch soll sie auch ohne das bei testamentarischer Succession ebenso eintreten wie bei der Intestatbeerbung. Immer aber bleibt sie auf die Descendenten beschränkt; bei Seitenverwandten, Geschwistern oder Neffen findet sie nie statt. Bei den Descendenten aber müssen die Enkel nicht nur ihren eigenen Vorempfang konferieren, sondern auch den ihrer Eltern, falls er auf sie gekommen ist.

Das ältere deutsche Recht kannte gleichfalls schon eine Kollation, aber nur für den Vorempfang, der bei der „Absonderung" eines Kindes vom Familienvermögen zur Ausstattung als Vorausgabe auf den künftigen Erbteil gegeben war[1], hier aber ohne Unterschied, ob an Söhne oder Töchter und ob als Ausstattung zur Ehe oder zur Begründung oder Unterstützung eines selbständigen Lebensstandes. Einfache Schenkungen wurden dagegen nie konferiert. Mit der Rezeption des römischen Rechts hat auch das römische Kollationsrecht Geltung erlangt, doch wurde die alte Ausstattung unter dem Namen subsidium paternum beibehalten, freilich mit mehr oder weniger Unklarheit und namentlich nicht als der alte allgemeine Begriff, sondern im Gegensatze zu der römischen dos und donatio propter nuptias als Ergänzung der römischen Bestimmungen. Die ältere Theorie und Praxis ging vielfach noch weiter und forderte Kollation von allem, was ein Descendent vom Ascendenten erhalten hätte, sofern sie nicht von diesem selber oder vom Gesetze ausgeschlossen wäre, wie namentlich bei allen Alimenten. Die neuere Zeit kehrte wieder zu dem Prinzipe der Ausstattung zurück, ebenso auch schon die neueren Gesetzbücher, wenn auch mit manchen Verschiedenheiten.

Infolge der prinzipiellen Verschiedenheit des klassischen und des heutigen Kollationsrechts war gemeinrechtlich im einzelnen vieles streitig. Insbesondere fragte es sich, ob zu konferieren sei die beim Tode des Erblassers noch vorhandene Bereicherung des Kollationspflichtigen oder der Wert, den das Konferendum beim Empfang hatte. Die Stellen, welche in die Pandekten aufgenommen sind, besagen das erstere; der modernen Idee, daß der Vorausempfang gleichsam eine Abschlagszahlung auf den künftigen Erbteil gebildet habe, entspricht das letztere. Ferner war bestritten der Teilungsmaßstab bei der Kollation für den Fall, daß neben den Descendenten noch Dritte, nicht kollationsberechtigte Personen, z. B. eine Witwe, miterben. Die einen wollten solche nicht mitgezählt wissen, wie es nach klassischem Rechte galt und von Justinian nachgeschrieben ist, die anderen wollten den auf den Dritten fallenden Anteil des Konferendums dem Kollationspflichtigen belassen. Endlich war nach den Vorschriften der Pandektenstellen die Ausführung der Kollation durch Kaution der Einbringung des Konferendums zu bewirken, so daß der Pflichtige möglicherweise mehr zu leisten hat, als er aus der Erbschaft erhält; für das gemeine Recht behaupteten aber viele, daß die Kollation nur noch durch Anrechnung des Konferendums auf den Erbteil erfolgen dürfe, mithin der Wert des Vorempfangs, soweit er den des Erbteils übersteigt, nicht zu konferieren sei. — Bei allen drei Fragen war die zweite Meinung innerlich besser berechtigt, aber den widersprechenden Quellenstellen gegenüber schwer zur Geltung zu bringen. In der neueren Gesetzgebung ist sie überwiegend angenommen ⟨im Bürgerlichen Gesetzbuch beim ersten und dritten Punkt; beim zweiten bestimmt das Gesetz, daß die ausgleichungspflichtige Zuwendung nur jenem Teil des Nachlasses zuzurechnen ist, der den Abkömmlingen zukommt, so daß durch die hiernach eintretende Nichtzählung des Dritten der Ausgleichungsberechtigte und Ausgleichungspflichtige gleichmäßig gewinnen, indem beide mehr bekommen, als wenn der Erblasser die Zuwendung gar nicht gemacht hätte⟩.

[1] Sachsenspiegel I 13 § 1; Schwabenspiegel Art. 148 (Laßberg); Leist a. a. O. S. 295–320.

4.

Grundzüge des deutschen Privatrechts

von

Professor Dr. Otto Gierke
in Berlin.

Erstes Buch.

Allgemeiner Teil.

Kapitel I. Einleitung.

§ 1. Begriff und Aufgabe des deutschen Privatrechts. Unter deutschem Privatrecht versteht man das in Deutschland geltende Privatrecht deutscher Herkunft.

Wie in der Rechtsgeschichte dargestellt ist, ging mit der Aufnahme der fremden Rechte das einheimische Privatrecht bei uns keineswegs unter. Vielmehr erhielt es sich teils als gemeines Recht, teils in den Partikularrechten. Im gemeinen Recht blieb es anerkannt, soweit es entweder in Reichsgesetzen festgestellt war oder aber durch die Rechtsprechung als gemeines Gewohnheitsrecht gehandhabt wurde. Der größte Teil des sogenannten usus modernus Pandectarum war deutschen Ursprungs. Noch umfangreicher war der deutschrechtliche Inhalt der Partikularrechte, deren das gemeine Recht brechende Besonderheiten überwiegend aus dem einheimischen Recht stammten. Vor allem erhielt sich in den Ländern, in denen der Sachsenspiegel sein Ansehen behauptete, sächsisches Recht, dessen gemeinsame Sätze als „gemeines Sachsenrecht" mit dem Vorrange vor dem gemeinen römischen Recht ein großes Gebiet beherrschten. Darüber hinaus blieben nationale Rechtsanschauungen und Rechtssitten, wenn auch von der gelehrten Jurisprudenz unbeachtet oder gar verspottet, in den engeren Volkskreisen lebendig.

Seit dem Beginn des achtzehnten Jahrhunderts bahnte sich eine Wiedergeburt des deutschen Rechts an. Die Entstehung einer germanistischen Rechtswissenschaft, die Parteinahme des Naturrechts für germanische Rechtsgedanken und die Zurückdrängung des gemeinen Rechts durch große Gesetzbücher, die in der Volkssprache geschrieben waren und zahlreiche einheimische Rechtselemente aufnahmen, wirkten zusammen, um die Kraft des überlebenden deutschen Rechts zu verjüngen. Mehr und mehr erwies es sich nun als befähigt, sich zu modernem Rechte um- und fortzubilden. Aus deutschrechtlichen Keimen erwuchsen nun auch ganz neue Rechtsinstitute, die den fremdrechtlichen Rahmen sprengten.

Infolge dieser Bewegung trat das deutsche Privatrecht unter dem neuen eigenen Namen dem römischen Privatrecht bewußt als selbständige Macht gegenüber. Es wurde als besondere Disziplin wissenschaftlich gepflegt und an den Universitäten gelehrt. Die Aufgabe, die diese Disziplin sich setzte, war doppelter Art. In erster Linie zielte sie darauf ab, denjenigen Teil des sogenannten gemeinen Rechts, der aus einheimischer Wurzel stammte, als „gemeines deutsches Privatrecht" in systematischer Form gesondert darzustellen. Insoweit lehrte sie ein geltendes, unmittelbar anwendbares Recht. Die positiv-rechtliche Natur des gemeinen deutschen Privatrechts wurde zwar nicht nur von denen, die überhaupt die formelle Einheit des gemeinen Rechts bestritten, sondern auch von manchen, die dem römischen Recht die Kraft eines formell gemeinen Rechts zuschrieben, in Abrede gestellt, blieb aber in der Praxis unbezweifelt und wurde auch in neuester Zeit vom

Reichsgericht stets anerkannt. Das gemeine deutsche Privatrecht bedeutete also für die Länder des gemeinen Rechts eine Ergänzung des die römisch-rechtlichen Bestandteile des geltenden gemeinen Rechts darstellenden Pandektenrechts. Die Disziplin des deutschen Privatrechts stellte sich aber außerdem die Aufgabe, die innere Einheit der deutschen Partikularrechte aufzuzeigen. Sie suchte die ihnen gemeinsamen nationalen Rechtsgedanken zu erforschen und die mannigfachen Sonderbildungen aus der ungleichartigen Entwicklung deutsch-rechtlicher Keime abzuleiten und an den allgemeinen Ideen des deutschen Rechts zu messen. Insoweit lehrte sie kein unmittelbar anwendbares Recht, befruchtete aber das Verständnis und die Handhabung der Partikularrechte mit Einschluß der großen Gesetzbücher.

Seitdem der Norddeutsche Bund und das Deutsche Reich wieder ein formell gemeines Gesetzesrecht erzeugten, das erheblich auch in das Privatrecht eingriff, erweiterte das deutsche Privatrecht seine Aufgabe, indem es auch das Reichsprivatrecht deutscher Herkunft in den Kreis seiner Darstellung zog.

Mit dem Inkrafttreten des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches am 1. Januar 1900 hat sich die Bedeutung des deutschen Privatrechts stark verschoben. Seine alten Aufgaben sind, soweit sie nicht die Rechtsgeschichte übernommen hat, zum größten Teil erledigt. Gemeines Recht im älteren Sinne besteht nur noch als Landesrecht auf vorbehaltenen Rechtsgebieten. Nur in geringem Umfange daher, wenn auch in größerem Umfange als gemeines römisches Privatrecht, ist das gemeine deutsche Privatrecht im älteren Sinne Gegenstand der dogmatischen Jurisprudenz geblieben. Die Partikularrechte sind im Zentrum des Privatrechts dem neuen, einheitlichen Recht gewichen. Nur in den besonderen Materien daher, die der Landesgesetzgebung überlassen sind, hat das deutsche Privatrecht noch der inneren Einheit der Partikularrechte nachzugehen. Immerhin hat es in dieser Richtung, da gerade die Sonderrechtsbildungen fast ausschließlich nationale Prägung zeigen, auch heute eine sehr umfassende und wichtige Aufgabe zu lösen. Was schließlich das Reichsprivatrecht betrifft, so kann das deutsche Privatrecht sich nicht mehr das Ziel setzen, das neue gemeine Recht deutscher Herkunft vollständig darzustellen. Denn das endlich errungene einheitliche Recht soll nicht wieder in seine römischen und germanischen Bestandteile zerlegt, sondern einheitlich begriffen und dargestellt werden. Wohl aber liegt dem deutschen Privatrecht nunmehr die bescheidenere, jedoch höchst bedeutungsvolle Aufgabe ob, die germanischen Grundbestandteile unseres bürgerlichen Rechts aufzuzeigen, sie auf ihre geschichtlichen Grundlagen zurückzuführen und die in ihnen lebendigen nationalen Rechtsgedanken zu entfalten. Eine solche germanistische Grundlegung ist neben der romanistischen Grundlegung unentbehrlich, wenn das geltende bürgerliche Recht wirklich verstanden, sein reicher deutschrechtlicher Gehalt unverkümmert in das Leben eingeführt und sein Verwachsen mit dem deutschen Volksgeist gesichert werden soll.

§ 2. Eigenart des deutschen Privatrechts. Das deutsche Privatrecht hatte zwar schon eine lange Entwicklung hinter sich, trug aber noch die Züge eines jugendlichen Rechts, als die Aufnahme der fremden Rechte seine organische Weiterbildung unterbrach. Der Fortschritt zur Reife des modernen Rechts, obschon vielfach im späteren Mittelalter angebahnt, wurde nicht ohne Hilfe des fremden Rechts vollzogen. Aber die im Geiste des deutschen Volkes begründete Eigenart des deutschen Rechts wirkte fort, durchdrang die neuen Formen, und überwand in demselben Maße, in dem unser Recht wieder nationaler wurde, das Fremdartige im rezipierten fremden Recht.

Im Gegensatz zum römischen Recht, an dessen Eingangspforte die scharfe Sonderung von ius publicum und ius privatum steht, hatte unser mittelalterliches Recht die begriffliche Scheidung von öffentlichem und Privatrecht noch nicht vollzogen. Wie es kein reines öffentliches Recht gab, sondern das öffentliche Recht privatrechtliche Formen annahm und zuletzt die öffentliche Gewalt in Vermögensrechte eingebettet wurde, so gab es kein reines Privatrecht, sondern alles Privatrecht blieb durch öffentlich-rechtliche Beziehungen gebunden. Diese Einartigkeit alles Rechts bewirkte, daß einerseits auch das

öffentliche Recht durch und durch gegenseitig, andererseits auch das Privatrecht durch und durch sozial war. Aber der Kaufpreis dafür war die Unfreiheit des Staates und die Unfreiheit des Individuums. Erst die mit Hilfe des römischen Rechts unendlich mühsam durchgesetzte Scheidung von öffentlichem und Privatrecht ermöglichte die Erhebung des Staates zum souveränen Gemeinwesen und die Anerkennung des Individuums als eines in sich beruhenden Einzelwesens. Aber wenn eine Zeit lang darüber der große germanische Gedanke der Einheit alles Rechts bei uns (im Gegensatz zu England) verloren zu gehen und im öffentlichen Recht der Staatsabsolutismus, im Privatrecht der Individualismus zu triumphieren drohte, so ist mit der Wiedergeburt des nationalen Rechts mehr und mehr die Einheit über dem Gegensatz von neuem erschienen. Das öffentliche Recht ist mit der Einkehr der Freiheit in die Ordnung, mit der Ausgestaltung der Gegenseitigkeit zwischen dem Ganzen und seinen Gliedern, mit der Zuteilung gliedmäßiger Rechte neben den Pflichten, mit der Sicherung des Eigenlebens der engeren Verbände und mit der Einführung des Rechtsschutzes in sein Gebiet wieder zu vollem Recht geworden (Idee des Rechtsstaats). Das Privatrecht aber hat wieder eine sozialere Färbung angenommen. Auch soweit es Individualrecht ist, geht es zwar von der Freiheit der Menschen als unverbundener Träger von Einzelbereichen aus, entbindet aber die Einzelbereiche nicht von der Unterordnung unter die Gemeinschaft, sondern setzt aller Sachherrschaft und aller Vertragsfreiheit feste Schranken und durchdringt alle Befugnisse mit Pflichten, um gegenüber den Einzelinteressen das Gesamtinteresse zu wahren. Überdies aber entfaltet es sich im Familien-, Gesellschafts- und Genossenschaftsrecht zu echtem Sozialrecht, so daß bereits im Privatrecht die organische Verbundenheit der Menschen in Gemeinschaftsordnungen verschiedener Stufen zum Ausdruck kommt. Da dies alles germanischer Herkunft ist, hat das deutsche Privatrecht gerade diese Züge des geltenden Rechts zu enthüllen. Überdies hat es sich mit Instituten zu beschäftigen, bei denen die ehemalige Vermischung von Privatrecht und öffentlichem Recht nachwirkt. Es hat daher zugleich die Brücke vom Privatrecht zum öffentlichen Recht zu schlagen.

Das deutsche Privatrecht des Mittelalters neigte zur Ausgestaltung *besonderer Rechtsordnungen für jeden Lebenskreis*. Es überwand nicht nur nicht den uralten Gegensatz der Stammesrechte, sondern schritt in wachsender Zersplitterung zu partikulärer Rechtsbildung für die einzelnen Territorien, Städte und Dörfer fort. Und es spaltete sich überdies in Sonderrechte für die verschiedenen Stände, Berufe und Sachgattungen (Land- und Lehnrecht, Dienstrecht, Hofrecht, Weichbildrecht, Fürsten- und Ritterrecht, Handels- und Gewerberecht, Bergrecht, Deichrecht u. s. w.). Daß in diesem Reichtum das gemeine Recht nahezu verschwand, war der Grund für die schwere Erkrankung des nationalen Rechts, zu deren Heilung das fremde Recht herbeigerufen wurde. Doch trieb gegenüber dem neuen gemeinen Recht, das vorzugsweise römisch war, die deutsche Eigenart immer wieder Partikularrecht und Sonderrecht hervor. Die endliche Überwindung des *Partikularismus* auf nicht mehr bloß fremdrechtlicher Grundlage gelang erst dem wiedergewonnenen nationalen Staat. Allein die neue Rechtseinheit läßt auf vielen und gerade auf solchen Gebieten, auf denen das einheimische Recht den Sieg behauptet hat, für partikuläre Rechtsbildung Raum. Dem Überwuchern der *Sonderrechte* setzte die mit Hilfe des fremden Rechts vollzogene Umwandlung der ständischen Ordnung in die staatsbürgerliche Ordnung ein Ziel. Allein unser für alle geltendes bürgerliches Recht schließt kräftige und umfassende Sonderrechtsbildungen für bestimmte Lebensbereiche (Personen-, Sachen- oder Geschäftskreise) keineswegs aus. Es fordert nur von ihnen Beschränkung auf die in eigentümlichen Lebensverhältnissen begründeten Besonderheiten und harmonische Eingliederung in den Gesamtbau. So bewährt sich auch heute die Eigenart des deutschen Privatrechts mit Energie in den teils durch die Reichsgesetzgebung kodifizierten, teils der Landesgesetzgebung vorbehaltenen Normenkomplexen, die das gemeine bürgerliche Recht, das ihnen gegenüber auch schlechthin als das „bürgerliche" Recht bezeichnet wird, durch ein mehr oder minder selbständiges Sonderprivatrecht abwandeln oder ergänzen. Manche unter ihnen, wie das Handelsrecht, Seerecht und Wechselrecht, neuerdings auch das Gewerberecht, haben sich zu so umfassenden Systemen

ausgewachsen, daß sie aus dem Verbande des deutschen Privatrechts, dem sie innerlich angehören und früher auch äußerlich einverleibt waren, ausgeschieden sind. Andere, wie Privatfürstenrecht, Lehnrecht, Recht der Bauergüter, Wasserrecht, Forst- und Jagdrecht, Bergrecht, fordern nach wie vor im deutschen Privatrecht Beachtung.

Das deutsche Privatrecht des Mittelalters war ein volkstümliches Recht. Fehlte es auch nicht an den Anfängen eines von den Schöffen als berufsmäßigen Rechtspflegern ausgebildeten Juristenrechts, so war dieses doch nur die Blüte des Volksrechts. Das Sinnliche und Bildliche herrschte noch vor, die Form der Erscheinung verhüllte noch den inneren Gehalt, die konkrete Vorstellung überwog noch den abstrakten Begriff. Seiner um vieles vorgeschritteneren wissenschaftlichen Durchbildung verdankte das fremde Recht nicht zum kleinsten Teil seinen Sieg. Nun trat das Juristenrecht die Herrschaft an. Der gelehrte Berufsstand aber, der sich das Rechtsleben unterwarf, hatte keine Fühlung mit der im zurückgedrängten Volksrecht schlummernden Gedankenwelt. Er schöpfte seine geistigen Mittel ausschließlich aus der auf Grund der fremden Quellen aufgebauten Theorie und zwängte auch den einheimischen Rechtsstoff, soweit er ihn dulden mußte, in die romanistische (oder romanistisch-kanonistische) Begriffsschablone. So empfingen die deutschen Rechtsinstitute meist eine ihr Wesen vergewaltigende fremdartige Einkleidung. Erst in langem Ringen hat die germanistische Wissenschaft dem nationalen Stoffe die ihm immanenten Gedanken entlockt und die gewonnenen selbständigen deutschrechtlichen Begriffe für das moderne Recht verwertet. Doch erfolgten immer wieder Rückschläge; die Alleinberechtigung der vom römischen Recht abstrahierten Begriffe wurde nicht nur von den Pandektisten verfochten, sondern auch innerhalb des deutschen Privatrechts selbst von einer romanisierenden Richtung nach Möglichkeit festgehalten. Demgegenüber hat das deutsche Privatrecht Befugnis und Pflicht, die eigenartigen nationalen Rechtsgedanken selbständig zu entfalten und in die Dogmatik des geltenden Rechts einzuführen. Daß unser gesamtes juristisches Denken am römischen Recht geschult ist, daß wir den Römern unverlierbare Errungenschaften in der Methode, im System und in manchen Begriffskategorien verdanken, dürfen wir freilich niemals vergessen. Auch müssen wir da, wo die frühere Befangenheit positivrechtliche Niederschläge hinterlassen hat, wie z. B. beim Familienfideikommiß, das positive Recht achten. Im übrigen aber müssen wir jedes Rechtsinstitut aus sich heraus begreifen, das deutsche aus deutschem, das moderne aus modernem Geist. Denn wir haben die Begriffe dem Leben abzulauschen, nicht die Wirklichkeit mit zu eng gewordenen Schulbegriffen zu meistern. Hierin liegt auch gegenüber dem B.G.B. eine Hauptaufgabe der germanistischen Jurisprudenz.

§ 3. Quellen des deutschen Privatrechts.

I. Mittelalterliche. Die mittelalterlichen deutschen Rechtsquellen sind für uns die Erkenntnisquellen des reinen deutschen Rechts. Aus den Quellen der fränkischen Zeit erschließen wir dessen ältere Gestalt, aus den Quellen des deutschen Mittelalters das klassische deutsche Recht. Die meisten von ihnen haben schon seit langer Zeit ihre Geltung eingebüßt. Eine Ausnahme machten einzelne Land-, Stadt-, Orts- und Satzungsrechte; insbesondere aber der Sachsenspiegel nebst Glosse und Sächsischem Weichbild, denen in den Ländern des gemeinen Sachsenrechts (im Königr. Sachsen bis 1865, in den sächsisch-thüringischen Kleinstaaten bis zum B.G.B.) gesetzliches Ansehen zugeschrieben wurde.

II. Von der Rezeption bis zur Gründung des neuen Reichs. Die Rechtsquellen dieses Zeitraums zeigen uns die Verschmelzung des einheimischen und des fremden Rechts. Viele von ihnen waren schon vor dem B.G.B. antiquiert; die übrigen enthalten das bis zur neuesten Umwälzung geltende Recht, sind aber durch das B.G.B. insoweit außer Kraft gesetzt, als sie nicht dem Landesrecht vorbehaltene Materien betreffen, und zum Teil auch in diesen Materien durch neueres Landesrecht ersetzt.

1. Gemeindeutsche Quellen waren neben der gemeinen Gewohnheit die ältern deutschen Reichsgesetze, deren freilich nur spärliche privatrechtliche Bestimmungen auch nach der Auflösung des Reichs ein Bestandteil des gemeinen Rechts im älteren Sinne blieben (nicht beseitigt durch Art. 2 der Rheinbundsakte v. 12. Juli 1806). Kein

formell gemeines Recht, wohl aber allgemeines deutsches Recht brachte der Deutsche Bund durch Bundesbeschlüsse zu stande, durch die die einzelnen Staaten zu übereinstimmender Gesetzgebung verpflichtet werden konnten. Die deutsche Bundesakte v. 8. Juni 1815, die Wiener Schlußakte v. 15. Mai 1820 und einige Bundesbeschlüsse enthalten privatrechtliche Bestimmungen.

2. Partikularrechte. Sie zerfallen in drei Gruppen:

a. Kodifikationen mit Anerkennung des gemeinen Rechts. Seit dem Ende des 15. Jahrhunderts wurden in Städten und Ländern Gesetzbücher erlassen, die aber nur das partikuläre Recht kodifizierten und daher das gemeine Recht als Hilfsrecht bestehen ließen.

Den Anfang machten neue Stadtrechte, in denen das mittelalterliche Recht einer Revision unterzogen wurde. Nachdem zuerst die Nürnberger Reformation von 1479 das einheimische Recht mit römischem Recht durchsetzt hatte, ergingen mehrfach noch stärker romanisierende „Reformationen". So die Wormser von 1499, die verneute Nürnberger von 1564, die Lüneburger von 1577—1583 (von Husanus), die Frankfurter von 1578 (von Fichard). Schonender gegen das deutsche Recht verhielt sich das (von Zasius verfaßte) Freiburger Stadtrecht von 1520. Einen rein deutschen Charakter bewahrte das revidierte Lübische Recht von 1586. Überwiegend deutsch blieben die Hamburger Statuten von 1603. In überaus zahlreichen Städten wurden nur kleinere Statutarrechte über einzelne Materien (Familien- und Erbrecht, Baurecht u. s. w.) abgefaßt. In manchen Städten blieben mittelalterliche Stadtrechte in Kraft (so bis zur Gegenwart Münchener von 1347, Bremer von 1433, mehrfach das ältere lübische Recht).

Unter den Landrechten dieser Zeit befinden sich solche, die nur einheimisches Gewohnheitsrecht aufzeichnen (z. B. Recht des alten Landes von 1517, Stedinger L.R. von 1525, Hadeler von 1583, Wurstener von 1611, Butjadinger von 1664, auch der von M. Normann um die Mitte des 16. Jahrhunderts verfaßte Wendisch-Rügianische Landgebrauch). In vielen Territorien aber wurden umfassende Kodifikationen mit mehr oder minder starker Heranziehung des römischen Rechts vorgenommen. Unter den älteren Landrechten sind das Badische von 1511 (von Zasius), das Ostfriesische von 1517, die Constitutio Joachimica für die Mark Brandenburg von 1527, die Tiroler L.O. von 1532 (daraus Henneberger von 1539), die Ordnung und Reformation für Jülich und Berg von 1555, das Dithmarsische L.R. von 1567 hervorzuheben. Sehr einflußreich wurde die Solmser Gerichts- und Landesordnung von 1571 (von Fichard). Den Charakter eines Landrechts hat auch die offizielle Sammlung der das gemeine Sachsenrecht fortbildenden Kursächsischen Konstitutionen von 1572 (dazu Dezisionen von 1661 und 1746). In Württemberg ergingen die immer stärker romanisierenden Landrechte von 1555, 1565 und 1610, deren drittes später im ganzen Königreich eingeführt wurde. Weitere Landrechte sind das Kurpfälzer von 1582, Nassauische von 1616, Würzburger von 1618, Kurkölnische von 1663, Kurtrierische von 1668 (revid. 1714), Hohenloher von 1737, Kurmainzer von 1755, Bamberger von 1769. Das Landrecht des Herzogtums Preußen von 1620 wurde 1684 revidiert und 1721 in neuer Umarbeitung (von Cocceji) als Landrecht des Königreichs Preußen verkündigt. In Bayern, wo im Jahre 1518 das Landrecht Kaiser Ludwigs von 1346 zur Reformation des Bayerischen Landrechts umgestaltet und 1616 ein neues Landrecht verkündigt war, kam im Jahre 1756 der Codex Maximilianeus Bavaricus civilis (von Kreittmayr) zu stande, der den ganzen usus modernus aufnahm und schon den Übergang zu den großen Gesetzbüchern bildet.

b. Kodifikationen mit Ausschluß des gemeinen Rechts. Die schon seit dem 17. Jahrhundert hervortretenden Bestrebungen, das Corpus juris civilis durch ein volkstümliches Gesetzbuch zu ersetzen, führten zuerst in Preußen zu einem endgültigen Erfolge. Das Preußische Allgemeine Landrecht von 1794, die älteste und zugleich großartigste moderne Kodifikation überhaupt, trat an Stelle des gemeinen Rechts. Dieses Gesetzbuch, das außer dem Privatrecht auch das gesamte materielle öffentliche Recht umfaßt, weist einen starken deutschrechtlichen Einschlag auf. Es wurde bei der Erweiterung der Monarchie nicht in alle neu erworbenen Landesteile eingeführt, so daß sein Geltungs-

gebiet nur die östlichen Provinzen außer Neuvorpommern und Rügen, ein Teil von Hannover (Ostfriesland), Westfalen und drei Kreise der Rheinprovinz (überdies außerhalb Preußens Ansbach-Bayreuth und Teile von Weimar) bilden. Den Provinzial- und Statutarrechten gegenüber nimmt es nur subsidiäre Geltung in Anspruch (das Ostpreußische Provinzialrecht wurde 1801 und 1802, das Westpreußische 1844 kodifiziert). Das Preußische Landrecht ist auch in seinen privatrechtlichen Bestandteilen nicht völlig aufgehoben. — Weiter trat auch in Deutschland das französische Zivilgesetzbuch von 1804 (Code civil), in dem das römische Recht mit dem germanischen Recht der Coutumes verschmolzen ist, an Stelle des gemeinen Rechts und blieb auf dem ganzen linken Rheinufer und im Herzogtum Berg (Düsseldorf) bis zum 1. Januar 1900 in Geltung. Seitdem ist es (in Preußen mit Ausnahme einiger Artikel) außer Kraft gesetzt. — In Österreich wurde das gemeine Recht endgültig durch das noch heute geltende bürgerliche Gesetzbuch von 1811 beseitigt. — Für Baden wurde eine Übersetzung des Code civil mit Zusätzen als Badisches Landrecht von 1809 verkündigt (jetzt aufgehoben). — Endlich trat im Königreich Sachsen mit dem Jahre 1865 ein bürgerliches Gesetzbuch in Kraft, von dem einige Artikel noch gelten.

c. Spezialgesetze. Schon seit dem Mittelalter wurden zahlreiche ganz oder halb privatrechtliche Materien durch Spezialgesetze geregelt. Sie vor allem vollzogen die Rechtsfortschritte und verhalfen deutschen Rechtsgedanken zum Durchbruch.

III. Seit der Reichsgründung.

1. Gemeindeutsche. Nachdem der Norddeutsche Bund Gesetzgebungsgewalt für einen Teil des Privatrechts empfangen und das Deutsche Reich sie erweitert übernommen und durch Gesetz vom 20. Dezember 1873 auf das gesamte bürgerliche Recht erstreckt hatte, erstand ein neues gemeines deutsches Recht. Die Hauptmasse des Privatrechts ist im B.G.B. kodifiziert. In ihm hat das nationale Recht, das der erste Entwurf von neuem romanistisch zu verkümmern drohte, zwar kaum den ihm gebührenden Platz, aber doch eine mitherrschende Stellung behauptet. Daneben greifen zahlreiche ältere und jüngere besondere Reichsgesetze tief in das Privatrecht ein. Ihr Inhalt ist überwiegend deutscher Herkunft.

2. Partikuläre. In den Einzelstaaten wurden neue Gesetzbücher nicht mehr erlassen, wohl aber mancherlei Spezialgesetze, von denen viele in Kraft geblieben sind. Sodann ergingen überall Ausführungsgesetze zum B.G.B. und dessen Nebengesetzen, um das fortgeltende Landesrecht dem Reichsrecht anzupassen. In den Ausführungsgesetzen, mehrfach auch in besonderen Landesgesetzen sind zum Teil deutschrechtliche Materien neu kodifiziert.

§ 4. Literatur des deutschen Privatrechts. Die älteste Bearbeitung des deutschen Privatrechts findet sich in den Rechtsbüchern des Mittelalters. An ihre Stelle traten zunächst die populären Schriften, die das fremde Recht in deutscher Sprache und in Anpassung an deutsche Verhältnisse für Schöffen und Laien darstellten. Unter ihnen ragt der Laienspiegel von Ulrich Tengler (zuerst 1509) hervor. Als mit dem Ende des 16. Jahrh. die Abdrängung des Volkes vom Rechtsleben vollendet war, verstummte auch diese Literatur. Die gelehrte, lateinisch schreibende romanistische Jurisprudenz trat die Alleinherrschaft an. Auch die romanistische Jurisprudenz aber konnte insoweit, als sie sich mit der Praxis beschäftigte, das einheimische Privatrecht nicht ganz vernachlässigen. Dies ergeben namentlich die Sammlungen und Bearbeitungen der Entscheidungen von Rechtsfällen, wie sie in den Werken der Reichskammergerichtsjuristen (besonders Mynsinger und Gaill), den ähnlichen Arbeiten über die Praxis oberer Landesgerichte, den Spruchsammlungen der Juristenfakultäten und den seit Zasius von fast jedem bedeutenden Juristen herausgegebenen Consilia und Responsa vorliegen. Eingehender noch behandeln das einheimische Recht die Darstellungen des usus modernus pandectarum, wie die Jurisprudentia forensis von B. Carpzov (1638), die Praxis juris Romani in foro Germanico von J. Schilter (1692, zuerst 1675 als Exercitationes ad 50 libros Pandectarum), das Specimen usus moderni Pandectarum von

S. Stryck (1690 ff.), die Meditationes ad Pandectas von A. de Leyser (1717 ff.) und die Exercitationes ad Pandectas von J. H. Boehmer (1745 ff.). In den Pandektenkommentaren und Pandektensystemen setzte sich die Heranziehung des deutschen Rechts bis zur Gegenwart fort.

Eine selbständige Wissenschaft des deutschen Privatrechts erwuchs seit Beginn des 18. Jahrh. auf der geschichtlichen Grundlage, die H. Conring (1606—1681) durch Aufhellung der deutschen Rechtsgeschichte geschaffen hatte. Man hielt jetzt an den Universitäten eigene Vorlesungen über deutsches Privatrecht (zuerst Thomasius in Halle um 1700, dann sein Schüler G. Beyer in Wittenberg 1707) und gab Lehrbücher und Handbücher des deutschen Privatrechts heraus. Anfänglich überwog eine mehr historische Richtung, die aber Veraltetes und Lebendiges zusammenwarf. Ihr bedeutendster Vertreter war Heineccius. Daneben kam eine mehr praktische, auf umfassende Vergleichung der Partikularrechte gegründete, stark naturrechtlich gefärbte Behandlung auf. Zum Siege brachte sie Selchow. Einen erheblichen Fortschritt im Sinne dogmatisch-systematischer Verarbeitung des Stoffs vollzog Runde (1741—1807). Neuen geschichtlichen Geist flößte K. F. Eichhorn (1781—1854), der Neubegründer der deutschen Rechtsgeschichte, auch dem deutschen Privatrecht ein. Gleichzeitig erwarb sich Mittermaier (1787—1867) das Verdienst, durch Herbeischaffung von massenhaftem Material und Vergleichung der verwandten außerdeutschen Rechte den Gesichtskreis zu erweitern. Neue Anregungen gingen von W. E. Albrecht (1800 bis 1876) durch seine Schrift über die Gewere (1828), weiter von Phillips (1804 bis 1872), Bluntschli (1808—1883) und F. Walter (1794—1879) aus. In epochemachender Weise wurde durch G. Beseler (1809—1888) das deutsche Privatrecht durch Zurückführung auf selbständige nationale Gedanken befruchtet und durch Eroberung neuer Gebiete bereichert. Für Schärfung der Begriffe wirkte Gerber (1823—1891), der aber als Haupt der romanisierenden Richtung aus dem deutschen Rechte den deutschen Geist austrieb. Mit gründlicher Quellenkenntnis und sorgfältiger Vertiefung in das einzelne schuf O. Stobbe (1831—1887) die umfassendste Darstellung des deutschen Privatrechts. In neuerer Zeit haben zahlreiche Germanisten durch Einzelforschungen verschüttete nationale Rechtsgedanken wieder zu Tage gefördert und damit der Wissenschaft des deutschen Privatrechts neuen Schwung verliehen.

Eine unentbehrliche Stütze findet das deutsche Privatrecht in der wissenschaftlichen Bearbeitung der deutschen Partikularrechte, die ihrerseits nicht ohne die allgemeine germanistische Grundlegung gedeihen kann.

Systeme des deutschen Privatrechts: G. Beyer, Delineatio iuris Germanici ad fundamenta sua revocata, ed. Griebner 1718. Heineccius, Elementa iuris Germanici tum veteris tum hodierni, 1736. Pütter, Elementa iuris Germanici civilis, 1748. J. H. C. de Selchow, Elementa iuris Germanici ex ipsis fontibus deducta, 1757, 8. ed. 1795. J. F. Runde, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts, 1795, 8. Aufl. 1829. Dazu als Kommentar Danz, Handbuch des heutigen deutsch. P.R., 10 Bde. K. F. Eichhorn, Einleitung in das deutsche P.R., 1823, 5. Aufl. 1845. Mittermaier, Grundsätze des gem. deutsch. P.R., 1824, 7. Aufl. 1847. Phillips, Grundsätze des gem. deutsch. P.R., 1829, 3. Aufl. 1846. R. Maurenbrecher, Lehrbuch des heut. gem. deutsch. P.R., 1832/34, 2. Aufl. 1850/55. J. C. Bluntschli, Deutsch. P.R., 1853/54, 3. Aufl. v. F. Dahn 1864. F. Walter, System des gem. deutsch. P.R., 1855. G. Beseler, System des gem. deutsch. P.R., 1847/55, 4. Aufl. 1885. Gerber, System des deutsch. P.R., 1848, 17. Aufl. v. Cosack 1895. Gengler, Lehrbuch, 1854/55; Das deutsche P.R. in seinen Grundzügen, 4. Aufl. 1892. O. Stobbe, Handbuch des deutsch. P.R., 5 Bde., 1871/85, 3. Aufl. Bd. I v. K. Schulz, 1896, Bd. II—IV v. H. O. Lehmann 1896/1900. P. Roth, Deutsch. P.R., 3 Bde. (unvollendet), 1880/86. Franken, Lehrbuch des deutsch. P.R., 1894. O. Gierke, Deutsch. P.R., Bd. I (Allg. Teil u. Personenrecht) 1895. — Darstellung des reinen deutschen Rechts: A. Heusler, Institutionen des deutsch. P.R., 1885/86. — Grundrisse: Dieck 1825; Ortloff 1828; Gareis 1877; F. Dahn 1878; Franklin 1882; Kraut, Grundriß zu Vorlesungen über das deutsch. P.R., 1829, 6. Aufl. v. Frensdorff 1886; J. Fr. Behrend in den früheren Auflagen dieser Encyklopädie; H. O. Lehmann in Birkmeyers Encyklopädie S. 290—353.

Darstellungen der deutschen Partikularrechte. 1. Gemeinrechtliche Gebiete. In Preußen: Hannover v. Grefe, 3. Aufl. 1860/61, Rudorff 1887; Schleswig-Holstein v. Falck, 5 Bde. (unvollendet), 1825/48, Paulsen, 2. Aufl. 1842; Kurhessen v. Roth u. Meibom (unvollendet), 1858, Theobald, 2. Aufl. 1888; Nassau v. Bertram, 2. Aufl. 1878; Frankfurt a. M. v.

Bender, Lehrb. 1835, Handb. 1848; Hohenzollern v. A. Hodler 1893. — Bayern P. Roth, Bayr. Civilr., 3 Bde., 1871/78, 2. Aufl. 1881, Bd. II—III v. Becher 1897 ff. — Württemberg: Reyscher 1837/38, 2. Aufl. 1846 ff.; v. Wächter, 2 Bde. (unvollendet), 1839/52; Bierer 1862 ff.; einzelne Teile v. Lang (Familienr., Sachenr.), A. Hegler (Allg. Lehren u. Sachenr., R. der Forderungen), Stein u. v. Kübel (Erbrecht); Mandry 1901 ff. — Thüringen: Heimbach 1848; für Weimar Völker 1855, Altenburg Hesse 1841, Gotha Brückner 1830, Meiningen Unger 1890 ff., Rudolstadt v. Bamberg 1844, Sondershausen v. Hellbach 1820 ff. — Mecklenburg: v. Kamptz 1805/24; Böhlau, Mecklenb. Landr., 3 Bde. (unvollendet), 1871/81. — Hessen-Darmstadt: A. B. Schmidt, Die geschichtlichen Grundlagen des bürg. R. in Hessen, 1893. — Oldenburg: v. Halem 1804/6. — Braunschweig: Steinacker 1843; A. Hampe 1896. — Lübeck: Pauli, Abhandl., 1837/65; v. Duhn, Deutschrechtliche Arbeiten, 1877. — Hamburg: Baumeister 1856; Niemeyer 1892 ff. — Bremen: Post 1866/68, Nachtrag 1887. — 2. Preußisches Landrecht: Bornemann, 6 Bde., 2. Aufl. 1843. Förster 1865 ff., 7. Aufl. v. Eccius 1896 ff. H. Dernburg 1871 ff., 5. Aufl. 1895 ff. — Provinzial- und Statutarrechte: v. Kamptz, 3 Bde., 1826 ff. — 3. Rheinisch-französisches Recht: K. S. Zachariae, Handbuch des französ. Civilr., 1808 ff., 8. Aufl. v. Crome 1894 ff. L. C. Cretschmar, Rhein. Civilr., 4. Aufl. 1894. — 4. Badisches Recht: Behagel, neueste Aufl. 1891; Kah 1887; Hachenburg 1887, erg. 1896. — 5. Sächsisches Gesetzbuch: Siebenhaar 1872; Grützmann 1887/89.

§ 5. Verwandte Rechte. Wichtige Hilfsmittel für das deutsche Privatrecht sind die verwandten ausländischen Rechte.

1. Deutsche. Die außerhalb des Deutschen Reichs geltenden deutschen Rechte sind für die Rechtsgeschichte überhaupt Bestandteile, dagegen für die Dogmatik nur Hilfsmittel des deutschen Privatrechts.

So seit 1866 oder doch 1900 das Österreichische Privatrecht, das auf dem Gesetzbuch von 1811 und dessen Fortbildung beruht.

So vor allem überwiegend das Schweizerische Recht, das, weil in der Schweiz keine oder nur eine beschränkte Rezeption stattfand, vielfach rein deutsche Züge bewahrt hat. Zur Zeit ist die Hauptmasse des Privatrechts noch Kantonalrecht. In einzelnen Kantonen gilt älteres deutsches Recht ohne eigentliche Kodifikation (Uri, Schwyz, Unterwalden, Appenzell, aber auch Basel, St. Gallen, Thurgau); in anderen sind moderne Gesetzbücher erlassen, die sich in der welschen Schweiz an das französische, in Bern, Luzern, Solothurn und Aargau an das österreichische Vorbild anlehnen, während in Zürich ein von Bluntschli ausgearbeitetes selbständiges Gesetzbuch stark deutschrechtlicher Färbung (1853/56, revidiert 1887) eingeführt und in Schaffhausen, Zug und Glarus dieses Gesetzbuch nachgebildet, in Graubünden ein verwandtes Gesetzbuch (von Planta) geschaffen ist. Ein einheitliches Bundesprivatrecht gilt für das Obligationenrecht mit Einschluß des Mobiliarsachenrechts (seit 1883) und für einzelne andere Rechtsmaterien. Der Entwurf eines vollständigen Schweizerischen Zivilgesetzbuches ist von E. Huber ausgearbeitet und vom eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement als Vorentwurf (1900) nebst Erläuterungen (1902) veröffentlicht. Er bringt an vielen Stellen deutsche Rechtsgedanken in volkstümlicher Fassung zum Ausdruck.

So endlich das Baltische Recht in den russischen Ostseeprovinzen, dessen Zusammenstellung durch Bunge als Liv-, Esth- und Kurländisches Privatrecht i. J. 1864 Gesetzeskraft erhalten hat.

2. Andere germanische. Das früh vom deutschen Recht abgezweigte niederländische Recht ist in neuerer Zeit stark vom französischen Recht überwältigt. Die hauptsächliche Bedeutung der skandinavischen Rechte für das deutsche Privatrecht liegt in den Aufschlüssen über die gemeinsame urgermanische Grundlage. Als ein zum größten Teil unkodifiziertes Recht, das aus germanischer Wurzel unter bloß formaler Einwirkung der fremden Rechte zu einem modernen Weltrecht emporgewachsen ist, bietet das englisch-amerikanische Recht für alle deutschrechtlichen Forschungen ein hohes Interesse.

3. Romanische. Die romanischen Rechte haben sämtlich aus den germanischen Stammesrechten, unter denen das langobardische in Italien bestimmenden Einfluß auf die gesamte europäische Jurisprudenz gewann, das fränkische in Frankreich schöpferisch fortwirkte, eine Fülle von gedanklichen und stofflichen Elementen aufgenommen. Germanisches Recht durchzieht insbesondere, wie schon erwähnt ist, auch die französische Kodifi-

kation, die bei den übrigen romanischen Völkern und darüber hinaus teils rezipiert, teils den neueren Gesetzbüchern zu Grunde gelegt ist.

4. Osteuropäische. Schon seit dem Mittelalter drang das deutsche Recht als befruchtendes Kulturelement nach Osten vor. Auch heute zeigen die slavischen Rechte mannigfache Spuren seines Einflusses. Der jüngst (in deutscher Übersetzung 1901) veröffentlichte Entwurf eines ungarischen allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches schließt sich vielfach nahe an das deutsche B.G.B. an.

Literatur: 1. Österreichisches Recht: Kommentare zum Gesetzbuch v. Zeiller; v. Kirchstetter; v. Pfaff u. Hofmann (nebst Exkursen, unvollendet). Systeme v. Unger, Bd. I, II u. VI, 1850, 59. 64; v. J. Krainz, herausg. v. Pfaff, 2 Bde., 2. Aufl. 1894. — 2. Schweizer R.: E. Huber, System u. Geschichte des schweizer. Privatrechts, 4 Bde., 1886/94. Schneider u. Fick, Das schweizerische Obligationenrecht, 1882. Komm. zum Zürcher G.B. v. Bluntschli u. v. Schneider. — 3. Baltisches R. Bunge, Das liv.- u. esthländ. P.R., 2. Aufl. 1847/48; Das kurländ. P.R., 1851. E. Erdmann, System des Privatrechts der Ostseeprovinzen Liv-, Esth- u. Kurland, 4 Bde., 1889/94. — Die Literatur über das englische und über das romanische R. bei den besonderen diesen Rechten gewidmeten Darstellungen.

Kapitel II. Die Rechtssätze.

§ 6. Das Werden der Rechtssätze. Das Recht im objektiven Sinne als Inbegriff äußerer Normen für menschliches Wollen kommt in Rechtssätzen zur Erscheinung, die sich in geordneten Zusammenhängen zu Rechtsinstituten und zuletzt zum Ganzen der Rechtsordnung verbinden. Die Rechtssätze wandeln sich; sie werden durch menschliche Tat im Wege der „Rechtserzeugung" geschaffen, umgeschaffen und abgeschafft. Alle Rechtserzeugung ist Gemeinschaftstat; die mitwirkenden Einzelnen handeln als Glieder oder Organe der Gemeinschaft. Der Vorgang der Rechtserzeugung fordert eine innere und äußere Betätigung des Gemeinlebens: Rechtsbildung und Rechtsausspruch. Je nachdem das Recht durch die Kraft der Lebensordnung einer organisierten Gemeinschaft dazu berufenen Organe bewußt festgestellt und ausdrücklich erklärt wird oder unmittelbar aus unorganisiertem Gemeinleben durch Bildung und Äußerung einer Gemeinüberzeugung entspringt, unterscheidet man gesetztes und ungesetztes Recht. Die Rechtsetzung erfolgt entweder durch den Staat, der als Träger höchster Macht sich selbst seinen Wirkungsbereich abgrenzt, oder durch einen ihm untergeordneten Verband. Hiernach unterscheidet man Gesetz und Satzung. Ungesetztes Recht wird entweder durch die Gemeinschaft der Rechtsgenossen selbst oder durch einen besonderen Berufsstand für die Gemeinschaft hervorgebracht. Hiernach unterscheidet man eigentliches Gewohnheitsrecht und Juristenrecht. Die zur Rechtserzeugung kompetenten Wirkungskräfte nennt man Rechtsquellen. Im Laufe der Zeit hat sich das Verhältnis der verschiedenen Arten von Rechtsquellen zu einander verschoben. Das ursprüngliche Übergewicht des Gewohnheitsrechtes ist der Vormacht des gesetzten Rechts gewichen, die Satzung ist durch das Gesetz, das Volksrecht durch das Juristenrecht zurückgedrängt.

§ 7. Gesetzesrecht. Da sowohl das Reich wie seine Gliedstaaten Staaten sind, gibt es heute in Deutschland, wie schon zu Zeiten des alten Reichs, eine doppelte Art von Gesetzesrecht: Reichs- und Landesgesetz.

Mit dem materiellen Begriff des Gesetzesrechts als des staatlich gesetzten Rechts kreuzt sich der formelle Begriff des Gesetzesrechts als einer durch die obersten Organe des Staats (die „gesetzgebende Gewalt") in bestimmter Form („dem Wege der Gesetzgebung") bewirkten Erklärung. Es gibt formelle Gesetze, die keine Rechtssätze enthalten. Anderseits fließt Gesetzesrecht im materiellen Sinn auch aus gewissen als „Verordnungen" bezeichneten Erklärungen anderer, allgemein oder speziell dazu ermächtigter Staatsorgane. Man nennt Verordnungen, die objektives Recht setzen, „Rechtsverordnungen" und unterscheidet sie von bloßen „Verwaltungsverordnungen".

Über das Zustandekommen von Gesetzesrecht entscheidet das Staatsrecht. Erforderlich ist erstens gehörige Gesetzesbildung durch die verfassungsmäßig berufenen, bei

formellen Gesetzen und bei Rechtsverordnungen ungleich bestimmten Staatsorgane. Erforderlich ist aber zweitens gehöriger Gesetzesausspruch durch das hierzu berufene, bei formellen Gesetzen von dem Gesetzesbildungsorgan verschiedene Organ. Die Form der Verkündigung war im älteren deutschen Recht mündlicher Vortrag (in der Versammlung, von Gerichtsstühlen, Kanzeln und Rathäusern). Doch gewann daneben die schriftliche Verbreitung und seit Erfindung der Buchdruckerkunst die Verbreitung durch den Druck wachsende Bedeutung. Endlich wurde der Druck in bestimmten amtlichen Blättern zur allein wirksamen Verkündigungsform erhoben (so 1807 in Württemberg, 1810 in Preußen). Dies gilt heute allgemein für formelle Reichs- und Landesgesetze.

Den Zeitpunkt seines *Inkrafttretens* kann das Gesetz sich selbst bestimmen. In Ermangelung einer solchen Bestimmung gelten feste gesetzliche Fristen. Reichsgesetze und preußische Landesgesetze treten am vierzehnten Tage nach Ablauf des Tages, an dem das sie enthaltende Blatt der Gesetzsammlung ausgegeben ist, in Kraft. Vom Augenblick seines Inkrafttretens an gilt das Gesetz für alle Gesetzesunterworfenen ohne Rücksicht auf unverschuldete Unkenntnis.

Die *Anwendung* der Gesetze erfolgt durch die Gerichte von Amts wegen. Die Gerichte sind aber befugt und verpflichtet, selbständig zu prüfen, ob das Gesetz in gültiger Weise zu stande gekommen ist und somit nicht bloß der Schein eines Gesetzes vorliegt. Die Prüfung richtet sich zunächst auf die gehörige Verkündigung (wichtig bei älteren Gesetzen und bei Rechtsverordnungen). Die Prüfung erstreckt sich aber auch auf die gehörige Gesetzesbildung, daher auf die verfassungsmäßige Mitwirkung der berufenen Organe (z. B. der Volksvertretung), bei allen Landesgesetzen auf die Zuständigkeit der Einzelstaatsgewalt gegenüber der Reichsgewalt und bei allen Rechtsverordnungen auf das Vorhandensein der Verordnungskompetenz. Doch ist in Preußen und einigen anderen Staaten durch positive Verfassungsbestimmung die Prüfung der Rechtsgültigkeit gehörig verkündigter königlicher Verordnungen den Gerichten entzogen. Diese Beschränkung fällt auch für den preußischen Richter insoweit weg, als es sich um ein dem Reichsrecht widersprechendes Landesgesetz handelt. Auch gilt sie nicht in Ansehung der vom Kaiser verkündigten Reichsverordnungen.

§ 8. Satzungsrecht. Satzung ist Rechtsetzung durch einen Verband, der nicht Staat ist. Die Befugnis eines dem Staate untergeordneten Verbandes, sich selbst Recht zu setzen, heißt Satzungsgewalt oder Autonomie.

Die Autonomie ist *Rechtsquelle*. Sie schafft Rechtssätze, nicht bloß Rechtsverhältnisse. Im deutschen Mittelalter flossen freilich, wie objektives und subjektives Recht überhaupt, so die Rechtsetzung und das Rechtsgeschäft vielfach ineinander, brach sich daher auch die Satzungsgewalt in Form von Verträgen und Verfügungen von Todes wegen Bahn. Heute ist beides begrifflich zu scheiden. Man darf ebensowenig die Autonomie als erweiterte rechtsgeschäftliche Freiheit wie diese als Privatautonomie deuten.

Die *Geschichte* des deutschen Rechts zeigt uns bis zur Rezeption eine außerordentliche Kraft der Autonomie. Grundsätzlich konnte jeder genossenschaftliche oder herrschaftliche Verband sich ein seine Angehörigen verbindendes Recht setzen, wenn er nur nicht in das Recht eines höheren Verbandes eingriff. Bestätigung diente nur zur Sicherung. Als bloße Satzung aber galt, da eigentliches Gesetz nur das Reichsgesetz war, auch jedes Land- und Stadtrecht. Man schrieb daher auch den Landesherrn und Reichsstädten ein bloßes „jus statuta condendi" zu und nannte alle Partikularrechte „Statuten" (daher die Ausdrücke „Statutenkollision" und „statutarische Portion"). Nach der Rezeption steigerte sich allmählich die Autonomie der Landesherren und Reichsstädte zur Gesetzgebungsgewalt. Dagegen wurde die Autonomie der landsässigen Verbände möglichst beschränkt und, soweit sie fortbestand, entweder an staatliche Sanktion gebunden oder in rechtsgeschäftliche Verfügung aufgelöst. Im 19. Jahrh. gewann die Autonomie mit der Wiederbelebung der Körperschaftsfreiheit neue, wenn auch bescheidenere Bedeutung.

Subjekt von Satzungsgewalt ist heute jeder vom Recht als selbständiges Ganze anerkannte Verband. Auch die privaten Vereine schaffen in ihren Satzungen ein für

ihren Kreis geltendes objektives Recht. Unter den öffentlichen Verbänden üben namentlich die Gemeinden durch Erlaß von Ortsstatuten Autonomie aus. Bloßes Satzungsrecht ist heute für den Staat auch das von den Kirchen und ihren Gliedverbänden gesetzte Recht einschließlich der als „Kirchengesetze" bezeichneten allgemeinen Anordnungen.

Sehr verschieden aber ist der Umfang der Autonomie. Im Zweifel kann jeder Verband sein eigenes Sozialrecht (seine Daseinsordnung und die aus ihr fließenden Beziehungen der Mitglieder) gestalten, dagegen die Sätze des gemeinen öffentlichen oder Privatrechts für sich und seine Angehörigen nicht abändern. Doch sind einerseits immer bei öffentlichen und vielfach auch bei privaten Verbänden der Satzungsgewalt auch hinsichtlich des eigenen Lebensbereiches engere Grenzen gezogen. Anderseits sind gewisse Verbände ermächtigt, durch Satzungsrecht in das gemeine Recht einzugreifen. So können, während die umfassende Satzungsgewalt der Landstädte auf dem Gebiete des Privatrechts nur in Mecklenburg für Rostock und Wismar erhalten blieb, auch heute durch Ortsstatut privatrechtliche Bestimmungen im Gewerberecht, teilweise auch im Gesinderecht, im Wohnungsmietsrecht (hinsichtlich der Ziehzeiten) und im Nachbarrecht (vgl. z. B. Württ. A.G. a. 224 ff.) getroffen werden.

Eine stark erweiterte Autonomie auf dem Gebiete des Privatrechts besitzen die Familien des hohen Adels, die seit dem 14. Jahrh. sich zu korporativ organisierten „Häusern" zusammenschlossen und sich ein besonderes Privatrecht schufen, um die ihren Bestand bedrohende Entwicklung des gemeinen Landrechts von sich abzuwehren. Sie behaupteten ihre Autonomie gegenüber dem fremden Recht. Auch nach der Auflösung des alten Reichs blieb nicht nur die Autonomie der nunmehr zur Souveränität emporgestiegenen Häuser unerschüttert, sondern wurde auch den „mediatisierten" (d. h. fremder Landeshoheit unterworfenen) ehemals reichsständischen Häusern durch die deutsche Bundesakte (a. 14) der Fortbestand ihrer bisherigen Autonomie gewährleistet. Mit der Auflösung des Bundes fiel die Bundesgarantie weg. Die Autonomie aber blieb landesrechtlich anerkannt. Dem neuen bürgerlichen Recht gegenüber ist reichsrechtlich den „Hausverfassungen" der landesherrlichen Familien ein unbedingter Vorrang eingeräumt, den Hausverfassungen der standesherrlichen Familien in Ansehung ihrer Familienverhältnisse und ihrer Güter die ihnen vom Landesrecht gewährte Kraft vorbehalten (E.G. a. 57, 58 1). In beschränktem Umfange haben auch die Familien des ehemaligen niederen Reichsadels und einzelne Familien des landsässigen Adels Autonomie behauptet (E.G. a. 58 2).

Das Zustandekommen der Satzung fordert zunächst gehörige Satzungsbildung durch das verfassungsmäßig berufene Satzungsorgan, entweder Versammlungsbeschluß (bei Hausgesetzen regelmäßig einstimmigen Beschluß aller volljährigen Agnaten) oder Beschluß von Vertretungsorganen (bei Ortsstatuten Gemeindebeschluß) oder Entschluß eines Hauptes (z. B. im Bereiche der Verordnungsgewalt des Familienhauptes). Ferner gehörigen Satzungsausspruch (oft durch Veröffentlichung in bestimmten Blättern). Endlich aber vielfach staatliche Bestätigung. Sie macht die Satzung keineswegs zum Gesetz, setzt sie vielmehr als Satzung in Kraft, ist daher Verwaltungsakt. Hausgesetze der standesherrlichen Familien sind nach der Bundesakte dem Souverän vorzulegen; in manchen Staaten (z. B. Sachsen und Hessen) wird nur Vorlegung zur Kenntnisnahme, in anderen (z. B. Preußen, Bayern, Württemberg, Baden) Vorlegung zur Genehmigung verlangt. Zu Zeiten des alten Reichs war kaiserliche Genehmigung üblich, aber nicht erforderlich (R.Ger. XVIII Nr. 42).

Die Anwendung der Satzungen hat, weil sie Rechtsnormen sind, von Amts wegen zu erfolgen. Die richterliche Prüfung der Gültigkeit ist unbeschränkt. Der Parteibeweis spielt dieselbe Rolle wie bei Gewohnheitsrecht und fremdem Recht (C.Pr.O. § 293).

Literatur: J. C. Majer, Von der Autonomie u. s. w., 1782; Wilda, Weiskes Rechtslex. I 539 ff.; Gerber, Ges.Abh. S. 36 ff. u. 63 ff.; K. Maurer, Krit. Überschau II 229 ff.; R. Hermann, De autonomia iuris Germanici privati fonte, 1859; Lewis, Z. f. Gesetzg. u. Rechtspfl. in Preußen III 687 ff.; Brunner s. v. „Autonomie" in Holtzendorffs Rechtslex.; Böhlau, Meckl. Landr. I § 56—60; Gierke, D.P.R. I § 19.

§ 9. Gewohnheitsrecht. Gewohnheitsrecht kann jede organische Gemeinschaft durch Übung in ihrem Gemeinleben erzeugen. Daher das Volk oder ein Volksteil (gemeines oder partikuläres Gewohnheitsrecht), aber auch ein Stand (z. B. das gemeine Privatfürstenrecht, oder die Handelsgebräuche), eine Religionsgemeinschaft (z. B. das gemeine protestantische Eherecht) u. s. w. Das im Kreise einer Körperschaft gebildete Gewohnheitsrecht, das scharf vom Satzungsrecht zu scheiden ist, heißt Herkommen oder Observanz (z. B. Gemeindeherkommen, Familienobservanz).

Die Geltung des Gewohnheitsrechts war im älteren deutschen Recht unbestritten und bedurfte als etwas Selbstverständliches keiner besonderen Rechtfertigung. Das Gewohnheitsrecht herrschte gegenüber dem Gesetzesrecht vor und galt sogar als ehrwürdiger und heiliger. Zuerst die mittelalterliche Jurisprudenz zog seiner Geltung Schranken, wobei die romanistische Herleitung aus dem tacitus consensus populi (daher Theorie des „statutum tacitum") und die kanonistische Unterstellung unter den Begriff der Verjährung (daher Verlangen einer „legitima praescriptio") wirksam wurden. Mit der Rezeption drang die romanistisch-kanonistische Lehre in Deutschland ein, trat aber im Laufe der Zeit dem Gewohnheitsrecht immer feindlicher gegenüber. Man erklärte in monarchischen Staaten, da das Volk kein Gesetzgebungsrecht habe, die stillschweigende Gutheißung des Monarchen für erforderlich. Mehr und mehr aber schrieb man, besonders von naturrechtlicher Seite, dem Gesetzgeber überhaupt ein Rechtserzeugungsmonopol zu. Im gemeinen Recht wahrte trotzdem das Gewohnheitsrecht seine dem Gesetzesrecht ebenbürtige Kraft. Die Landesgesetzgebung aber verbot fast allgemein jede dem Gesetz widersprechende und seit dem 17. Jahrhundert mehr und mehr auch die ergänzende Gewohnheit. So auch die großen Gesetzbücher. Im 19. Jahrhundert brachte die historische Rechtsschule in der Theorie einen völligen Umschwung hervor, indem sie die Ursprünglichkeit und schöpferische Kraft des Gewohnheitsrechts nachwies und seinen Geltungsgrund in den Geltungsgrund des Rechts überhaupt zurückverlegte. Freilich ging sie in der Verherrlichung der unbewußten Rechtserzeugung und der Ablehnung der bewußten Gesetzestat viel zu weit und rief daher eine Gegenströmung hervor. So folgte denn auch die Gesetzgebung keineswegs der neuen Lehre. Auch Entw. I des B.G.B. wollte das Gewohnheitsrecht im wesentlichen abschaffen. Zuletzt indes siegte die Meinung, daß hierin eine Überschreitung der Macht des Gesetzgebers liege. So unterblieb jede Bestimmung. Die große Frage ist durch Schweigen gelöst. Dies bedeutet, daß das Gewohnheitsrecht wieder in seine uralte Machtstellung eintritt. Es hat also an sich gleiche Kraft wie Gesetzesrecht und kann dieses nicht nur ergänzen, sondern auch abändern und bindend auslegen (Usualinterpretation). Doch sind dem partikulären Gewohnheitsrecht gleiche Schranken wie dem partikulären Gesetzesrecht, der Observanz gleiche Schranken wie dem Satzungsrecht gezogen.

Das Zustandekommen des Gewohnheitsrechts fordert, wie schon im älteren deutschen Recht erkannt war, zweierlei: Bildung einer Rechtsüberzeugung und Übung. Weder der innere noch der äußere Vorgang für sich allein reicht, wie von entgegengesetzten Theorien behauptet wird, zur Hervorbringung eines geltenden Rechtssatzes aus. Die Rechtsüberzeugung, die den Rechtssatz bildet, muß sich als Gemeinüberzeugung (nicht Gemeinwille, nicht Überzeugung aller einzelnen oder ihrer Mehrheit, sondern von den beteiligten Menschen als etwas Gemeinsames empfundene Überzeugung) mit rechtlichem Inhalt (opinio iuris oder necessitatis, nicht bloß Vorstellung als Gebot der Sittlichkeit oder Sitte) darstellen. Daß kein Irrtum zu Grunde liegen dürfe, ist eine durchaus unrichtige (obschon mehrfach vom Reichsgericht angenommene) Meinung. Das sogenannte Erfordernis der Rationabilität ist nur insofern anzuerkennen, als ein unvernünftiger oder unsittlicher Inhalt die Annahme einer wahren Rechtsüberzeugung ausschließt. Die Übung, die den Rechtssatz zum Ausspruch bringt, besteht in dessen Betätigung als bindender Norm im Leben. Dazu gehören gleichförmige und längere Zeit hindurch wiederholte Handlungen (Gewohnheit). Häufigkeit und Dauer ergänzen einander. Weder eine bestimmte Zahl von Handlungen noch ein bestimmter Zeitraum sind erforderlich. Doch ist das Erfordernis des Ablaufes der Verjährungszeit in manche Partikularrechte aufgenommen.

Die Anwendung des Gewohnheitsrechts hat von Amts wegen stattzufinden. Der Richter soll es kennen oder erforschen. Die zum großen Schaden des deutschen Rechts früher herrschende Lehre, daß das Gewohnheitsrecht als etwas Faktisches zu beweisen sei, ist heute überwunden. Der unterstützende Parteibeweis hat nur wissenschaftlichen Charakter (auch nach C.P.O. § 293). Erkenntnismittel sind Literatur, Präjudizien, Bekundungen von Gerichten, anderen Behörden, Körperschaftsorganen und erfahrenen Gemeinschaftsgliedern. Auch die im Munde des Volkes lebenden Rechtssprichwörter können über die Geltung eines Gewohnheitsrechtssatzes Aufschluß geben.

Literatur: Puchta, Das Gewohnheitsrecht, 2 Bde. 1828/37. G. Beseler, Volksrecht und Juristenrecht, 1843. F. Dahn, Zeitschr. f. deutsch. Gesetzg. VI 553 ff. Fr. Adickes, Zur Lehre von den Rechtsquellen und insbesondere über das Gewohnheitsrecht, 1872. E. Zitelmann, Arch. f. civ. Pr. XLVI 324 ff. G. Rümelin, Jahrb. f. Dogm. XXVII Nr. 3. W. Schuppe, Das Gewohnheitsrecht, 1890. S. Brie, Die Lehre vom Gewohnheitsrecht, T. I (Geschichtliche Grundlegung), 1899. A. Sturm, Revision der gemeinrechtlichen Lehre vom Gewohnheitsrecht, 1900. Crome, Jahrb. f. Dogm. XXXIX 323 ff. — Graf u. Dietherr, Deutsche Rechtssprichwörter, 1864.

§ 10. Juristenrecht. Der Juristenstand hat das Recht praktisch anzuwenden und wissenschaftlich zu entwickeln. Beiderlei Tätigkeit ist schöpferisch. Die Praxis hat die abstrakten Rechtssätze in konkrete Normen für die Einzelfälle umzusetzen. Dies ist, da das Leben immer reicher ist als die Regel, keine bloß logische Operation, sondern zugleich freie Gestaltgebung. Die Wissenschaft hat die Rechtssätze in ihrem inneren Zusammenhange darzulegen, sie auf Prinzipien zurückzuführen und aus ihnen Folgesätze zu entfalten. Auch dies ist geistige Schöpfung. Praxis und Wissenschaft sind durch den positiven Inhalt der Rechtsquellen gebunden, haben aber, wo dieser zweifelhaft ist, die Zweifel durch selbständige Auslegung zu lösen. Gegenüber der überfreien Auslegungskunst der gemeinrechtlichen Jurisprudenz, die in das Gesetz hineinlegte, was sie darin finden wollte oder mußte, und so zur Rechtsunsicherheit führte („das Recht hat eine wächserne Nase"), bemühte sich im 18. Jahrhundert die Gesetzgebung, die Gesetzesauslegung zu beschränken. Den Versuch, die richterliche Auslegung in äußere Fesseln zu schlagen, mußte man freilich bald wieder aufgeben (Beseitigung der §§ 47—48 der Einl. des Preuß. L.R. durch Kab.O. v. 1798). Allein lange blieb die Auslegung der neueren Gesetzbücher und Gesetze innerlich unfreier, als gut war. Heute ist die Erkenntnis durchgedrungen, daß alle Auslegung frei sein muß; daß sie weder am Buchstaben haften noch die als Hilfsmittel verwendbaren sogenannten Materialien (Entwürfe, Motive, Beratungsprotokolle, Parlamentsverhandlungen u. s. w.) zur bindenden Richtschnur nehmen darf; daß sie vielmehr jede Gesetzesbestimmung als lebendiges Stück der Rechtsordnung im Geiste des Ganzen zu deuten und ihr den immanenten Gedankengehalt, der tiefer und reicher sein kann, als es irgend einem bei der Gesetzgebung Beteiligten zum Bewußtsein gekommen war, zu entlocken hat. Im Rahmen einer derartigen Auslegung bleibt auch die Analogie, die da, wo es für ein Verhältnis an einem Rechtssatze zu fehlen scheint, durch Anwendung oder Nachbildung der für verwandte Verhältnisse geltenden Rechtssätze das in der begrifflich lückenlosen Rechtsordnung verborgene Recht zu Tage fördert. Die Analogie ist daher nicht, wie viele annehmen, eine besondere Rechtsquelle.

Die schöpferische Tätigkeit der Praxis bringt zunächst nicht Rechtssätze, sondern konkrete Normen für Einzelfälle hervor. Den solche Normen rechtskräftig feststellenden Entscheidungen gebührt für künftige ähnliche Fälle ein freies Ansehen, dessen schon von den mittelalterlichen Schöffensprüchen und später von den Fakultäts- und Gerichtssprüchen bewährte Kraft manche Gesetze (z. B. Preuß. L.R. Einl. § 6) vergeblich bekämpften. Niemals aber haben sie, seitdem die früheren Präjudiziengesetze, die gewissen Entscheidungen hoher Gerichte vorläufige Gesetzeskraft beilegten, beseitigt sind, weder für das erkennende Gericht selbst noch für die ihm im Instanzenzuge untergeordneten Gerichte bindendes Ansehen. Doch kann aus konstanter Praxis, wenn die Erfordernisse der Gewohnheitsrechtsbildung erfüllt sind, ein bindender Gerichtsgebrauch (usus fori) hervorgehen, der die Kraft des Gewohnheitsrechts hat. Auf diesem Wege ist namentlich im älteren gemeinen Recht das Juristenrecht vielfach zu positivem Recht geworden.

Die Wissenschaft schafft von sich aus nicht Rechtssätze, sondern Lehrsätze. Sie haben ein ihrem inneren Wert entsprechendes freies Ansehen; Versuche, ihre Autorität zu beseitigen (z. B. Cod. Max. Bav. civ. I, 2 § 14, Preuß. L.R. Einl. § 6), hatten keinen oder aber traurigen Erfolg. Dagegen haben sie niemals bindendes Ansehen. Die ehemals herrschende Ansicht, die zum Schaden der Wissenschaft wie der Praxis in der communis opinio doctorum eine Rechtsquelle sah, ist restlos aufzugeben. Wissenschaftliche Sätze können aber natürlich durch Gesetz oder Gewohnheit zu Rechtssätzen erhoben werden. Mittelbar geht so in der Tat ein großer Teil des geltenden Rechts auf die schöpferische Tätigkeit der Wissenschaft zurück.

§ 11. Die Geltungsbereiche der Rechtssätze. Da jede Rechtsquelle ihren bestimmten Herrschaftsbereich hat, die Herrschaftsbereiche verschiedener Rechtsquellen aber einander berühren, bildet die Abgrenzung der Geltungsbereiche der Rechtssätze gegeneinander ein besonderes Stück der Rechtsordnung.

1. Weitere und engere Geltungsbereiche. Soweit in demselben Rechtsgebiet Rechtsquellen von weiterem und engerem Geltungsumfange Kraft haben, gehen die Rechtssätze aus der engeren Quelle vor. Somit bricht Sonderrecht, solange es überhaupt gilt, das gemeine bürgerliche Recht. Ebenso hat partikuläreres Recht den Vorrang vor gemeinerem Recht: „Willkür bricht Stadtrecht, Stadtrecht bricht Landrecht, Landrecht bricht gemein Recht." Allein das gemeine Recht kann sich ausschließliche Geltung beilegen und damit nicht nur das vorhandene Partikularrecht abschaffen, sondern auch die Neubildung von Partikularrecht verhindern. Im Gegensatz zum älteren gemeinen Recht, das im Zweifel nur subsidiär galt, duldet das neue Reichsrecht ihm widersprechende partikuläre Rechtssätze nur, wo es selbst dies ausnahmsweise ausspricht. Am Privatrecht aber hat das Reichsrecht mit der Kodifikation so vollständig Besitz ergriffen, daß überhaupt die Geltung jedes partikulären Rechtssatzes privatrechtlichen Inhalts durch einen ausdrücklichen reichsgesetzlichen Vorbehalt bedingt ist.

2. Räumlicher Geltungsbereich. Jede Rechtsquelle beherrscht ein bestimmtes Gebiet und verschafft damit den aus ihr fließenden Rechtssätzen einen räumlichen Geltungsbereich. Da aber die Rechtsverhältnisse selbst nichts Räumliches sind, sondern nur Beziehungen zum Raum haben, die zu mehreren Rechtsgebieten bestehen und im Zeitablauf wechseln können, ist eine Grenzberichtigung erforderlich. Sie erfolgt hinsichtlich der Privatrechtssätze unter dem Gesichtspunkt, daß in jedem Rechtsgebiet auch das fremde Recht als Recht anzuerkennen und daher auch vom einheimischen Gericht insoweit anzuwenden ist, als ein zu beurteilendes Rechtsverhältnis dem fremden Rechtsgebiet angehört. Die grundsätzliche Anerkennuug des fremden Rechts ist eine weltgeschichtliche Errungenschaft germanischer Herkunft. Sie wurde durch die Gleichberechtigung der Stammesrechte im fränkischen Reiche angebahnt, durch die mittelalterliche Idee des christlichen Universalreichs erweitert und durch die Ausbildung der modernen Völkerrechtsgemeinschaft vollendet. Dabei wurde mehr und mehr, was zunächst als Lehre von der „Statutenkollision" für das Verhältnis der Partikularrechte zueinander entwickelt war, als „internationales Privatrecht" auf das gegenseitige Verhältnis der in völlig getrennten Staatsgebieten geltenden Rechte übertragen. Immer bleibt die Geltung des fremden Rechts Ausfluß eines Satzes des einheimischen Rechts, das daher auch das Prinzip zu begrenzen und im einzelnen zu entfalten hat. Allein die wissenschaftliche Erkenntnis der nationalen Ausgestaltung des internationalen Privatrechts fordert Beachtung der gemeinsamen europäischen Grundlage und der wirkenden internationalen Lebensgemeinschaft. Darum ist die Lehre vom internationalen Privatrecht eine selbständige Wissenschaft geworden. Auch das deutsche internationale Privatrecht ist auf diesen Zusammenhang angewiesen. Um so mehr, als es nur zu einem kleinen Teil im E.G. zum B.G.B. kodifiziert ist, während im übrigen das bisherige Gewohnheits- und Gesetzesrecht aufgehoben ist und ein neues Gewohnheitsrecht sich erst bilden muß. Hier sei nur bemerkt, daß hinsichtlich des Geltungsbereichs der Rechtssätze das ursprüngliche germanische Personalitätsprinzip, demzufolge das Recht an dem Personenkreise der Stammesgenossen haftete, schon

im deutschen Mittelalter dem durch die Verknüpfung immer zahlreicherer Rechtsverhältnisse mit dem Grundbesitz eingeleiteten Territorialitätsprinzip wich, das von der Bodenständigkeit des Rechts ausgeht; daß jedoch in neuerer Zeit vielfach und namentlich auch im neuesten deutschen Recht eine Wiederannäherung an das Personalitätsprinzip insoweit stattgefunden hat, als für die persönlichen Privatrechtsverhältnisse der Staatsangehörigen die Herrschaft des am Wohnsitz geltenden Rechts durch die Herrschaft des im Heimatsstaat geltenden Rechts ersetzt ist.

3. Zeitlicher Geltungsbereich. Da die Rechtssätze in der Zeit entstehen und vergehen, versteht es sich von selbst, daß jüngeres Recht das ältere bricht. Allein neues Recht beherrscht nur die Zukunft und beläßt dem alten Recht seine Kraft für die Vergangenheit. Das alte Recht bleibt daher für die aus der Zeit seiner Herrschaft in die Zeit der Herrschaft des neuen Rechts hineinreichenden Rechtsverhältnisse maßgebend. Der Grundsatz, daß neue Rechtssätze nicht zurückwirken, war dem älteren deutschen wie dem römischen und kanonischen Recht bekannt, wurde von der Jurisprudenz theoretisch entwickelt, fand in die großen Gesetzbücher (Preuß. A. L.R. Einl. §§ 14—17, Code civ. a. 2, Österr. G.B. § 5, Sächs. § 2) Aufnahme, und ist dadurch, daß das B.G.B. ihn nicht ausspricht, keineswegs beseitigt. Er gilt für Gesetzesrecht, wie für Satzungsrecht und Gewohnheitsrecht. Doch bedeutet er für den souveränen Gesetzgeber nur eine innere Anforderung der Gerechtigkeit und daher für den Richter dem Gesetze gegenüber nur eine Auslegungsregel. Das Gesetz kann sich selbst eine mehr oder minder starke Rückwirkung beilegen. Im Zweifel aber ist anzunehmen, daß es nicht oder, soweit Rückwirkungsabsicht feststeht, in möglichst schwacher Weise zurückwirken will. Nur wenn ein Gesetz sich bloß als richtigstellende Auslegung bestehender Rechtssätze gibt („authentische Interpretation"), ist für stärkste Rückwirkungsabsicht zu vermuten.

Die neueren Gesetzbücher und Gesetze pflegen für ihren besonderen Fall selbst im einzelnen zu bestimmen, inwieweit für die bestehenden Rechtsverhältnisse das bisherige Recht fortgelten soll oder nicht. Diese teils in Einführungsgesetzen (früher „Publikationspatenten"), teils in Schluß- oder Übergangsbestimmungen enthaltenen Rechtssätze haben nur vorübergehende Bedeutung. Gegenwärtig aber sind gerade in Deutschland die das Verhältnis zwischen dem neuen und dem alten Privatrecht ordnenden Einzelvorschriften (bes. E.G. zum B.G.B. a. 153—218) von hoher praktischer Wichtigkeit.

Die Tragweite des Prinzips der Nichtrückwirkung für die Privatrechtssätze wird herkömmlicherweise durch den aus ihm abgeleiteten Folgesatz bestimmt, daß neue Rechtssätze nicht in erworbene Rechte (iura quaesita) eingreifen. Unter erworbenen Rechten versteht man dabei diejenigen nach Maßgabe des alten Rechts entstandenen subjektiven Rechte, die aus einem besonderen Rechtsgrunde von einem bestimmten Subjekt erworben sind. Dahin gehören einerseits nicht bloße Rechtshoffnungen (z. B. die Erbaussicht, anders die Erbanwartschaft), andererseits nicht die allgemeinen gesetzlichen Rechte aller Personen oder gewisser Personenklassen. Dagegen gehören dahin auch die durch Privileg individuell begründeten Rechte. Und jedes Recht ist mit seinem ganzen Wirkungsinhalte erworben. Auch die erworbenen Rechte aber müssen sich Eingriffe gefallen lassen, ohne die keine große Privatrechtsreform denkbar ist. Vielfach werden daher infolge Neuordnung eines Rechtsinstituts auch die unter dem alten Recht entstandenen Rechtsverhältnisse inhaltlich verändert (so nach E.G. a. 180—181 Besitz und Eigentum, während nach a. 184 andere dingliche Rechte mit ihrem bisherigen Inhalt fortbestehen). Oft wird auch ein Rechtsinstitut völlig in der Weise abgeschafft, daß die entsprechenden Rechtsverhältnisse nicht bloß nicht neu entstehen, sondern auch nicht fortbestehen können (z. B. Hörigkeit, feudale und patrimoniale Rechte, Zunftprivilegien). In solchen Fällen ist jedoch, insofern mit der Veränderung oder Aufhebung erworbener Rechte ein Vermögensverlust verbunden ist, eine Entschädigung gerecht. Sie ist in Deutschland meist gewährt. Wird sie nicht gewährt, so gibt es freilich keinen klagbaren Anspruch auf Gewährung.

Literatur: Zu 1. vgl. den besonderen Abschnitt über das Verhältnis des Reichsrechts zum Landesrecht. — Zu 2. vgl. den Abschnitt über internationales Privatrecht. — Zu 3.: v. Wächter, Württ. Privatr. II 152 ff. v. Savigny, System VIII 368 ff. Lassalle, Das System der er-

worbenen Rechte, 1862, 2. Aufl. (von L. Bucher) 1880. Schmid, Die Herrschaft der Gesetze nach ihren (räumlichen und) zeitlichen Grenzen, 1863. H. Göppert, Gesetze haben keine rückwirkende Kraft, herausg. u. ergänzt v. E. Eck, Jahrb. f. Dogm. XXII 1 ff. Pfaff u. Hofmann, Komm. I 156 ff., Exkurse I 112 ff., 361 ff. G. Meyer, Der Staat und die erworbenen Rechte, 1895. Affolter, Das intertemporale Privatrecht; bisher Bd. I, Geschichte des intertemporalen Privatrechts, 1902. — H. Habicht, Die Einwirkung des B.G.B. auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse, 3. Aufl. 1901.

Kapitel III. Die Rechtsverhältnisse.

§ 12. Inhalt der Rechtsverhältnisse. Dem Recht im objektiven Sinne steht das Recht im subjektiven Sinne als Inbegriff der äußeren Willensbestimmtheiten gegenüber. Das subjektive Recht setzt sich aus Willensmacht und Willensgebundenheit zusammen. Seine Elemente sind daher Rechte (Befugnisse) und Pflichten (Verbindlichkeiten). Rechte und Pflichten verbinden sich zu Rechtsverhältnissen. Die Gesamtheit der Rechtsverhältnisse konstituiert das Rechtsleben. Das subjektive Recht als die äußere Betätigungsform der menschlichen Freiheit ist vom objektiven Recht nicht geschaffen, wird aber von ihm in formell souveräner Weise gestaltet (die „angebornen Menschenrechte" der Naturrechtslehre sind nur Postulate der Rechtsidee). Im älteren deutschen Recht flossen objektives und subjektives Recht vielfach zusammen: ganze Inbegriffe von Rechtssätzen erschienen als „Freiheiten" eines Herrn oder einer Stadt, Rechtsverhältnisse wieder nahmen die Form von Rechtssätzen an. Wir müssen objektives und subjektives Recht begrifflich scharf trennen, aber an dem germanischen Gedanken festhalten, daß sie nur die beiden zusammengehörigen Seiten der Gesamterscheinung „Recht" sind.

Rechte und Pflichten fordern ein Subjekt. Subjektlose Rechte gibt es nicht. Das Rechtssubjekt heißt „Person", die Fähigkeit, Rechte und Pflichten zu haben, „Persönlichkeit". Personen können nur Willensträger (aber auch Träger eines unentwickelten oder gelähmten Willens) sein. Nach heutiger Anschauung sind nur menschliche Willensträger Personen; im älteren deutschen Recht finden sich Spuren einer Vorstellungsweise, für die einerseits überirdische Subjekte (Gott und die Heiligen) in die Rechtswelt hineinreichen, anderseits Tiere ein Stück Persönlichkeit empfangen. Menschliche Willensträger aber sind sowohl die einzelnen Menschen wie die menschlichen Verbände. Die Personen sind daher Einzelpersonen oder Verbandspersonen. Rechte und Pflichten können einer Person für sich oder mehreren Personen gemeinschaftlich zustehen. Das deutsche Recht kennt gleich dem römischen Recht Gemeinschaftsverhältnisse, bei denen die Personen als solche unverbunden und entweder eine jede zu einem gesonderten Anteil (pro rata) oder jede für sich auf das Ganze (in solidum) berechtigt oder verpflichtet sind. Das deutsche Recht kennt aber abweichend vom römischen Recht auch Gemeinschaftsverhältnisse, bei denen die Personen als solche verbunden sind und in ihrer Verbundenheit (als personenrechtliche Gemeinschaft) das Subjekt darstellen.

Objekte der Rechte sind in erster Linie die Personen für einander. Allein, insoweit eine Person der rechtlichen Herrschaft einer anderen Person unterworfen ist, tritt sie ihr als Pflichtsubjekt gegenüber und ist daher niemals Objekt schlechthin. Rechtsobjekt im technischen Sinne ist vielmehr das mittels der über andere Personen gewährten Willensmacht in näherer oder entfernterer Weise der rechtlichen Herrschaft des Subjektes unterworfene Stück der äußeren Güterwelt. Das unpersönliche Rechtsobjekt, das im Sprachgebrauch des B.G.B. „Gegenstand" (bisher „Sache") heißt, ist entweder eine körperliche „Sache", d. h. ein Naturgegenstand in der Totalität seiner zur rechtlichen Beherrschung geeigneten Beziehungen, oder ein unkörperlicher Gegenstand („unkörperliche Sache"), d. h. ein ideell begrenzter Ausschnitt der Güterwelt. Unkörperlicher Gegenstand kann ein verselbständigter Teilinhalt einer körperlichen Sache (z. B. ihr Nutzen), eine verselbständigte Leistung einer anderen Person (z. B. als Gegenstand einer Forderung) oder ein als Persönlichkeitsgut verselbständigtes Stück der eigenen persönlichen Sphäre (z. B. ein Tätigkeitsbereich oder ein Geisteserzeugnis) sein. Ein ungenauer (auch im B.G.B. durchgeführter) Sprachgebrauch verwendet den Ausdruck „Rechte" zugleich für die unkörperlichen Rechtsgegenstände.

Für den Inhalt der Rechtsverhältnisse sind im Privatrecht zunächst die Rechte maßgebend, denen die Pflichten als Korrelat gegenüberstehen. Jenachdem das Recht eine Verpflichtung für jedermann, den es angeht, oder für eine bestimmte Person begründet, unterscheidet man absolute und relative Rechte. Doch sind manche Rechte gemischter Natur. Immer aber empfangen die Rechte ihre nähere Bestimmung erst durch eine objektive Beziehung oder Begrenzung der Willensmacht.

Hierauf gründet sich die unserem Privatrechtssystem zu Grunde liegende Einteilung der Rechte nach dem Objekt. Für das deutsche und moderne Recht reicht hierbei die Pandektenschablone nicht aus. Vielmehr sind zuvörderst 1. als eine besondere Gruppe die Persönlichkeitsrechte anzuerkennen, die als absolute Rechte der Person ein Persönlichkeitsgut gewährleisten. 2. Eine zweite Gruppe bilden die Sachenrechte, die als absolute Rechte eine Herrschaft über eine Sache begründen. 3. Eine dritte Gruppe besteht aus den Forderungsrechten, die als relative Rechte eine bestimmte Leistung einer anderen Person zum Gegenstand haben. 4. Die vierte Gruppe umfaßt die Personenrechte, die als gemischte Rechte eine begrenzte Macht an einer anderen Persönlichkeit gewähren und erst mittelbar Sachen ergreifen oder zu Handlungen verpflichten. Dahin gehören: a) Rechte kraft Gemeinschaftsbandes, Familienrechte, aber auch andere Gemeinschaftsrechte. b) Rechte kraft Verbandsorganisation, Rechte der Verbandspersonen an ihren Gliedpersonen und der Gliedpersonen an ihrer Verbandsperson. c) Rechte auf den Rückstand einer Person, Erbrecht und Anfallsrecht an der Hinterlassenschaft einer Verbandsperson.

Daneben hat für das deutsche Recht die Einteilung der Rechte nach dem Subjekt besondere Bedeutung. Jenachdem das Subjekt unmittelbar bestimmt ist oder durch die Rechtsschicksale einer Sache bestimmt wird, kann man Personalrechte, die wieder höchstpersönlich oder übertragbar sein können, und Realrechte unterscheiden. Doch ist der Name „Realrechte" nur für die dem jedesmaligen Eigentümer einer unbeweglichen Sache zustehenden Rechte gebräuchlich. Die Bestimmung des Subjekts durch das Eigentum an einer beweglichen Sache begegnet namentlich bei den Wertpapieren. (Vgl. unten § 41).

§ 13. Gestaltung der Rechtsverhältnisse durch Handlungen. Die Rechtsverhältnisse werden begründet, verändert und aufgehoben durch die Verwirklichung von Tatbeständen, mit denen ein Rechtssatz diese Wirkung verknüpft. Solche Tatbestände sind vor allem menschliche Handlungen und im Privatrecht, da es eine Sphäre der Freiheit schafft, in erster Linie Handlungen der Beteiligten. Unter ihnen sind die wichtigsten die dem Willen gemäß wirkenden Rechtsgeschäfte und die dem Willen entgegen wirkenden unerlaubten Handlungen.

Die allgemeinen Grundsätze über Rechtsgeschäfte sind bei uns wesentlich aus dem römischen Rechte entwickelt, wenngleich das deutsche Recht vielfach (z. B. in Bezug auf das Verhältnis von Wille und Erklärung, die Bedeutung der Willensmängel, die Arten der Ungültigkeit, die Erweiterung des Vertragsbegriffs) eingewirkt hat. Deutscher Herkunft ist insbesondere die (ursprünglich nur kraft herrschaftlicher oder genossenschaftlicher Verbindung, schon im Mittelalter jedoch auf Grund einer Vollmacht zulässige) freie und unmittelbare rechtsgeschäftliche Stellvertretung, kraft deren die gehörige Handlung des Vertreters in der Person des Vertretenen und nur in dieser wirksam wird, und die Scheidung der äußeren Vertretungsmacht von dem zu Grunde liegenden inneren Verhältnis.

Fast ausschließlich aus einheimischem Recht stammt, was an Formen der Rechtsgeschäfte bei uns lebendig ist. Der ausgebildete Geschäftsformalismus des älteren deutschen Rechts geriet freilich seit der Rezeption in Verfall. Im gemeinen Recht drang, da sich die römischen Formen nur in beschränktem Umfange einbürgern ließen, die Regel der Formfreiheit durch. Allein in den Partikularrechten baute sich aus den Trümmern der deutschen Formen ein neuer Geschäftsformalismus auf. Das B.G.B. hat zwar den Grundsatz der Formfreiheit verallgemeinert, durchbricht ihn aber bei zahlreichen Rechtsgeschäften, deren Zustandekommen es von der Beobachtung einer gesetzlich vorgeschriebenen Form abhängig macht. Überdies kann für den einzelnen Fall rechts-

geschäftlich eine Form bedungen werden, die dann im Zweifel gleichfalls wesentlich ist. Endlich werden oft freiwillig Formen angewandt, um den Augenblick des Abschlusses zu fixieren und den Beweis zu sichern.

Unter den *einzelnen Formen* des deutschen Rechts sind die einstigen sinnbildlichen Handlungen und feierlichen Worte bis auf geringe Reste (z. B. Handschlag, Zuschlag, Eidesformel) verschwunden. Dagegen ist die einfache oder gesteigerte Schriftform zu hoher Bedeutung entwickelt. Die Verwendung der Urkunde als Mittel des Geschäftsabschlusses, die beim Urkundungsakt (traditio cartae) erfolgte, dauert bei den Wertpapieren fort. Als Formen der öffentlichen Beurkundung sind die gerichtliche und die notarielle Beurkundung ausgebildet. Manche Geschäfte bedürfen auch heute des früher in viel weiterem Umfange erforderlichen Abschlusses vor dem Gericht oder einer anderen Behörde, einzelne einer gerichtlichen oder behördlichen Bestätigung.

Zu hervorragender Bedeutung für das geltende Privatrecht endlich ist als jüngster Sproß des germanischen Publizitätsprinzips die Eintragung in *öffentliche Bücher* emporgestiegen. Schon im Mittelalter entwickelten sich aus den Gerichtsbüchern die Grundbücher (am frühesten in den Städten, wie schon im 12. Jahrh. die Schreinsbücher der Kölner Parochien, anderswo Rats- oder Stadtbücher, mitunter getrennte Verlaß- und Pfand- oder Rentenbücher) und gewannen neben der Beweiskraft des Gerichtszeugnisses für die in ihnen bekundeten gerichtlichen Vorgänge mehr und mehr formale Bedeutung für die Geschäfte des Liegenschaftsrechts. Auch empfingen körperschaftliche Mitgliederverzeichnisse (Matrikeln, Rollen) mit ihren Vermerken über Rechtsverhältnisse der Genossen rechtliche Wirksamkeit. Dazu sind im Laufe der Zeit mancherlei andere öffentliche Bücher für Bekundung von Privatrechtsverhältnissen mit stärkerer oder schwächerer formaler Kraft getreten (z. B. Vereins- und Genossenschaftsregister, Personenstandsregister, eheliche Güterrechtsregister, Handelsregister, Schiffsregister, Zeichenregister, Patentrolle, Musterrolle, Höferolle u. s. w.).

§ 14. Unmittelbare Gestaltung der Rechtsverhältnisse durch Rechtssatz. Rechte (nebst Pflichten), die das objektive Recht ohne Vermittlung einer Handlung zuteilt, können als allgemeine gesetzliche Rechte mit der Persönlichkeit überhaupt oder als besondere gesetzliche Rechte mit der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Personenklasse (z. B. Stand, Geschlecht, Altersstufe) verknüpft sein. Im letzteren Falle spricht man auch von Privilegien i. w. S. Möglich ist aber auch, daß unmittelbar durch Rechtssatz ein einzelnes Rechtsverhältnis begründet wird. Dann liegt ein Privileg i. e. S. vor. Den Namen Privileg gebraucht man hierbei sowohl für den Rechtssatz, der sich in der Ordnung eines konkreten Verhältnisses erschöpft, wie für das auf ihm beruhende subjektive Recht (überwiegt eine Pflicht oder Last, so spricht man von privilegium odiosum).

Das *Privileg* wurde im Mittelalter mehr und mehr das Gewand, in das sich alles Sonderrecht kleidete. Seit der Rezeption wurde die zugleich mit der Rechtserzeugung zersplitterte Privilegiengewalt bei Kaiser und Landesherrn konzentriert. Die Jurisprudenz entwickelte nunmehr eine besondere Theorie der Privilegien, die sie als eine eigene Gattung von Rechten behandelte. Unter dem Einflusse des Naturrechts wandte sie sich gegen die Privilegien, bildete die Einrede der Erschleichung aus und suchte die Aufhebung durch die Unterscheidung von anderen erworbenen Rechten zu erleichtern. Unzählige Privilegien sind weggeschwemmt, andere in allgemeine Rechte übergegangen (z. B. Privilegien gegen Nachdruck, Erfindungspatente). Doch gibt es auch heute Privilegien, und Privilegien sind auch heute für Ausnahmeverhältnisse oder singuläre Neubildungen gerechtfertigt.

Begründet wird ein Privileg ausschließlich durch einen konkreten Rechtssatz (Rechtsetzung in Gesetzesform oder kraft gesetzlicher Ermächtigung in Verwaltungsform; möglicherweise auch Gewohnheitsrechtssatz). Ein vorangehender Vertrag oder eine gewährte Gegenleistung ist nur Beweggrund (früher unterschied man priv. legalia und conventionalia, lucrativa und onerosa).

Inhaltlich unterscheidet sich das so begründete Rechtsverhältnis nicht von einem gleichartigen auf anderem Wege begründeten Rechtsverhältnis. Das Recht aus dem Privileg kann als Personalrecht einer Verbandsperson oder Einzelperson und im letzteren Falle unvererblich, beschränkt (z. B. nur auf Nachkommen) vererblich oder frei vererblich zustehen oder als Realrecht an einem Grundstück hängen. Ebenso kann es seinem Gegenstande nach Persönlichkeitsrecht, Sachenrecht, Forderungsrecht, Erbrecht u. s. w. sein.

Beendigt wird das Privileg entweder durch Wegfall des Rechtssatzes oder durch Erlöschen des Rechts. In beiderlei Hinsicht gelten die gewöhnlichen Regeln. Dagegen bildete die ältere Lehre besondere, zum Teil in ältere Gesetzbücher (z. B. Preuß. A.L.R. Einl. § 72) übergegangene Erlöschungsgründe aus: einerseits gesetzgeberischen Widerruf ex justa causa mit oder auch ohne Entschädigung, andererseits Rechtsverwirkung durch groben Mißbrauch (mitunter auch durch Nichtgebrauch).

§ 15. Einfluß des Zeitablaufes. Der Ablauf der Zeit wirkt entweder kraft Rechtsatzes oder kraft behördlicher Verfügung oder kraft rechtsgeschäftlicher Bestimmung auf die Gestaltung der Rechtsverhältnisse ein. Für die Berechnung der rechtlich erheblichen Fristen (Zeiträume) oder Termine (Zeitpunkte) gelten besondere Regeln, die zum Teil (wie z. B. die Berechnung von Monatsfristen nach dem Kalender) dem deutschen Recht entstammen. Eine besondere Rolle spielte im älteren deutschen Recht die Frist von „Jahr und Tag", die das Gerichtsjahr bedeutete und in der Regel 1 Jahr 6 Wochen 3 Tage betrug.

Für vielerlei Rechtsverhältnisse galt im deutschen Recht das Institut der Verschweigung: wer einen Zustand als unrechtmäßig anfechten kann, verwirkt sein Anfechtungsrecht, wenn er ihn nicht in rechter Frist gehörig anficht. Grundlage ist in manchen Fällen (vor allem gegenüber der durch gerichtliche Auflassung erworbenen Gewere, ferner bei erblosem Nachlaß und bei gefundenen Sachen) ein richterliches Aufgebot. In anderen Fällen (wie schon nach der lex Salica bei der Ansiedlung des Gemeindefremden, später bei dem Verschweigen der Lehnsfolge, bei dem Stadtrechtssatze „die Luft macht frei") läuft die Frist von selbst. Rechte Frist ist meist Jahr und Tag. Gehörige Anfechtung ist regelmäßig nur „rechte" (gerichtliche) Widersprache. Für die Unmündigen, Abwesenden oder sonst durch „echte Not" Gehinderten läuft die Frist erst von der Mündigkeit, Rückkehr oder Beseitigung des Hindernisses an. Die Wirkung ist Ausschluß; wer reden sollte, aber nicht redete, muß für immer schweigen. Haben sich alle Anfechtungsberechtigten verschwiegen, so tritt, da der Zustand unanfechtbar wird, der gleiche Erfolg ein, als wäre Eigentum, Freiheit u. s. w. ersessen. — Nach der Rezeption ging die Verschweigung zum Teil in die fremdrechtliche Ersitzung und Verjährung über. Aber sie ging nicht unter. Vielmehr entwickelte sich aus ihr schon seit dem 16. Jahrh. (zuerst beim Reichskammergericht, dann besonders in der sächsischen Praxis) das Ausschlußverfahren auf Grund eines gerichtlichen Aufgebots (Ediktalverfahren), das in das heutige Privatrecht tief eingreift. Überdies aber ist in den zahlreichen von selbst laufenden Ausschlußfristen, die das geltende Recht neben den Verjährungsfristen kennt, der Gedanke der Verschweigung wieder lebendig geworden.

Ergänzt wurde die Verschweigung im Mittelalter durch die Unvordenklichkeit, indem die Anschauung herrschte, daß ein seit unvordenklicher Zeit nach Art eines Rechtszustandes unwidersprochen bestehender Zustand als Rechtszustand anzusehen sei. Doch floß die Unvordenklichkeit mit dem örtlichen Gewohnheitsrecht im Begriff des „Herkommens" zusammen. Die Jurisprudenz bildete daraus (in Anlehnung an römische und kanonische Stellen) ein festes, gemeinrechtliches Institut. Die Unvordenklichkeit ist nicht eine Art der Verjährung, sondern begründet eine durch richterliche Feststellung unumstößlich werdende Vermutung für einstmalige gehörige Rechtsentstehung. Auf Unvordenklichkeit kann jedes Recht gestützt werden, das einmal gültig entstehen konnte und dauernde Ausübung zuläßt. Erfordernisse sind dauernder Bestand des Verhältnisses nach Art eines Rechtsverhältnisses und unvordenkliche Zeit dieses Bestandes. In letzterer Hinsicht ist positiv erforderlich, daß die gegenwärtige Generation sich erinnert, es sei

immer so und nicht anders gehalten, negativ, daß niemand von seinen Vorfahren etwas über die Entstehung des Zustandes gehört hat und auch sonst ein bestimmter Anfang nicht erweislich ist („Erinnerung zweier Menschenalter", Zurückliegen über „Menschengedenken"). — Neuere Gesetzbücher haben die Unvordenklichkeit (zum Teil unter Ersetzung durch eine anomale Verjährung) abgeschafft. Auch das B.G.B. kennt sie nicht. Sie bleibt aber für ältere Verhältnisse und in manchen dem Landesrecht vorbehaltenen Materien (z. B. Adel, Wasserrecht, Regalien) bedeutungsvoll.

Mit der Rezeption drangen die römischen Rechtsinstitute der Verjährung und Ersitzung ein, jedoch in der vom kanonischen Recht unter germanischen Einflüssen vollzogenen Umbildung. In den Partikularrechten wurden vielfach (insbesondere hinsichtlich der Zeitdauer) deutschrechtliche Elemente eingefügt.

Literatur: Immerwahr, Die Verschweigung im Deutschen Recht, 1895. A. Schmidt, Echte Not, 1888. — Pfeiffer, Über den altgerman. Ursprung der Lehre vom unvordenklichen Besitz, Z. f. D. R. VIII 1 ff.; Prakt. Ausf. II 1 ff., VII 175 ff. Buchka, Der unvordenkliche Besitz, 1841. Friedländer, Die Lehre von der unvordenklichen Zeit, 1843.

§ 16. Ausübung der Rechte. Die Ausübung der Rechte erfolgt durch eine ihrem Inhalt entsprechende (rechtsgeschäftliche oder sonstige) Tätigkeit. Sie hängt vom freien Belieben ab. Doch zieht in manchen Fällen nach deutschem Recht der Nichtgebrauch eines Rechtes dessen Verlust nach sich (z. B. bei Bergwerkseigentum, Erfinderrecht, Jagdrecht). Und es ist ferner vielfach der Mißbrauch der Rechte durch Ausübungsbeschränkungen eingeengt, immer aber die Ausübung zur Schikane, die nur den Zweck haben kann, einem anderen zu schaden, unzulässig. Bei einer Kollission von Rechten, die nicht oder doch nicht voll nebeneinander ausgeübt werden können, geht das stärkere Recht vor. Unter gleich starken Rechten entscheidet im Zweifel die Prävention: „Wer zuerst kommt, mahlt zuerst" (beim Bannmüller). In vielen Fällen aber sucht das deutsche Recht vielmehr einen billigen Ausgleich herbeizuführen: durch Teilung des Genusses, Abwechslung im Genuß oder letzten Falles das Los („Das Loos stillt den Hader").

Die Ausübung der Privatrechte kann, soweit nicht bei gewissen höchstpersönlichen Rechten eine Ausnahme gilt, durch einen Vertreter erfolgen. Der Vertreter übt fremdes Recht in fremdem Namen aus. Er kann aber ein eigenes Recht auf die Ausübung haben. Die Vertreterschaft kraft eigenen Rechts hat im deutschen Recht vielfach eine besondere Ausbildung erfahren (z. B. als Lehnsträgerschaft). Der Umfang der Ausübungsbefugnis wird Dritten gegenüber durch die Vertretungsmacht bestimmt. Dem Vertretenen gegenüber ist der Vertreter zu getreuer Ausübung verpflichtet.

Verschieden von der Stellung des Vertreters ist die des Treuhänders. Der Treuhänder übt eigenes Recht in eigenem Namen aus. Auch er aber soll das Recht nicht (oder doch nicht voll) in eigenem, sondern in fremdem Interesse gebrauchen und ist somit zu getreuer Ausübung verpflichtet. Es ist möglich, daß diese Gebundenheit sich lediglich in der Treupflicht gegen den Interessenten äußert, während die äußere Rechtsmacht davon unberührt bleibt. So liegt die Sache bei den fiduziarischen Verhältnissen des römischen Rechts. Das germanische Recht aber hat die Gebundenheit des Treuhänders mit absoluter Wirkung ausgestattet, so daß die anvertraute Rechtsmacht selbst durch die ihrer Ausübung gezogenen Grenzen beschränkt wird. Daraus ergibt sich je nach der Struktur dieser Rechtsmacht ein gebundenes Eigentum oder ein eigenartiges begrenztes dingliches Recht oder ein beschränktes Forderungsrecht. Treuhänder spielten im deutschen Mittelalter vor allem als „Salmannen" im Liegenschaftsverkehr eine wichtige und mancherlei sehr ungleichartigen Zwecken angepaßte Rolle. Sie begegnen ferner in den Dispensatoren frommer Spenden, den Testamentsvollstreckern, den schuldrechtlichen „Zufängern" u. s. w. Nach der Rezeption verdunkelt, ist die deutschrechtliche Treuhänderschaft gleichwohl lebendig geblieben und gerade im neuesten Recht (zum Teil unter dem alten Namen) wieder zum Durchbruch gekommen.

Das deutsche Recht knüpft vielfach die Ausübung von Rechten an eine besondere

Legitimation (z. B. durch Bucheintrag, Vorlegung einer Urkunde, Sachbesitz). Dann kann der Berechtigte ohne Legitimation das Recht nicht ausüben, während andererseits eine wirksame Ausübung durch den legitimierten Nichtberechtigten möglich ist.

Endlich kann einem Recht zeitweilig überhaupt die Ausübungsbefugnis fehlen. Ein solches Recht ruht (z. B. elterliche Gewalt, Jagdrecht, Realrechte).

Literatur: A. Schultze, Die langobardische Treuhand und ihre Umbildung zur Testamentsvollstreckung, 1895; Treuhänder im geltenden Recht, 1901 (auch im Jahrb. f. D. XLIII). K. Beyerle, Grundeigentumsverhältnisse u. Bürgerrecht im mittelalterlichen Konstanz, Bd. I: Das Salmannenrecht, 1900.

§ 17. Schutz der Rechte. Die Privatrechte vollenden sich durch den ihnen gewährten staatlichen Schutz. Der Schutz erfolgt durch öffentlichrechtliche Handlungen, die auf Sicherung, Feststellung und Durchsetzung der Rechte gerichtet sind. Er besteht bei den Privatrechten vor allem in der Gerichtshilfe, für die regelmäßig der Weg des Zivilprozesses bestimmt ist. Der Anspruch auf Gerichtshilfe ist öffentlichrechtlicher Natur, tritt aber in den Dienst des Privatrechts und ergänzt dieses als bestimmungsmäßiges Zubehör erst zu einem vollkommenen Recht. Die wichtigsten Mittel, die Gerichtshilfe zu Gunsten eines Privatrechts in Bewegung zu setzen, sind für den Angriff die Klagen und für die Verteidigung die Einreden. Daher bilden, während die Klagehandlung und die Einredehandlung dem Prozeßrecht angehören, die Klagerechte und die Einrederechte einen wesentlichen Bestandteil des Aufbaues der Privatrechte.

Die Klage war im deutschen Recht, wie ihr Name sagt, Beschwerde über Rechtskränkung und Bitte um richterliche Abhilfe. Darum entsprang aus jedem Rechte, sofern nicht eine Ausnahme gemacht war, im Falle seiner Verletzung ein Klagerecht. Es gab kein besonderes System der Klagerechte, sondern nur ein System der Klagen, die teils nach der Art der Beschwerde (z. B. rechtsförmliche und schlichte Klagen), teils nach der Art des Begehrens (z. B. Klagen um liegendes Gut, um Fahrnis, um Erbschaft, um Schuld) unterschieden wurden. Mit der Rezeption wurde theoretisch das römische Aktionensystem aufgenommen, das auf der Anschauung beruhte, daß das Klagerecht als actio ein vom jus verschiedenes, besonderer Begründung bedürftiges und für dasselbe jus in mehrfacher Gestalt mögliches Recht sei. Doch wurde es in Deutschland nie recht lebendig, durch Schaffung beliebiger actiones utiles entkräftet und endlich wieder abgestoßen. Heute entspringt wieder jedem Privatrecht ein Klagerecht, wenn es ihm nicht (wie bei Verlöbnis, Spiel, Ehemäkelei) ausdrücklich entzogen ist. Darum haben auch die Namen der Klagen nur noch wissenschaftliche Bedeutung. Die römischen Unterscheidungen wirken jedoch insoweit nach, als ihnen bei uns durchgedrungene materiellrechtliche Verschiedenheiten zu Grunde liegen (so besonders die dem älteren deutschen Recht fremde Unterscheidung von actiones in rem und in personam).

Ähnlich verhält es sich mit der Einrede. Jedem Recht entspringt an sich eine Einrede; es gibt aber Rechte, die nur einredeweise geltend gemacht werden können, und Rechte, die zwar eine Klage, aber keine Einrede begründen. Das römische Exzeptionensystem hat seine formale Bedeutung verloren, während die in ihm zu Tage getretenen inneren Unterschiede der Rechte fortwirken.

Literatur: Laband, Die vermögensrechtlichen Klagen nach den sächs. Rechtsquellen des Mittelalters, 1869. Planck, Das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter, 1879, I 339 ff. Heusler, Inst. I 384 ff.

§ 18. Selbsthilfe. Ursprünglich ließ das germanische Recht dem freien Manne die Wahl, ob er im Falle einer Verletzung seines Rechts die Gerichtshilfe anrufen oder sich durch Selbsthilfe Recht verschaffen wollte. Das Wahlrecht zwischen Rechtsgang und Fehdegang, das sich am zähesten bei der Blutfehde erhielt, im späteren Mittelalter aber wieder in einem allgemeinen Fehderecht der Waffenmächtigen hervorbrach, wurde allmählich eingeengt und endlich durch den ewigen Landfrieden von 1495 grundsätzlich beseitigt. Nach der Rezeption erklärte man mehr und mehr die Selbsthilfe an sich für unerlaubt, nahm

die römischen Privatstrafen der Selbsthilfe auf und suchte die Fälle der ausnahmsweise zulässigen Selbsthilfe möglichst einzuschränken. Die römischen Privatstrafen wurden wieder abgestoßen. Neuerdings aber drang überhaupt die Anschauung durch, daß Selbsthilfe an sich erlaubt ist und nur regelmäßig eine an sich unerlaubte Handlung nicht erlaubt macht. Zugleich wurden die Fälle erweitert, in denen ausnahmsweise auch Selbsthilfe mit Anwendung von Gewalt erlaubt, somit ein gewaltsamer Eingriff in ein fremdes Persönlichkeits- oder Sachgut nicht rechtswidrig (wenn auch unter Umständen mit Schadensersatzpflicht verknüpft) ist. In diesem Sinne gestattet das B.G.B. nicht nur die Selbstverteidigung durch Gewalt gegen die Person im Falle der Notwehr und durch Zerstörung oder Beschädigung von Sachen im Falle des zivilrechtlichen Notstandes, sondern auch die Selbsthilfe durch Angriff (Festnahme der Person, Wegnahme einer Sache, gewaltsames Brechen von Widerstand, Sachbeschädigung) behufs Rechtsverwirklichung, wenn Gefahr im Verzuge und obrigkeitliche Hilfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist.

Ein erweitertes Recht der Selbsthilfe durch Angriff ist das Recht *eigenmächtiger Pfändung*. Die eigenmächtige Pfändung zur Befriedigung wegen eines urteilsmäßig feststehenden oder sonst besonders qualifizierten Anspruchs, die sich namentlich auf Grund einer vertragsmäßigen Pfändungsklausel („mit und ohne Recht") und wegen fälliger Grundzinse und Renten bis in die neuere Zeit erhielt, ist verschwunden. Dagegen wurde die eigenmächtige Pfändung zum Schutze des Grundbesitzes, die schon in den Volksrechten in der doppelten Gestalt der Viehpfändung (Schüttung) und der Personalpfändung begegnet und in den späteren Quellen (besonders den ländlichen Weistümern) eingehend geregelt ist, als gemeines Gewohnheitsrecht und in den meisten Partikularrechten festgehalten und vom B.G.B. als Institut des Landesrechts geschont (E.G. a. 89). Voraussetzung ist, daß ein (land-, forst- oder gartenwirtschaftliches) Grundstück von fremdem Vieh betreten oder von einem Unbefugten durch Betreten oder Nutzungsausübung geschädigt wird. Pfändungsberechtigt ist jeder Nutzungsberechtigte, ausübungsbefugt auch der Familienangehörige oder Angestellte. Die Pfändung muß auf frischer Tat und innerhalb des Grundstücks (oder doch der Feldflur) stattfinden. Sie erfolgt durch Besitzergreifung an Vieh oder an einer von der schädigenden Person benützten Sache (Werkzeug, Peitsche, Mütze u.s.w.), darf jedoch das erforderliche Maß nicht überschreiten. Der Pfändende muß sich unnötiger Gewalt enthalten, dem Gepfändeten aber ist Gegenwehr (insbesondere „Pfandkehrung" und „Gegenpfändung") verboten. Die vollzogene Pfändung ist dem etwa bekannten Eigentümer, sonst nach den meisten Gesetzen der Obrigkeit anzuzeigen. Das genommene Pfand ist gehörig aufzubewahren, nach manchen Rechten in öffentlichen Gewahrsam (Vieh in den Pfandstall) abzuliefern. Die Wirkung ist neben der Beweissicherung, die ursprünglich den Hauptzweck bildete und in einem formellen Beweisvorzuge Ausdruck fand, Begründung eines Pfandrechts an der gepfändeten Sache wegen der Forderung auf Schadensersatz, auf die einst daneben verwirkte, heute meist nur alternativ verlangbare Buße und auf Ersatz der Verwendungen.

Literatur: F. Dahn, Fehdegang u. Rechtsgang bei den Germanen, 1877. Wendt, Faustrecht. 1883. v. Tuhr, Nothstand im Civilrecht, 1888. E. Titze, Die Notstandsrechte im B.G.B., 1897. — Wilda, Pfändungsrecht, Z. f. D. R. I 167 ff. Nägeli, Das germanische Selbstpfändungsrecht mit besonderer Rücksicht auf die Schweiz, 1876. Samuelsohn, Wirkungen der Privatpfändung, 1878. Gierke, D.P.R. I § 39.

Zweites Buch.
Personenrecht.

Kapitel I. Die Einzelpersönlichkeit.

§ 19. Begriff und Inhalt. Der Begriff der Einzelpersönlichkeit deckt sich heute mit dem des Menschen. Dieser Begriff ist erst allmählich errungen. In der Urzeit war nur der Volksgenosse Person. Die fränkische Zeit versagte noch dem Unfreien die Persönlichkeit. Schon im deutschen Mittelalter aber drang die Anschauung durch, daß jeder Mensch rechtsnotwendig Person sei. Eine Ausnahme wird heute auch nicht auf Grund von fremdem Recht anerkannt.

Wesentlicher Inhalt der Persönlichkeit ist die Rechtsfähigkeit. Sie blieb im deutschen Mittelalter grundsätzlich ungleich und insbesondere für hörige und eigene Leute gemindert. Nach der Rezeption erfolgten hinsichtlich der Leibeigenen (zum Teil auf Grund der römischen Sklavenlehre) sogar Rückschritte. Seit der Aufhebung aller Hörigkeit ist jeder Mensch Vollperson. Die vertragsmäßige Aufgabe von Freiheitsrechten, wie sie das deutsche Recht in der Selbstergebung kannte, ist unwirksam. Doch bedeutet die Gleichheit der Personen im Recht nur Gleichwertigkeit, nicht Gleichförmigkeit.

Regelmäßiger Inhalt der Persönlichkeit ist die Handlungsfähigkeit (nach B.G.B. „Geschäftsfähigkeit" und „Verantwortlichkeit"). Auch sie ist unverzichtbar. Sie kann aber ganz oder teilweise fehlen. Dann sorgt das Privatrecht für Ergänzung („gesetzliche Vertretung").

§ 20. Erwerb und Verlust.

I. Erworben wird die Persönlichkeit mit der Vollendung der Geburt. Das vor oder in der Geburt verstorbene Kind ist nie Person geworden. Dagegen ist das nach deutschem Recht geltende Erfordernis der Lebensfähigkeit (Sachsenfp. I a. 33, a. 36 § 1) beseitigt. Vor der Geburt besteht keine Persönlichkeit. Doch wird der Leibesfrucht als möglichem künftigem Rechtssubjekt der Erwerb bestimmter Rechte, die ihr, wenn sie schon geboren wäre, zufielen, offen gehalten und erforderlichen Falles ein Pfleger bestellt. Im übrigen richten sich die Persönlichkeitsrechte nach dem Zeitpunkt der Geburt, nicht der Zeugung.

Der Beweis, daß ein Kind nach der Geburt gelebt hat, konnte nach älterem deutschen Recht nur auf bestimmte Weise (insbesondere durch Zeugen, die das Kind die vier Wände beschreien hörten) erbracht werden. Heute ist jedes Beweismittel zulässig. Auch der Zeitpunkt der Geburt ist eine beweisbedürftige Tatsache. Erleichtert wird der Beweis durch die öffentliche Beurkundung der Geburtsfälle (früher in den Kirchenbüchern, heute im staatlichen Standesregister).

II. Verloren wird die Persönlichkeit durch den Tod. Vor dem Tode endete sie im älteren deutschen Recht durch Friedlosigkeit, deren letzter Rest die zum Teil erst im 19. Jahrhundert abgeschaffte Strafe des bürgerlichen Todes war. Ferner durch Eintritt in einen Mönchs- oder Nonnenorden, der nach gemeinem Recht ihren Übergang auf das Kloster, dagegen nach dem Sachsenspiegel (I a. 25) und dem Preuß. L.R. (II 11 §§ 1199 ff.) ihren Untergang für das bürgerliche Recht und daher Eröffnung der Erbfolge („Klostertod") bewirkte. Das B.G.B. hat die Rechtsunfähigkeit der Mönche und Nonnen beseitigt, läßt aber landesgesetzliche Beschränkungen ihres Erwerbes aus Schenkungen und von Todes wegen zu (E.G. a. 87).

Der Tod bedarf des Beweises. Erleichtert wird der Beweis des Todes durch die öffentliche Beurkundung der Sterbefälle (einst in den Kirchenbüchern, jetzt in den Standesregistern).

Der Beweis wird ersetzt durch die aus deutschrechtlicher Wurzel entwickelte gerichtliche Todeserklärung eines Verschollenen. Im älteren deutschen Recht wurden die nächsten Erben des Verschollenen in die Gewere an seinem Vermögen gegen Sicherheitsleistung eingewiesen; kehrte der Verschollene nicht zurück, und galt sein Tod als sicher, so wurde der vorläufige Erbschaftserwerb endgültig und rückwärts wirksam. Diese vorläufige Einweisung der Erben erhielt sich nach der Rezeption, wurde aber im sächsischen Recht zur „Vormundschaft über Abwesende" umgebildet. Hiermit verband man die formelle Vermutung des Eintritts des Todes nach Ablauf längerer Frist. Zunächst hielt man trotzdem an der successio ex tunc fest, mehr und mehr aber trat die successio ex nunc an die Stelle. Als Zeitpunkt des vermutlichen Todes galt gemeinrechtlich die Erreichung eines sehr hohen Alters, das zuerst auf 100 Jahre bestimmt, dann von Sachsen her auf 70 Jahre ermäßigt wurde. Daneben verbreitete sich von Schlesien aus das sog. Schlesische System, nach dem eine längere Zeitdauer der Verschollenheit (30 Jahre, später kürzere, meist zehnjährige Frist) entscheidet. Seit dem 18. Jahrhundert wurde ein gerichtliches Todeserklärungsverfahren mit Ediktalzitation des Verschollenen üblich und bald gesetzlich vorgeschrieben. In neuerer Zeit wurden kürzere Fristen und zum Teil auch ein vereinfachtes Verfahren für die Fälle hoher Wahrscheinlichkeit des Todes eingeführt, nach den großen Kriegen auch Spezialgesetze erlassen. Das B.G.B. hat das sehr bunte bisherige Recht durch einheitliches Recht ersetzt. Im wesentlichen hat das Schlesische System gesiegt, indem die Todesvermutung eintritt, sobald die Verschollenheit (nachrichtenlose Abwesenheit) 10 Jahre gedauert hat. Doch kommt das Lebensalter bei mehr als Siebzigjährigen, bei denen eine fünfjährige Verschollenheit genügt, und bei Minderjährigen, bei denen die Frist erst nach Eintritt der Volljährigkeit läuft, in Betracht. Kürzere Fristen gelten bei Kriegs-, See- und sonstiger Gefahrverschollenheit. Die Todesvermutung bedarf der Feststellung durch gerichtliche Todeserklärung, die durch Ausschlußurteil nach vergeblichem Aufgebotsverfahren erlassen wird. Die Todeserklärung hat nur deklaratorische Kraft; sie hat daher, wenn nicht eine andere Todeszeit ermittelt ist, als Todeszeit den Zeitpunkt des Ablaufes der Verschollenheitsfrist oder des die wahrscheinliche Todesursache bildenden Ereignisses festzustellen. Demgemäß werden alle Verhältnisse geordnet, als sei der Verschollene zu jener Zeit verstorben. Die Vermutung kann aber widerlegt werden. Dann fällt die Wirkung der Todeserklärung weg. Wird eine andere Todeszeit bewiesen, so entscheidet sich danach die Erbfolge u. s. w. Kehrt der Verschollene zurück, so tritt er in alle seine Rechtsverhältnisse (Vermögen, Ehe, elterliche Gewalt) wieder ein. Indessen werden gewisse Wirkungen (z. B. Beendigung der Vormundschaft) nicht wieder umgestoßen. Durch Eingehung einer neuen Ehe seitens des Zurückgebliebenen wird nach dem B.G.B. (abweichend vom kanonischen Recht) die alte Ehe aufgelöst; doch ist die neue Ehe nichtig, wenn beide Teile in bösem Glauben waren, und kann von jedem gutgläubigen Ehegatten angefochten werden.

Bis zum Eintritt der Voraussetzungen der Todesvermutung gilt (im Einklang mit dem älteren Recht, aber im Gegensatz zur neueren gemeinrechtlichen Praxis) eine Lebensvermutung für Verschollene (B.G.B. § 19).

Literatur: Pfeiffer, Prakt. Ausf. II 236 ff., IV 351 ff. Bruns, Die Verschollenheit, Jahrb. des gem. R. I 90 ff. Riesenfeld, Verschollenheit und Todeserklärung, 1891. Gierke I § 41—42.

§ 21. Einfluß natürlicher Zustände.

I. Geschlechtsunterschied. Im älteren deutschen Recht bewirkte wegen der Verflechtung des Privatrechts mit dem öffentlichen Recht, da die Frauen heeres- und gerichtsunfähig waren, der Geschlechtsunterschied einen Unterschied auch in der Privatrechtsstellung. In neuerer Zeit drang mit der Trennung von Privatrecht und öffentlichem Recht die grundsätzliche Gleichstellung der Geschlechter im Privatrecht durch. Nur im Familienrecht stehen auch heute Mann und Frau, Vater und Mutter einander nicht gleich. Die ehemalige Zurücksetzung der Frauen im Erbrecht, die schon im mittelalterlichen gemeinen Erbrecht (besonders in den Städten) verschwand, hat sich bei der Sondererbfolge in gebundene Güter erhalten. Die Unfähigkeit der Frauen zur Vormundschaft über andere

Personen außer den eigenen Kindern und Enkeln ist durch das B.G.B. beseitigt; die Frauen sind aber von den Vormundschaftspflicht befreit geblieben. Jede Beschränkung der Handlungsfähigkeit ist für unverheiratete Frauen schon mit dem Absterben der Geschlechtsvormundschaft, für verheiratete Frauen mit der Aufhebung der ehemännlichen Vormundschaft durch das B.G.B. weggefallen.

II. Altersunterschied. Das alte deutsche Recht kannte nur eine einzige Stufe der Altersreife: die Mündigkeit. Sie trat ursprünglich wohl mit der Geschlechtsreife, nach den Volksrechten mit festen (aber wohl nur frühesten) Terminen ein, unter denen der verbreitetste der von 12 Jahren war. Später wurden sie bei einigen Stämmen hinausgeschoben, oft auf 18 Jahre. Anderswo wurden nun zwei Termine unterschieden; nach Sachsenrecht kommt man mit 12 Jahren „zu seinen Jahren", aber erst mit 21 Jahren „zu seinen Tagen"; bis zum ersten Termin muß, bis zum zweiten kann man einen Vormund haben; bleibt man unter Vormundschaft, so ist die Rechtsstellung dieselbe; regelmäßig wurde die Vormundschaft und somit auch die Unmündigkeit bis zu 21 Jahren verlängert. Mit dem fremden Recht wurde die Stufe des Kindesalters bis zu 7 Jahren aufgenommen (unbekannt im französischen Recht). Dagegen drang die Unterscheidung zwischen impuberes und minores zwar in das gemeine Recht ein, verlor aber durch die einheitliche Gestaltung der Vormundschaft an Bedeutung und wurde in den Partikularrechten völlig entwertet, bis das B.G.B. sie überhaupt aufgegeben hat. Der Termin der Volljährigkeit wurde im gemeinen Recht der von 25 Jahren, blieb dagegen im Sachsenrecht und sonst der von 21 Jahren, während das preußische und (seit 1753) österreichische Recht 24 Jahre an die Stelle setzten und daneben viele andere Termine galten. Seit dem R.G. vom 17. Februar 1875 wird der Deutsche mit 21 Jahren volljährig (ebenso das französische und englische Recht; das schweizerische Recht hat 20, das holländische 23, das österreichische 24 Jahre). Die besonderen hausrechtlichen Mündigkeitstermine des hohen Adels sind nur für die landesherrlichen Familien in Kraft geblieben (regelmäßig 18 Jahre). Jahrgebung vor der Zeit war schon im Mittelalter bekannt; später wurde die römische venia aetatis zu einer (mit 18 Jahren zulässigen) gerichtlichen Großjährigkeitserklärung mit voller Wirkung umgebildet und ist als solche im B.G.B. geregelt.

Die Wirkung der Altersunreife war nach deutschem Recht Unfähigkeit, die Munt über andere und über sich selbst („Selbmündigkeit") zu haben, somit auch Unfähigkeit zu solchen Handlungen, die Selbstvertretung fordern (besonders vor Gericht). Im übrigen war der Unmündige handlungsfähig, aber bei erreichter Mündigkeit an seine Handlungen nicht gebunden. Besondere privilegia minorum gab es nicht. Später wurde das römische Recht aufgenommen, neuerdings aber stark umgewandelt, besonders durch das gemeinpreußische Gesetz vom 12. Juli 1875, das dem B.G.B. zu Grunde liegt. Danach sind Kinder geschäftsunfähig, Minderjährige über 7 Jahre beschränkt geschäftsfähig. Die privilegia minorum sind beseitigt.

Besondere Termine gelten für die Verantwortlichkeit aus unerlaubten Handlungen (keine bis zu 7, bedingte bis zu 18, unbedingte nach 18 Jahren), sowie für die Fähigkeit zu einzelnen Handlungen (z. B. Testamentserrichtung, Konfessionswahl).

Gewisse Rechtsfolgen knüpfte das deutsche Recht auch an ein hohes Alter. Meist gilt schon, wer über 60 Jahre ist, als „über seine Tage" gekommen. Er kann sich unter Vormundschaft begeben, ohne damit seine Buße und sein Wergeld zu kränken (Sachsenſp. I a. 42 § 1). Heute ist nicht das Greisenalter an sich, sondern nur die etwaige Altersschwäche Bevormundungsgrund. Nach dem B.G.B. tritt mit 60 Jahren Befreiung von der Vormundschaftspflicht ein.

III. Körperliche Gesundheit. Im älteren deutschen Recht war leibliche Rüstigkeit teils wegen des Zusammenhanges mit der Waffenfähigkeit, teils wegen der sinnlichen Auffassung der Verfügungsmacht für die Privatrechtsstellung bedeutungsvoll. Völlige Krüppel waren nach Landrecht, Blinde, Taubstumme und Verstümmelte nach Lehnrecht erbunfähig (Sachsenſp. I a. 4). Die Verfügung über Rechte setzte leibliche Rüstigkeit voraus, die durch besondere, nach Stand und Geschlecht ungleiche Kraftproben

dargetan werden mußte. Insbesondere konnte durch Vergabung vom Siechbett aus auch fahrende Habe den Erben nicht entfremdet werden. Allmählich aber drang, besonders unter dem Einfluß der Kirche, die Ansicht durch, daß zur Verfügung der Besitz der Geisteskräfte genüge (kl. Kaiserr. II c. 36). Heute sind körperliche Gebrechen nur tatsächliche Hindernisse für gewisse Handlungen, für die daher bei Blinden, Tauben, Stummen u. s. w. besondere Formen zu wahren sind. Solchen Personen kann (jedoch, solange eine Verständigung möglich ist, nur mit ihrer Einwilligung) ein Pfleger bestellt werden, sie erleiden aber dadurch keine Einbuße an Geschäftsfähigkeit.

IV. Geistige Gesundheit. „Rechte Toren" und Verschwender wurden schon im Mittelalter entmündigt. Heute sind Geistesgestörte und wegen Geisteskrankheit Entmündigte geschäftsunfähig, die wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht Entmündigten in der Geschäftsfähigkeit beschränkt.

§ 22. Einfluß der Standesunterschiede. Im älteren deutschen Recht war die ständische Gliederung von größter Bedeutung für das Privatrecht. Jeder Stand brachte sein Sonderrecht hervor. Die Geburtsstände schlossen sich gegeneinander durch die Ausbildung des Prinzips der Ebenbürtigkeit ab, demzufolge der Angehörige des niederen Standes für den des höheren Standes „Ungenosse" war; der Unebenbürtige entbehrte gegenüber dem „Übergenossen" der vollen Gerichtsfähigkeit, des Erbrechts, der Fähigkeit, Vormund zu sein; nur die ebenbürtige Ehe erzeugte die volle eheliche Genossenschaft, kraft deren die Frau in das Recht des Mannes und die Kinder in das Recht des Vaters eintreten; bei ungleichen Ehen „folgen die Kinder der ärgeren Hand". In der Entscheidung der Frage, welche Stände einander ebenbürtig sind, spiegelt sich die Geschichte der Ständebildung wieder. Während ursprünglich alle Freien einander ebenbürtig und alle Unfreien den Freien unebenbürtig waren, begann seit dem 13. Jahrh. der Herrenstand sich gegen alle anderen Stände, die Ritterschaft gegen die Bauern abzuschließen, ein Teil der Unfreien sich über die Gemeinfreien zu erheben. Neben dem Geburtsstande bestimmte der Berufsstand das Recht. Allein die Berufsstände neigten dazu, im Laufe der Zeit in Geburtsstände überzugehen. Nach der Rezeption bestanden die alten Stände fort. Von den überkommenen Geburtsständen jedoch wahrte nur der Herrenstand als „hoher Adel", indem er sich der Herrschaft des gemeinen Rechts entzog, seine alte Bedeutung. Die übrigen Geburtsstände (niederer Adel, Bürgerstand, Bauernstand) wurden grundsätzlich dem gemeinen Recht unterworfen und behielten nur in einzelnen Punkten ein Sonderrecht bei. Auch dieses aber, das am Ende des 18. Jahrh. immerhin noch erheblich genug war, um die Aufnahme eines Ständerechts in das Preußische Landrecht zu ermöglichen, schrumpfte mehr und mehr zusammen, seitdem die Berufswahl und der Erwerb jeder Art von Grundbesitz vom Geburtsstande unabhängig gemacht und das Prinzip der staatsbürgerlichen Gleichheit durchgeführt wurde. Neuere Verfassungsurkunden hoben ausdrücklich die „Standesvorrechte" auf (Preuß. a. 4). Das B.G.B. erwähnt den Geburtsstand überhaupt nicht. Dagegen hat der Berufsstand vielfach privatrechtliche Bedeutung gewahrt oder neu gewonnen.

§ 23. Der hohe Adel. Der hohe Adel ist noch heute ein geschlossener Geburtsstand, den die Familien der deutschen Landesherren, denen die erst nach 1815 der Landeshoheit verlustig gegangenen Familien gleichgestellt sind, und die Familien der deutschen Standesherren bilden. Der Kreis der standesherrlichen Familien umfaßt diejenigen Familien, deren Häupter zur Zeit der Auflösung des alten Reichs Reichsstandschaft besaßen, und ist durch Bundesbeschlüsse und Landesgesetze festgestellt. Eine Erweiterung kann nicht stattfinden. Die Mitgliedschaft in einer dieser Familien wird durch Geburt in ebenbürtiger Ehe (nicht durch Legitimation oder Annahme an Kindesstatt) erlangt.

Für den hohen Adel gilt ein besonderes Privatrecht, das „Privatfürstenrecht", dessen Quelle in erster Linie für jede Familie ihr Hausgesetz (oben § 8) und ihre Hausobservanz (oben § 9), subsidiär aber das als „gemeines Privatfürstenrecht" bezeichnete Standesgewohnheitsrecht ist. Das Privatfürstenrecht, in dem ehemals wegen

der Auffassung der Landeshoheit als Familienbesitztum Privatrecht und öffentliches Recht zusammenfloß, hat auch bei den landesherrlichen Familien seine öffentlichrechtlichen Bestandteile an das Staatsrecht abgegeben, für dieses jedoch eine hohe mittelbare Bedeutung behalten. Bei den standesherrlichen Familien erstreckt es sich nur auf Familien- und Güterverhältnisse und unterliegt der Einengung oder Beseitigung durch Landesgesetz. Doch hat sich bisher das Landesrecht tieferer Eingriffe enthalten, so daß die wichtigsten besonderen Privatrechtsinstitute gleichmäßig für den ganzen hohen Adel fortgelten.

Die Familien des hohen Adels sind als *Häuser* Genossenschaften mit eigener Persönlichkeit. Die Verfassung jedes Hauses wird durch sein Hausrecht bestimmt. Doch weisen seine Hausverfassungen gleichartige Grundzüge auf. Geborenes Haupt und als solches oberstes Organ der Familieneinheit ist der jeweilige „regierende Herr". Geborene Vollgenossen und als solche zur Mitwirkung bei der Verfügung über Güter und Rechte des Hauses berufen sind die „Agnaten" (die Schwertmagen, d. h. die Männer des Mannsstammes). Hausangehörige mit bestimmten Rechten und Pflichten sind auch die Töchter, Gemahlinnen und Witwen. Sonstige „Kognaten" (Nachkommen von Töchtern) können anwartschaftliche Rechte haben. Dem Hause als solchem gebührt die schon besprochene Satzungsgewalt, eine besonders bei den regierenden Häusern ausgebildete Familiengewalt und das Eigentum am Hausgut, an dem aber Sonderrechte des Hauptes und der Glieder bestehen (vgl. unten § 71).

Im hohen Adel hat sich das Prinzip der *Ebenbürtigkeit* erhalten, das sich im Privatrecht in dem Erfordernisse der Ebenbürtigkeit für eine vollwirksame Ehe äußert (zeitweise stark erschüttert, aber gewohnheitsrechtlich wieder befestigt, durch die Wahlkapitulation v. 1742 a. 22 § 4 sanktioniert und heute unbestritten). Demgemäß hat eine Ehe zwischen einem Mitgliede des hohen Adels und einem unebenbürtigen Gatten als „Mißheirat" (ungleiche Ehe, disparagium) trotz bürgerlicher und kirchlicher Gültigkeit nicht die vollen Ehewirkungen. Ist die Frau unebenbürtig, so tritt sie nicht in den Stand des Mannes ein, teilt nicht seinen Namen und sein Wappen und erlangt nicht die hausrechtlichen Ansprüche der Gemahlinnen und Witwen; die Kinder folgen ihrem Stande, werden nicht Mitglieder der väterlichen Familie und sind daher von der Teilnahme am Hausrecht und der Nachfolge in Hausgut ausgeschlossen. Ist der Mann unebenbürtig, so behält die Frau ihren Stand und Namen; die Kinder folgen auch hier der ärgeren Hand und gehören dem Hause der Mutter auch nicht als Kognaten an. — Ebenbürtig sind einander alle Mitglieder des deutschen hohen Adels (Deutsch. B.A. a. 14), denen Mitglieder auswärtiger souveräner (auch entthronter) Häuser gleichstehen. Das Hausrecht kann aber (ein für allemal oder für den Einzelfall) die Ebenbürtigkeit erweitern. Eine nach Hausrecht standesgemäße Ehe ist vollwirksam und verschafft den Kindern hohen Adel, den auch ein bei sich strengere Grundsätze befolgendes Haus nicht anzweifeln kann. Während die kurfürstlichen und altfürstlichen Häuser sämtlich an der Beschränkung der Ebenbürtigkeit auf den hohen Adel festgehalten haben, fordern die neufürstlichen und reichsgräflichen Häuser vielfach nur niederen, meist aber alten, bisweilen freiherrlichen oder gräflichen Adel. Sehr bestritten aber ist, was subsidiär nach gemeinem Privatfürstenrecht gilt. Man wird annehmen müssen, daß die gegenüber dem Sachsenspiegel (I a. 16 § 2) schon im Schwabenspiegel (c. 57) ausgesprochene Anschauung durchgedrungen ist, nach der im Zweifel nur hoher Adel ebenbürtig macht. Das Reichsgericht aber verneint ein gemeines Gewohnheitsrecht dieses Inhalts (XXXII Nr. 38) und erklärt nur bürgerliche Personen für zweifellos unebenbürtig (II Nr. 89).

Eine Ehe, bei der vertragsmäßig die vollen Ehewirkungen ausgeschlossen sind, heißt *Ehe zur linken Hand* (morganatische Ehe, matrimonium ad legem Salicam). Sie ist heute nur zwischen einer Person von hohem Adel und einer ihr unebenbürtigen Person möglich. Auch kann der Vertrag nur die schon kraft Rechtssatzes eintretenden Minderwirkungen feststellen und die zum Ersatz gewährten Rechte von Frau und Kindern (Namen, Vermögensansprüche u. s. w.) regeln.

Literatur: A. W. Heffter, Die Sonderrechte der souveränen und vormals reichsständischen Häuser Teutschlands, 1871. H. v. Schulze-Gävernitz in dieser Encykl., 5. Aufl. S. 1349 ff. —

Ausgabe der Hausgesetze der regierenden Fürstenhäuser von demselben, 3 Bde. 1862/82. — O. Gierke, Die juristische Persönlichkeit des hochadligen Hauses, Zeitschr. f. d. Priv. u. öff. R. der Gegenw. V 557 ff. — Pütter, Ueber Mißheirathen teutscher Fürsten und Grafen, 1796. Zöpfl, Über Mißheirathen in den regierenden deutschen Fürstenhäusern 1853. Bornhak, Arch. f. öff. R., V 385 ff. Laband, Die Thronfolge im Fürstentum Lippe, 1891. Kahl, Ebenbürtigkeit und Thronfolgerecht der Grafen zur Lippe-Biesterfeld, 1896. E. Loening, Über Heilung notorischer Mißheiraten, 1899. F. Hauptmann, Das Ebenbürtigkeitsprinzip in den Familien des deutschen Hochadels, Arch. f. öff. R. XVII 529 ff.

§ 24. Die übrigen Geburtsstände.

I. Niederer Adel. Der niedere Adel, der aus der Verschmelzung freier und unfreier Elemente zur Ritterschaft hervorgegangen ist, umfaßt alle in einem deutschen Staate als adlig anerkannten Personen, die nicht zum hohen Adel gehören. Ein äußeres Kennzeichen bilden die Adelsprädikate und adligen Wappen. Neben den höheren Adelstiteln ist auch das einfache „von", obschon es einerseits dem adligen Namen fehlen kann und andererseits bei bürgerlichen Namen vorkommt, heute bei adligen Personen, die es führen, ein Adelszeichen.

Erwerb und Verlust des Adels richten sich nach Landesrecht. Der Adel wird erworben durch eheliche Abstammung von einem adligen Vater, der hier die Legitimation durch nachfolgende Ehe gleichsteht, durch Verheiratung einer Frau mit einem adligen Manne und durch landesherrliche Verleihung, die nach preußischem Recht auch die schon geborenen Kinder ergreift. Das Ebenbürtigkeitsprinzip ist schon seit Jahrhunderten dem niederen Adel verloren gegangen („Ritters Weib hat Ritters Recht"). Das uneheliche Kind der adligen Mutter ist nicht adlig. Annahme an Kindesstatt begründet den Adel nicht. Verloren wird der Adel durch Verheiratung einer Adligen mit einem Nichtadligen und durch (meist formbedürftigen) Verzicht. Bloßer Nichtgebrauch ist kein Verzicht; doch ist zur Wiederaufnahme landesherrliche Anerkennung (bei Verdunkelung Erneuerung) erforderlich. Annahme an Kindesstatt durch einen Nichtadligen hebt den Adel nicht auf. Die früheren Verlustgründe der Aberkennung durch Strafurteil und der Verwirkung durch Betrieb eines bürgerlichen Gewerbes sind weggefallen. — Neben dem Erbadel gibt es partikularrechtlich einen persönlichen Adel, der auf die Kinder nicht übergeht (die Frau teilt ihn in Bayern, dagegen in Württemberg nicht).

Qualifizierter Adel ist einerseits der auf Unvordenklichkeit beruhende „Uradel" gegenüber dem auf nachweisbare Verleihung zurückgehenden „Briefadel", andererseits der seit mehreren Geschlechtern bei väterlichen und mütterlichen Vorfahren vorhandene „alte Adel" („Ahnenadel") gegenüber dem „neuen Adel". Der alte Adel, dessen Beweis durch die „Ahnenprobe" erfolgt, wird nach der Zahl der adligen Stammeltern oberster Reihe (2, 4, 8, 16 u. s. w.) berechnet; im Zweifel genügen 4 Ahnen. Die Mitverleihung „gemalter" Ahnen kann in Rechte Dritter nicht eingreifen.

Der niedere Adel ist heute im wesentlichen nur noch ein staatlich anerkannter sozialer Vorzug, dessen juristischer Ausdruck das Recht auf die Führung von Adelszeichen und adligen Wappen ist. Wer nach dem B.G.B. einen adligen Familiennamen erwirbt, ohne nach Landesrecht den Adel zu erlangen, darf das Adelsprädikat nicht gebrauchen. Stücke eines besonderen Privatrechts hat nur im Umfange der ihm verbliebenen Autonomie der ehemalige niedere Reichsadel (Reichsritterschaft) und ihm gleichgestellter landsässiger Adel bewahrt. Die sonst dem Adel noch gewährten rechtlichen Vorzüge greifen nur selten (wie der bayrische Rechtssatz, daß Familienfideikommisse nur zu Gunsten adliger Familien errichtet werden können) in das Privatrecht ein. Die privatrechtliche Bedeutung des Adels besteht heute vor allem darin, daß durch Satzung oder Rechtsgeschäft Adel oder besonders qualifizierter Adel zur Bedingung eines Rechtserwerbes gemacht werden kann und oft gemacht ist.

II. Bürgerstand. Der Bürgerstand, der ursprünglich die Stadtbürger umfaßte und dem Landrecht gegenüber ein besonderes Stadtrecht ausbildete, sprengte zuerst die Standesschranken und wurde Träger des gemeinen Rechts. Das Vorrecht der „bürgerlichen Nahrung" verlor er. So wurde er ein negativer Begriff; er begreift schon nach dem Preuß. L.R. alle Personen in sich, die weder zum Adel noch zum Bauernstande

gehören. Das Preuß. L.R. und andere Partikularrechte teilten ihn in den höheren und niederen Bürgerstand und knüpften an diese Unterscheidung einzelne Rechtsfolgen.

III. Bauernstand. Der Bauernstand, zu dem alle Bewohner des platten Landes, die den Landbau mit eigner Hand als Nahrungszweig treiben, gerechnet werden, war der einzige Stand, in dem sich in der neueren Zeit der Unterschied freier und unfreier Geburt erhielt. Die mehrfach abgestuften angeborenen Abhängigkeitsverhältnisse (Vogteipflichtigkeit, Hörigkeit, Leibeigenschaft) mit den durch sie begründeten Rechtsbeschränkungen (Gebundenheit an die Scholle, Heiratsbeschränkungen, Gesindezwang, Leibzins und Abgaben vom Nachlaß) wurden seit dem Ende des 18. Jahrhunderts (völlig in Preußen 1807, in Mecklenburg 1820, in Hannover erst 1833) beseitigt. Seitdem wurde der Bauernstand ein freier Berufsstand. Auch die für den ganzen Bauernstand vielfach geltenden partikularrechtlichen Sondervorschriften (z. B. Wechselunfähigkeit, Bindung gewisser Verträge an gerichtliche Form) sind allmählich verschwunden. Das im Bauernstande ausgebildete Sonderrecht der Bauergüter ist, soweit es fortbesteht, kein Standesrecht mehr.

§ 25. **Die Berufsstände.** Für die öffentlichen Berufsstände, die Beamten, Militärpersonen und Geistlichen, gelten teils nach Reichsrecht, teils nach Landesrecht einzelne privatrechtliche Besonderheiten, die mit ihrem vorzugsweise öffentlichen Sonderrecht zusammenhängen. Die gewerblichen Berufsstände dagegen sind zugleich Träger umfassender privatrechtlicher Sonderrechte; so ist für das Handelsrecht die Eigenschaft als Kaufmann, für das Gewerberecht die Eigenschaft als Gewerbtreibender von grundlegender Bedeutung, während weitere Rechtsunterschiede sich an die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gattung von Gewerbtreibenden und an die Stellung als Gehilfe (Handlungsgehilfe, Handwerksgeselle, Fabrikarbeiter u. s. w.) oder Lehrling knüpfen.

§ 26. **Einfluß der Ehre.** Die Beziehungen der Ehre zum Recht prägten sich bei den Germanen von alters her in den beiden Grundgedanken aus, daß einerseits aus der Persönlichkeit Ehre fließt, andererseits unversehrte Ehre Bedingung der vollen Persönlichkeit ist. Auf dem ersten Gedanken beruht neben dem Satze, daß die „Echtlosigkeit" des Friedlosen mit der Rechtsfähigkeit zugleich alle Ehre zerstört, das mittelalterliche Institut der „Rechtlosigkeit", kraft dessen eine Minderwertung der rechtlichen Persönlichkeit auch geminderte Ehre bedeutet und insbesondere den Mangel der vollen Gerichtsfähigkeit, des Wergelds und der echten Buße bewirkt. Die Rechtlosigkeit war Folge der Verurteilung zu einer schimpflichen (durch Gestattung eines leiblichen Eingriffes die Mannheiligkeit entziehenden) Strafe, trat aber auch wegen Berufsmakels für die ein „unehrliches" Gewerbe betreibenden Personen (Mietskämpfer, fahrendes Volk, später den Henker) und deren Kinder und wegen Geburtsmakels für die unehelich Gebornen ein. Aus dem zweiten Gedanken ergibt sich, daß „Ehrlosigkeit" mit dem sittlichen Wert der Person zugleich ihre rechtliche Geltung mindert. Die Aberkennung der Ehre kraft Urteils, die mit der Rechtlosigkeit kraft Urteils verbunden ist, aber auch als besondere Strafe wegen jeder einen Treubruch enthaltenden Handlung („wente alle ere van truwe kompt") verhängt wird, bewirkt Unfähigkeit zu allen das Vertrauen der Genossen fordernden Rechten (Reinigungseid, Ämter, Mitgliedschaft in den Verbänden ehrenhafter Männer). Auch die bloße Bescholtenheit (Verlust des guten Rufes) wird, da nur der Unbescholtene „vollkommen an seinem Recht" ist, im Einzelfalle erheblich. Endlich entspricht jedem Stande und jeder Genossenschaft eine Sonderehre, von deren Unversehrtheit die rechtliche Geltung in diesem besonderen Kreise abhängt (Ritter-, Lehns-, Bürger-, Kaufmanns-, Handwerksehre u. s. w.).

Nach der Rezeption wurde das römische Ehrenrecht als gemeines Recht ausgegeben, drang aber nicht durch, sondern bewirkte nur eine Umbildung der deutschrechtlichen Institute. Die Echtlosigkeit ging im bürgerlichen Tod auf und verschwand mit ihm (oben § 20 II). Aus der Verschmelzung der Rechtlosigkeit kraft Urteils mit der Aberkennung der Ehre entwickelte sich der Verlust der bürgerlichen Ehre, der nach längeren Schwankungen wieder an ein Strafurteil gebunden wurde, jedoch bald an die entehrende Straf-

art, bald an die Ehrlosigkeit der Straftat geknüpft blieb. In den neueren Strafgesetzbüchern wurde einerseits die bloße Ehrschmälerung durch Verlust einzelner Ehrenrechte, andererseits die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte auf Zeit eingefügt. Die Rechtlosigkeit kraft Berufs- oder Geburtsmakels behielt man als „Anrüchigkeit" bei. Die Zahl der unehrlichen Gewerbe, gegen die namentlich die Zünfte sich abschlossen, wurde so vermehrt, daß die Reichsgesetzgebung einschritt (R.P.O. v. 1577, R.Schl. v. 1731) und endlich die Anrüchigkeit auf Schinder und solche Nachkommen, die am Gewerbe bereits teilgenommen hatten, einschränkte (Kais. Pat. v. 1772). Im 19. Jahrh. (in Preußen seit 1814) wurden auch sie von dem Makel befreit. Die Ehrminderung unehelicher Kinder wurde zuerst in den Partikularrechten (Preuß. L.R. II, 2 § 661, sächs. G. v. 23. März 1831) und endlich auch im gemeinen Recht beseitigt. Die Bescholtenheit wurde zur „Verächtlichkeit" ausgebildet. Mit der Sonderehre, die im Volksleben lebendig blieb, beschäftigte sich die Gesetzgebung zunächst nur durch Bekämpfung von Mißbräuchen, bis in neuerer Zeit die Handhabung des besonderen Ehrenrechts der einzelnen Berufsstände öffentlichrechtlich geregelt wurde.

Auch im heutigen Recht ist die Ehre Ausfluß der Persönlichkeit und Minderung der Ehre für die persönliche Rechtsstellung nachteilig. Doch ist die Bedeutung für das Privatrecht sehr abgeschwächt. 1. Die allgemeine Menschenehre ist unverlierbar. 2. Die bürgerliche Ehre wird ganz oder teilweise, dauernd oder auf Zeit durch strafbare Handlung verwirkt und durch Strafurteil aberkannt; die Folgen aber äußern sich vorzugsweise in der Minderung der staatsbürgerlichen Rechte und greifen nur in einzelne Privatrechtsverhältnisse (Sollennitätszeugnis, Vormundschaft, Genossenschaftsrecht, Börsenrecht, Gewerberecht) ein. 3. Die Sonderehre von Ständen und Verbänden kann nicht mehr als höhere oder geringere Ehre gewertet werden, begründet aber als eigentümlich gefärbte besondere Gemeinehre (z. B. Beamten-, Soldaten-, Kaufmanns-, Handwerks-, Studentenehre) die Verpflichtung zu einem ihr entsprechenden Verhalten, so daß ihr Verlust oder ihre Minderung den Verlust oder die Minderung der Mitgliedschaftsstellung (sei es kraft öffentlichrechtlich geregelter disziplinar- oder ehrengerichtlicher Entscheidung, sei es kraft satzungsmäßigen Vereinsspruches) nach sich ziehen kann. 4. Die Individualehre endlich ist das Erzeugnis der individuellen Lebensführung; ihre Abmessung fällt im allgemeinen in den Bereich der Sitte, nicht des Rechtes. Doch wirkt ihre Herabminderung durch ehrloses oder unsittliches Verhalten dann, wenn sie die Person verächtlich oder beschollen macht, auch auf das Privatrecht (z. B. im Familien- und Erbrecht, im Genossenschafts-, Gesellschafts- und Dienstrecht, im Gewerberecht) ein; die Verächtlichkeit wird aber nicht allgemein, sondern von Fall zu Fall festgestellt. Andererseits gehören die auf Konstatierung einer erhöhten individuellen Ehre gerichteten staatlichen und korporativen Ehrenauszeichnungen (Orden, Titel, Ehrenbürgerrechte, Ehrendiplome, Ausstellungsmedaillen u. s. w.) dem Rechtsgebiet an.

Literatur: Budde, Über Rechtlosigkeit, Ehrlosigkeit und Echtlosigkeit, 1842. Hillebrand, Über die gänzliche und theilweise Entziehung der bürgerlichen Ehre u. s. w., 1841. Köstlin, Z. f. D. R. XV 151 ff. Binding, Die Ehre, 1890. Gierke, D.P.R. I § 52—53.

§ 27. Einfluß der Religion. Während im Mittelalter die bürgerliche Rechtsfähigkeit und die Mitgliedschaft in der einen Kirche einander bedingten, wurde nach der Reformation zunächst für die Angehörigen der anerkannten christlichen Kirchen in den Religionsfrieden und seit dem Ende des 18. Jahrh. auch für die Anhänger anderer Religionsbekenntnisse in den Partikularrechten die Gleichstellung im Privatrecht ausgesprochen, sodann aber (für die drei anerkannten christlichen Religionsparteien in der Deutsch. B.A. a. 16, allgemein in neueren Verfassungsurkunden) die Gleichstellung hinsichtlich der staatsbürgerlichen Rechte hinzugefügt. Alle noch bestehenden Beschränkungen der bürgerlichen und staatsbürgerlichen Rechte auf Grund des Religionsbekenntnisses hob das R.G. v. 3. Juli 1869 auf. Damit ist eine Rechtsverschiedenheit je nach dem Religionsbekenntnis grundsätzlich nicht ausgeschlossen. Doch hat das Religionsbekenntnis die ihm gemeinrechtlich verbliebene und durch das Personenstandsgesetz von 1875 nur

teilweise beseitigte Bedeutung für das Eherecht seit dem B.G.B. eingebüßt. Privatrechtliche Erheblichkeit hat es noch im Vormundschaftsrecht, für das Erziehungsrecht, hinsichtlich der kirchlich bedingten Rechte, kraft Satzung oder infolge rechtsgeschäftlicher (falls nicht wegen beabsichtigten Gewissensdruckes unsittlicher) Bestimmung.

Was hinsichtlich des Einflusses der Religion auf das Privatrecht überhaupt gilt, gilt heute auch für die Juden. Während sie ursprünglich als Fremde und Nichtchristen vom Volksrecht ausgeschlossen waren und ihre Rechtsstellung lediglich der Aufnahme als Schutzgenossen (kraft des Judenregals und später des landesherrlichen Judenschutzes) erlangten, wurden sie im Laufe des 19. Jahrh. zu Vollgenossen in Staat und Gemeinde. Die ursprünglich zugleich bürgerlichen Judengemeinden sind zu rein religiösen Körperschaften geworden. Das jüdische Recht, das im Mittelalter von den jüdischen Gerichten bei Streitigkeiten der Juden untereinander angewandt wurde und nach ihrer Unterwerfung unter die ordentlichen Gerichte für einzelne Verhältnisse (zuletzt im Eherecht) fortgalt, hat alle privatrechtliche Bedeutung eingebüßt. Die eine Ausnahme vom gemeinen Recht begründenden Vorrechte und die zahlreichen Zurücksetzungen der Juden sind beseitigt.

Litteratur: Stobbe, Die Juden in Deutschland während des Mittelalters, 1866. A. Kohut, Geschichte der deutschen Juden, 1898.

§ 28. Einfluß der Staats- und Gebietsangehörigkeit. Ursprünglich war der Fremde („Elende") an sich rechtlos. Er erlangte jedoch eine beschränkte Rechtsfähigkeit, wenn er sich in die Schutzherrschaft eines Einheimischen begab. Verallgemeinert wurde der Rechtsschutz der Fremden durch den schon in fränkischer Zeit ihnen subsidiär gewährten Königsschutz, der später zum Frembenregal wurde. Eine Erweiterung brachte das städtische Gastrecht. Mit der Ausbildung des internationalen Privatrechts drang die grundsätzliche Gleichstellung Fremder und Einheimischer im Privatrecht durch (Preuß. L.A. Einl. § 41—42, Österr. G.B. § 20, anders noch Code civ. a. 11 u. 13). Doch blieben Ausnahmen anerkannt. Auch sie wurden mehr und mehr vermindert. Eine weitergehende Zurücksetzung der Fremden kann durch Anwendung des Vergeltungsrechtes eintreten (E.G. a. 31 zum B.G.B.). Als Fremder darf aber in Deutschland immer nur der Reichsfremde behandelt werden („Reichsindigenat" nach N.V.U. a. 3); die besondere Staatsangehörigkeit bedingt nur die staatsbürgerlichen Rechte im Einzelstaat, die Gemeindeangehörigkeit nur noch die Teilnahme am Gemeinderecht.

Von den einzelnen Beschränkungen der Fremden wurden das Strandrecht und das Fremdlingsrecht (jus albinagii oder droit d'aubaine, Recht des Landesherrn auf die Verlassenschaft des im Lande versterbenden Fremden) schon in der Konstitution Kaiser Friedrichs II. v. 1220 (c. 8—9) abgeschafft, aber erst allmählich (das droit d'aubaine in Frankreich erst 1819) wirklich beseitigt. Länger erhielt sich das „Abzugsrecht" (jus detractus), das dem Landes- oder Gerichtsherrn einen Teil (meist 1/10) des aus dem Lande gehenden Vermögens in der doppelten Form des „Abschosses" (gabella hereditaria) von einer Erbschaft und der „Nachsteuer" (gabella emigrationis) vom Vermögen des Auswandernden zusprach. Die Deutsche B.A. a. 17 nebst B.B. v. 23. Juni 1817 hob alle Abzugsrechte innerhalb des Bundesgebietes auf. Seither wurde der Abzug auch dem Auslande gegenüber ausgeschlossen (Preuß. V.U. a. 11) und könnte nur kraft Vergeltungsrechtes noch vorkommen. Sehr verbreitet waren Beschränkungen der Fremden hinsichtlich des Erwerbes von Grundeigentum; sie sind meist weggefallen, bleiben aber landesrechtlich zulässig (E.G. a. 88; vgl. Hamb. A.G. § 28). Das Landesrecht kann auch für die Eheschließung von Fremden besondere Nachweise fordern. Reichsrechtliche Zurücksetzungen der Fremden finden sich hinsichtlich des Schutzes mancher Persönlichkeitsrechte und hinsichtlich des Gewerbebetriebes im Umherziehen.

Die Staatsangehörigkeit behält jedoch insoweit hohe Bedeutung für das Privatrecht, als sie in Verhältnissen, die sich nach dem Heimatsrecht richten (oben § 11 Z. 2), eine Rechtsverschiedenheit begründet.

Daneben ist die Verknüpfung mit einem Rechtsgebiete durch den Wohnsitz (Domizil) für die privatrechtliche Stellung vielfach erheblich, daher auch Erwerb und Verlust des Wohnsitzes durch das Privatrecht geordnet (B.G.B. § 7—11).

Kapitel II. Die Verbandspersönlichkeit.

§ 29. Begriff und Wesen. Verbandspersönlichkeit ist die einem menschlichen Verbande als einem von der Summe der Teile verschiedenen einheitlichen Ganzen zukommende Rechtssubjektivität.

Das deutsche Recht erkannte von je Verbänden Rechte und Pflichten zu. Lange indes blieb die Verbandssubjektivität in ihren sinnlichen Trägern stecken. Bei den genossenschaftlichen Verbänden erschien die Gesamtheit in sichtbarer oder vorgestellter Versammlung ohne Unterscheidung ihrer Einheit und Vielheit als Subjekt von Gesamtrecht, bei den herrschaftlichen Verbänden war der Herr ohne Unterscheidung seiner Stellung als Verbandshaupt und als Individuum Subjekt von Herrenrecht. Eine Fortbildung trat im deutschen Mittelalter dadurch ein, daß Verbandseinheiten von ihren sinnlichen Trägern unterschieden und als selbständige Personen anerkannt und behandelt wurden. Genossenschaften verdichteten sich zu Körperschaften, die als einheitliche Ganze mit unsichtbarer Lebenseinheit ihren Mitgliedern gegenübertraten. So zuerst die Stadt, dann Gilde, Zunft, Ständekörper u. s. w. Herrschaftsverbände vergeistigten sich zu Anstalten, bei denen das jeweilige Haupt die dauernde unsichtbare Lebenseinheit des Ganzen nur darzustellen hat. So zuerst die Kirchen, dann die obrigkeitlich umgebildeten Territorien und weltlichen Anstalten.

Die Entwicklung war unvollendet, auf dem Lande kaum begonnen, als mit der Rezeption die romanistisch-kanonistische Korporationstheorie einzog. Sie stand auf dem Boden des dem kümmerlichen Verbandsleben von Byzanz angepaßten Justinianischen Rechts, für das alle Rechtssubjektivität der Verbände nur auf einer durch staatliches Privileg vermittelten Fiktion beruht. Durch Einfügung germanischer Rechtsgedanken schon in Italien stark verwandelt, wurde das römische Gedankensystem auch in Deutschland zunächst unvollkommen durchgeführt und schonend angewandt. Mehr und mehr aber wurde es im Sinne der reinen Fiktionstheorie, die in der Verbandsperson ein künstliches, willens- und handlungsunfähiges, ewiger Bevormundung bedürftiges Individuum erblickt, verschärft. Diese Theorie diente zugleich als Handhabe der von der aufstrebenden Staatsgewalt erstrebten Entkräftung und endlichen Vernichtung des selbständigen Lebens aller engeren Verbände. Doch wurde das germanische Verbandsrecht bei uns auch jetzt nicht völlig erstickt und wahrte seine Keimkraft. Eine Bundesgenossin entstand ihm in der naturrechtlichen Gesellschaftslehre, die freilich alle Verbandsexistenz aus Verträgen der Individuen herleitete, aber doch jeder Gesellschaft ein eigenes Leben und statt der persona ficta eine als kollektive Einheit vorgestellte „moralische" Persönlichkeit zuschrieb. Sie wirkte auf die Gesetzbücher, besonders das Preußische Landrecht, ein und bereitete die Wiederaufnahme der deutschrechtlichen Gedanken vor.

Die Wiedererstehung des germanischen Rechts vollzog sich mit der allseitigen Erneuerung des Verbandslebens im 19. Jahrhundert. Allerdings schien eine Zeitlang eine romanistische Gegenströmung siegen zu sollen, die in der Lehre von der „juristischen Person" den Begriff der persona ficta mehr oder minder schroff wiederherstellte. Von anderer Seite wurde in folgerichtigem Individualismus der Versuch gemacht, die Verbandspersönlichkeit überhaupt aus der Welt zu schaffen. Allein mehr und mehr ist die in der Theorie zuerst von germanistischer Seite entwickelte Auffassung durchgedrungen, daß die Persönlichkeit der Verbände nur der rechtliche Ausdruck ihrer wirklichen Wesenheit ist. Sie liegt dem gesamten Aufbau unseres öffentlichen Rechts zu Grunde, durchdringt aber auch die moderne Ausgestaltung des privaten Verbandsrechtes in Gesetzgebung und Praxis. Die Vorschriften des B.G.B. über „juristische Personen" stehen mit ihr im Einklang.

Ihrem Wesen nach ist somit die juristische Person eine als Subjekt anerkannte

reale Verbandseinheit. Die Persönlichkeit der Verbände ist so gut wie die Persönlichkeit der Individuen als Attribut einer nur aus ihren Wirkungen erkennbaren Lebenseinheit sinnlich nicht wahrnehmbar, aber sie ist so wenig wie die Einzelpersönlichkeit eine Fiktion, sondern ein durch Abstraktion herausgehobener Wirklichkeitsinhalt. Zum Unterschiede jedoch vom einzelnen Menschen, für den das Recht nur eine äußere Lebensordnung bedeutet, ist der Verband auch in seinem inneren Leben rechtlicher Ordnung zugänglich. Denn als ein sozialer Organismus, dessen Teile frei wollende Einzelwesen sind, ist er ein Gemeinwesen, dessen inneres Leben sich zugleich als äußeres Leben von Menschen abspielt. Darum treten im Verbandsrecht, insoweit es als Sozialrecht den Bau und die Betätigung der Verbandseinheit normiert, durchweg Rechtsbegriffe auf, die im Individualrecht keinerlei Vorbild haben.

Die Entstehung einer Verbandsperson setzt einen sozialen Schöpfungsakt voraus, der möglicherweise durch unbewußte Willensvorgänge allmählich vollzogen werden kann, heute aber meist in einer bewußten Willenstat besteht. Die Schöpfungstat stellt sich rechtlich nicht als Vertrag oder sonstiges Individualrechtsgeschäft, sondern als konstitutive Gesamthandlung oder Stiftungshandlung dar. Im Gründungsstadium spielen zwar Individualrechtsgeschäfte, die die Bewegung fortleiten, eine wichtige Rolle; allein der Gründungsvorgang als solcher wird in seinem ganzen Verlauf bereits von sozialrechtlichen Normen beherrscht (nach Art eines embryonalen Vorlebens). Damit jedoch der Verband als Person gelte, muß ein Rechtssatz hinzutreten, der ihn als Person anerkennt. Das heutige Recht gewährt den Verbänden nicht den gleichen sakrosankten Anspruch auf Persönlichkeit, wie den Individuen. Vielmehr gelten für die einzelnen Arten von Verbänden verschiedene Systeme: bald das ursprüngliche deutsche System der Körperschafts- und Stiftungsfreiheit, nach dem die Persönlichkeit mit dem Dasein des Verbandes gegeben ist; bald das moderne System der Normativbestimmungen, das den Erwerb der Persönlichkeit an eine gehörige Kundmachung (meist Registereintrag) auf Grund der Erfüllung genereller Voraussetzungen knüpft; bald das Konzessionssystem, nach dem der einzelne Verband nur durch staatliche Verleihung auf Grund spezieller Prüfung und Gutheißung Persönlichkeit erlangt.

Die Lebensordnung der Verbandspersonen wird durch ihre (auf Gesetz oder Satzung beruhende) Verfassung rechtlich bestimmt. Die Verfassung normiert durch Rechtssätze die Zusammensetzung, Gliederung und Organisation des sozialen Körpers. Damit werden innerhalb des Verbandsganzen Gliedpersönlichkeit und Organpersönlichkeit gesetzt und die Beziehungen zwischen der Einheit des Ganzen und seinen Teilen zu Rechtsverhältnissen erhoben. Die Gliedpersönlichkeit oder „Mitgliedschaft" erscheint als ein besonderes Zustandsrecht, das durch Rechtsvorgänge erworben, verändert und verloren wird und bestimmte einzelne Pflichten und Rechte gegenüber dem Ganzen begründet. Ebenso verhält es sich mit der Organpersönlichkeit, deren Pflichten und Rechte gegenüber dem Ganzen in „Kompetenzen" Ausdruck finden, kraft deren die Organe zur Erfüllung bestimmter Funktionen des einheitlichen Verbandlebens berufen sind. Verbandspersonen können Gliedpersonen oder Organpersonen anderer Verbandspersonen sein und infolge hiervon einer Einwirkung höherer Organismen auch auf ihr inneres Leben unterliegen. Alle engeren Verbandspersonen sind dem Staate eingegliedert. Grundsätzlich aber wird dadurch heute die Selbständigkeit ihres Eigenlebens nicht in Frage gestellt, sondern nur eine staatliche Aufsicht (anstatt der ehemaligen Bevormundung) begründet.

Jede Verbandsperson ist rechtsfähig. Sie ist Subjekt öffentlicher und privater Befugnisse und Pflichten. Ihre Privatrechtsfähigkeit steht im Zweifel der einer Einzelperson gleich. Sie beschränkt sich nicht (wie die Fiktionstheorie annimmt) auf die Vermögensfähigkeit, sondern umfaßt auch Persönlichkeitsrechte (z. B. Sitz, Name, Ehre u. s. w.). Doch fallen die durch leibliches Einzeldasein bedingten Rechte weg. Besondere Beschränkungen der juristischen Personen werden durch die gegen Anhäufung des Vermögens in der „toten Hand" gerichteten Amortisationsgesetze begründet, die schon seit dem Mittelalter erlassen wurden und gegenüber dem B.G.B. hinsichtlich des Erwerbes von Grundstücken und jedes sonstigen unentgeltlichen Erwerbes insoweit zulässig bleiben, als

der Wert 5000 Mark übersteigt (E.G. a. 86, Preuß. A.G. a. 6—7). Andererseits ist die Privatrechtsfähigkeit der privaten Verbandspersonen weiter als die der Einzelpersonen, weil ja bei ihnen auch die sozialrechtlichen Verhältnisse dem Privatrecht einverleibt sind. Dagegen sind die früheren privatrechtlichen Privilegien der juristischen Personen meist beseitigt.

Die Verbandsperson ist auch *willens- und handlungsfähig*. Die Vorgänge, durch die der einheitliche Verbandswille zu einem inneren Entschlusse gelangt und diesen in äußere Tat umsetzt, sind durch Rechtssätze (z. B. über Beschlußfassung und über gerichtliche und außergerichtliche Vertretung) geregelt. Was aber ein Organ innerhalb seiner Zuständigkeit in verfassungsmäßiger Weise will und tut, ist im Rechtssinne Wille und Handlung der juristischen Person selbst. Dabei liegt eine Vertretung nur in dem Sinne vor, daß die unsichtbare Einheit des Ganzen durch den dazu berufenen Teil wirksam dargestellt wird. Dagegen ist der individualrechtliche Begriff der Stellvertretung unanwendbar. Im Privatrecht ist die juristische Person geschäftsfähig. Sie ist aber auch für ihr Verschulden verantwortlich und aus unerlaubter Handlung zum Schadensersatz verpflichtet. Die im älteren deutschen Recht unbestrittene Deliktsfähigkeit der juristischen Personen wurde von der Fiktionstheorie verneint, in neuerer Zeit aber mehr und mehr wieder anerkannt. Sie steht jetzt gemeinrechtlich fest (B.G.B. § 31, 86, 89).

Die *Beendigung* der Verbandspersönlichkeit kann durch Wegfall ihrer Daseinserfordernisse oder durch eigene Handlung (Auflösungsbeschluß) oder durch staatlichen Aufhebungsakt (insbesondere auch durch Richterspruch wegen rechtswidriger Handlungen) erfolgen. Die Hinterlassenschaft, die von der Fiktionstheorie als erbloser Nachlaß behandelt wurde, geht nach den Regeln der sozialen Succession kraft Gesamtnachfolge auf die anfallberechtigten Personen (bald die Mitglieder, bald eine andere Verbandsperson, bald den Staat) über. Die Verwirklichung der Auflösungsfolgen vollzieht sich meist in einem rechtlich geordneten Zersetzungsverfahren („Liquidation"), während dessen nicht nur das hinterlassene Vermögen gebunden bleibt, sondern auch ein Nachleben der Verbandsorganisation stattfindet.

Literatur: O. *Gierke*, Das deutsche Genossenschaftsrecht, 3 Bde., 1868/81; Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, 1887; Das Wesen der menschlichen Verbände, 1902. — *Beseler*, Volksr. u. Juristenr., S. 158 ff.; D.P.R. § 66 ff. *Zitelmann*, Begriff und Wesen der sog. jurist. Personen, 1873. *Regelsberger*, Pandekten § 75 ff. *Meurer*, Die juristischen Personen nach deutsch. Reichsrecht, 1901. — *Kahl*, Die deutschen Amortisationsgesetze, 1879. — *Preuß*, Stellvertretung oder Organschaft, Jahrb. f. D. XLIV 429 ff.

§ 30. Arten. Die Verbandspersonen sind von überaus ungleichartiger Beschaffenheit und von sehr verschiedenem Range. Für die einzelnen Arten gilt nicht grundsätzlich gleiches, sondern grundsätzlich ungleiches Recht.

I. *Körperschaft und Anstalt*. Ihrer Struktur nach sind die Verbände entweder Körperschaften oder Anstalten, je nachdem sie als auf sich selbst beruhende und von einem immanenten Gemeinwillen beherrschte Gemeinschaften oder als von einem Stiftungswillen bestimmte Einrichtungen organisiert sind. Die Körperschaft kann anstaltliche, die Anstalt körperschaftliche Elemente enthalten. Doch überwiegt stets der eine oder andere Typus. Manche Verbände haben im Laufe der Zeit ihre Gestalt gewechselt (z. B. die Universitäten).

II. *Öffentliche und private Verbandspersonen*. Alle Verbände gelten entweder als öffentlichrechtliche oder als privatrechtliche Gebilde. Im ersten Falle gehört ihr gesamtes Sozialrecht einschließlich des Rechtssatzes, der ihnen Persönlichkeit beilegt, dem öffentlichen Reichs- oder Landesrecht an. Die Verbandspersonen des öffentlichen Rechts treten aber als Rechtssubjekte in das Privatrecht ein und unterliegen als solche der Privatrechtsordnung (B.G.B. § 89). Im zweiten Falle bildet ihr Sozialrecht einschließlich des ihre Persönlichkeit anerkennenden Rechtssatzes einen Bestandteil des Privatrechts.

1. Unter den *öffentlichen* Verbandspersonen nimmt der *Staat* als das auf

dem Rechtsgebiet höchste (souveräne) Gemeinwesen, dessen Sozialrecht das Staatsrecht ist, eine Sonderstellung ein. Auch der Staat aber tritt unter dem Namen „Fiskus" in das Privatrecht ein und steht als Privatrechtssubjekt grundsätzlich den Einzelpersonen gleich. Nur einzelne privilegia fisci haben sich erhalten. Jeder Staat, daher sowohl das Reich wie jeder Einzelstaat, ist ein Fiskus und (trotz B.G.B. § 395) nur ein Fiskus; die Einheit des Staatsfiskus drang schon in den alten Territorien über der Scheidung von Kammergut und Landesvermögen durch. Welche Verbandspersonen außer dem Staat öffentlichrechtlicher Natur sind, wird durch positive Sätze des Reichs- oder Landesrechts entschieden, die auf Grund besonderer staatlicher Wertung ihr Sozialrecht mit dem Range des öffentlichen Rechts bekleiden, ohne daß die einzelnen Folgen gleichmäßig geordnet wären. Überall gehören dazu die Gemeinden, von denen aber wegen ihrer ehemaligen Doppelstellung nachher (§ 31) noch zu handeln ist. Sodann zahlreiche andere Körperschaften, wie Kirchengemeinden der als öffentlich anerkannten Religionsgemeinschaften, Gebietskörperschaften für Einzelzwecke (z. B. Armen-, Wege- und Schulverbände), ständische Körperschaften (z. B. Handelskammern, Innungen und Handwerkskammern, Landwirtschaftskammern), Grundbesitzergenossenschaften (z. B. Deichverbände, öffentliche Wassergenossenschaften, Fischerei-, Wald- und Jagdgenossenschaften, landschaftliche Kreditverbände) und Zwangsversicherungsgenossenschaften (z. B. Krankenkassen, Berufsgenossenschaften für Unfallversicherung, Knappschaften). Endlich öffentliche Anstalten, die von einer öffentlichen Verbandsperson als besonders organisierte Subjekte mit eigenem Vermögen abgezweigt sind, wie die Reichsbank, die staatlichen Unterrichtsanstalten, die staatlichen oder provinziellen Versicherungsanstalten für Altersversicherung, die kommunalen Sparkassen und Leihhäuser, die kirchlichen Anstalten mit juristischer Persönlichkeit (auch die einzelne Pfründe).

2. Als private Verbandspersonen erscheinen einerseits die durch Privatrechtssatz als Körperschaften anerkannten Genossenschaften (unten § 32), andererseits die vom Privatrecht mit anstaltlicher Persönlichkeit bekleideten Stiftungen (§ 33).

III. Körperschaft und Genossenschaft. Seit der Ausbildung des Körperschaftsrechts wurde in der alten Genossenschaft zwar der Rechtsbereich der Gesamteinheit von dem Rechtsbereich der Gesamtvielheit gesondert, aber in mannigfacher Weise eine genossenschaftliche Ordnung festgehalten, kraft deren Sonderbereiche der Mitglieder dem Verbandsrechte eingefügt und mit dem einheitlichen Gesamtbereich verwoben blieben. Je mehr dies der Fall war, desto näher rückte die Körperschaft einer Gesellschaft oder Gemeinschaft. Da andererseits die Gesellschaft oder Gemeinschaft kraft des Prinzips der gesamten Hand sich im Sinne einer Personeneinheit zu entfalten vermochte, näherte sie sich vielfach einer Körperschaft an. Nach der Rezeption suchte man die deutschrechtlichen Gebilde den römischen Kategorien zu unterwerfen, so daß entweder mit der Anwendung des römischen Korporationsbegriffs alles Gemeinschaftsrecht in dem einheitlichen Bereich der juristischen Person verschwand und für Sonderbereiche der Mitglieder nur die auch beliebigen Dritten zugänglichen Formen des reinen Individualrechts übrig blieben, oder aber mit der Anwendung des römischen Sozietäts- und Kommunionsbegriffs alles Gemeinschaftsrecht in getrennte Individualbereiche aufgelöst wurde. Gegen die hiermit vollzogene Vergewaltigung des Lebens, die unerträglich wurde, sobald man mit dem Gegensatz Ernst machte, erhob sich die von Beseler begründete germanistische Genossenschaftstheorie. In ihrer ursprünglichen Fassung schob sie unter dem Namen „Genossenschaft" ein Verbindungen mit und ohne Persönlichkeit begreifendes Zwischengebilde zwischen Gemeinheit und Gemeinschaft ein. Längst aber hat sie ihr Gärungsstadium überwunden und ersetzt nur den römischen Gegensatz durch den deutschen Gegensatz, der auf beiden Seiten für eine organische Verbindung von Einheits- und Vielheitsrecht Raum läßt. Hieran ist festzuhalten. Die deutsche und moderne Körperschaft kann, da in ihr die einheitliche Gesamtperson als das von den verbundenen Einzelpersonen getragene und ihnen zugehörige Ganze erscheint und somit die Gesamtheit und die Einzelnen sich nicht wie beliebige Individuen, sondern in personenrechtlicher Verbundenheit gegenübertreten, vermöge des „genossenschaftlichen Prinzips" Vielheitsrecht einschließen. Die deutsche und

moderne Gesellschaft und Gemeinschaft andererseits kann vermöge des „Prinzips der gesamten Hand" eine Personeneinheit hervorbringen (unten § 34).

Das genossenschaftliche Prinzip ist schwächerer oder stärkerer Entfaltung fähig. Es äußert sich in körperschaftlichen Sonderrechtsverhältnissen, die für alle oder bestimmte Mitglieder eigenartige Rechte (iura singulorum) oder Pflichten gegenüber der Verbandsperson begründen. Diese Sonderrechtsverhältnisse unterscheiden sich von den völlig in das körperschaftliche Sozialrecht hineinfallenden reinen Mitgliedschaftsverhältnissen. Denn sie reichen in die Individualrechtssphäre und daher bei öffentlichen Körperschaften in die Privatrechtssphäre der Mitglieder hinein, beruhen auf einem neben der Mitgliedschaft gegebenen besonderen Rechtsgrunde, sind in ihren sonderrechtlichen Bestandteilen der Körperschaftsgewalt und namentlich dem Mehrheitsbeschluß entrückt (B.G.B. § 35) und lassen beim Wegfalle der Mitgliedschaft möglicherweise freies Individualrecht zurück. Sie unterscheiden sich aber auch von den völlig in das Individualrecht hineinfallenden außerkörperschaftlichen Rechtsverhältnissen, bei denen die Körperschaft und ihre Mitglieder einander genau wie Dritte gegenüberstehen. Denn sie sind verfassungsmäßig mit der Mitgliedschaft verknüpft, können nur Mitgliedern (allen oder einer Klasse oder einem bestimmten einzelnen Mitgliede, z. B. einem Verbandshaupte) zustehen und sind der Körperschaftsgewalt nicht völlig entzogen, sondern in bestimmtem Umfange korporativer Feststellung, Regelung der Ausübung und Mitvertretung nach außen unterworfen.

Ihrem Inhalte nach können die Sonderrechte und Sonderpflichten Personenrecht (z. B. Stimmrecht, Recht auf Organstellung), Sachenrecht (z. B. Nutzungsrecht am Gemeinlande, andererseits Deichlast) oder Schuldrecht (z. B. Forderungsrecht auf Gewinnanteil, andererseits Beitragspflicht oder subsidiäre Haftung) einschließen. Von besonderer Bedeutung sind die vermögensrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisse zwischen einer Verbandsperson und ihren Mitgliedern. So das genossenschaftliche Gesamteigentum mit verfassungsmäßiger Verteilung der Eigentumsbefugnisse zwischen Einheit und Vielheit, das genossenschaftliche Gesamtrecht an fremder Sache (z. B. Gemeindeservitut), die genossenschaftliche Forderungsgemeinschaft und die genossenschaftliche Schuldgemeinschaft (z. B. bei der eingetragenen Genossenschaft).

Die stärkste Ausprägung des Sonderrechts begegnet bei den Vermögensgenossenschaften. Bei diesen bildet ein nach dem Prinzip des genossenschaftlichen Gesamteigentums in Anteile zerlegtes Vermögen die Grundlage des Verbandsorganismus. Hier erscheint die Mitgliedschaft im Ganzen, da sie mit einem Anteil verknüpft, der Anteil aber übertragbar und vererblich ist, als Bestandteil eines Sonderrechts. Sie kann sogar (z. B. als Aktie) in einem Wertpapier verkörpert und als marktgängige Ware behandelt werden.

Literatur: Böhlau, Fiskus, landesherrliches Vermögen und Landesvermögen in Mecklenburg, 1877. — Rosin, Das Recht der öffentlichen Genossenschaft, 1885. — Beseler, Erbverträge I 76 ff., Volksr.- u. Juristenr. S. 158 ff., D.P.R. § 66 ff. Sohm, Die deutsche Genossenschaft, 1889. Gierke, D.P.R. I § 62 u. 68.

§ 31. Die Gemeinden. Die heutige Gemeinde ist als Gebietskörperschaft für Erfüllung des menschlichen Gemeinschaftszwecks in örtlicher Begrenzung eine rein öffentliche Körperschaft, die nur als solche zugleich Privatrechtssubjekt ist. Dies gilt für die Ortsgemeinde, mag sie Stadt- oder Landgemeinde sein, wie für die weiteren Kommunalverbände (Amts-, Kreis- und Provinzialgemeinden). Allein teils in, teils neben der Ortsgemeinde haben sich Reste der alten deutschen Markgemeinde erhalten, die mit der Funktion eines örtlichen Gemeinwesens die einer agrarischen Wirtschaftsgenossenschaft verband und daher zugleich die Privatrechtsverhältnisse an Grund und Boden gestaltgebend bestimmte.

I. Die Markgemeinde. Die alte Gemeinde besaß eine Mark (Landgebiet), die nach dem Prinzip des genossenschaftlichen Gesamteigentums teils dem Gesamtrecht vorbehalten, teils zu Sonderrecht verteilt war. Das Gesamtrecht hatte sein Zentrum in dem Eigentum an der ungeteilten gemeinen Mark oder „Allmende" (Wald, Wasser und Weide,

aber auch Plätze und Wege u. s. w.), das oft einer mehrere Ortschaften umfassenden großen Markgenossenschaft gemeinsam zustand. Die Allmende diente gemäß der ursprünglichen Identität von Gesamteinheit und Gesamtvielheit gleichzeitig den Bedürfnissen der Gemeinde als solcher und den wirtschaftlichen Bedürfnissen der Genossen als Einzelner (Holznutzung, Viehweide, Jagd, Fischerei u. s. w.). Das Gesamtrecht erstreckte sich aber auch auf die in der geteilten Feldmark belegenen Ländereien (Äcker und Wiesen), an denen zwar an Stelle des einstigen zeitweiligen Sondernutzungsrechtes ständiges Sondereigentum getreten war, jedoch infolge der fortdauernden „Gemengelage" die Bewirtschaftung an das herkömmliche System (Dreifelderwirtschaft) und den Gemeindebeschluß gebunden blieb („Flurzwang") und überdies zeitweise (nach der Ernte und während der Brache, bei Wiesen in der offenen Zeit) gemeine Nutzung stattfand. Endlich ergriff das Gesamtrecht auch Haus und Hof, indem das daran bestehende freie Sondereigentum mannigfachen Verfügungsbeschränkungen unterlag. Zu Sonderrecht besaß jeder Genosse seine „Hufe", die sich aus der Hofstätte, dem Feldanteil und dem Nutzungsrecht an der Allmende zusammensetzte. Wo in Gegenden ohne Dörfer oder neben Dörfern Einzelhöfe mit abgesonderter Hofmark bestanden, wurde gleichwohl der Bauer- oder Gutshof erst durch den Nutzungsanteil an der gemeinen Mark zur wirtschaftlichen Einheit ergänzt. Das Nutzungsrecht an der Allmende war ursprünglich nur durch das eigene Bedürfnis begrenzt und schloß sogar das Recht zur Aneignung von Bodenbestandteilen durch Rodung oder Abhegung ein. Mehr und mehr aber wurde es an genossenschaftliche Ordnung gebunden und oft auf ein festes Maß eingeschränkt. — Als Markgemeinde wurde auch die seit der Ausbildung der Grundherrschaft entstandene, einem Fronhofe zugehörige grundherrliche Gemeinde eingerichtet; Markgemeinden blieben daher auch die einst freien Gemeinden unter der sie mehr und mehr überwältigenden Grundherrschaft. Allein durch das den Boden ergreifende Herrenrecht wurde das Recht der Gesamtheiten wie der Einzelnen an der Gemeindemark zu einem abgeleiteten und vielfach abhängigen Besitzrecht abgeschwächt.

Eine *Umbildung* der Gemeindeverhältnisse trat schon im Mittelalter in den Städten ein. Die Stadt wurde zur rein öffentlichen Körperschaft, die Allmende wurde städtisches Eigentum, das Sondereigentum der Bürger wurde frei. Doch erhielten sich vielfach Nutzungsrechte der Bürger an der Stadtmark. Auf dem Lande dagegen bestand nicht nur die alte Markgemeinde fort, sondern es erfolgte meist ihre Umbildung im Sinne des Übergewichts ihrer privatrechtlichen Seite. Der Kreis der vollberechtigten Genossen wurde abgeschlossen, indem das Vollgenossenrecht an die Zugehörigkeit zu einem bevorrechteten Personenkreise oder an die altberechtigten Höfe oder an den Besitz einer vollen Hufe oder an den für sich vererblich und veräußerlich gewordenen Allmendanteil gebunden wurde; Abstufungen im Stimmrecht und Nutzungsrecht wurden eingeführt; die Zahl der bloßen Schutzgenossen (Beisassen, Hintersassen, Köter u. s. w.) mehrte sich. Da aber auch die von der Markgemeinde Ausgeschlossenen besonders seit der Reformation an den neuen Gemeindeeinrichtungen (namentlich im Armenwesen) beteiligt wurden, entstand der Begriff einer engeren und einer weiteren Gemeinde.

In neuerer Zeit erfolgte überall die *Auseinandersetzung* zwischen dem öffentlichrechtlichen und dem privatrechtlichen Gemeindeverbande. Als Fortsetzung des örtlichen Gemeinwesens wurde (meist von oben her) auch auf dem Lande eine rein politische Gemeinde begründet. Die wirtschaftliche Seite der alten Markgemeinde hatte sehr verschiedene Schicksale. Zum Teil ging das Eigentum an den gemeinen Marken (besonders den großen Waldungen) auf die Landesherren über, während den Märkern höchstens Servituten verblieben. Zum Teil erlangten besondere, von der Gemeinde abgezweigte Genossenschaften (Agrargenossenschaften) das Eigentum an der Allmende oder einem Teil. Im übrigen wurde die Allmende Eigentum der politischen Gemeinde, blieb aber mit Nutzungsrechten der Einzelnen belastet.

Endlich erstrebte seit dem Ende des 18. Jahrhunderts eine tief eingreifende staatliche Agrargesetzgebung überhaupt die völlige *Auflösung* der Reste der Markgemeinde. Unter der Leitung besonderer Auseinandersetzungsbehörden und mit Anwendung von Enteignungszwang erfolgten „Gemeinheitsteilungen". Die Allmenden wurden nach sehr

verschiedenen, oft sehr willkürlichen Maßstäben (bald nach Nutzungsanteilen, bald nach Köpfen) zu Sondereigentum aufgeteilt. Die Gemengelage mit dem Flurzwange wurde durch Verkoppelung oder Zusammenlegung der Ländereien (Zwangstausch) beseitigt. Die genossenschaftlichen Nutzungsrechte wurden abgelöst. Doch sind die Allmenden nicht überall verschwunden und spielen namentlich in Süddeutschland und der Schweiz noch eine erhebliche Rolle. Neuerdings trat überhaupt eine den Allmenden günstige Gegenströmung ein. Die Teilung wurde wieder erschwert und namentlich hinsichtlich der gemeinen Waldungen ausgeschlossen.

II. Gemeindevermögen. Neben dem für die Zwecke der Gemeinde als solcher bestimmten eigentlichen Gemeindevermögen (in den Städten auch „Kämmereivermögen", auf dem Lande „Ortsvermögen" genannt) gibt es so auch heute vielfach ein für die wirtschaftlichen Bedürfnisse der Einzelnen bestimmtes Gemeindevermögen, das in den Städten als „Bürgervermögen", auf dem Lande als „Nutzungsgut", „Genossengut", „Allmendgut" oder „Gemeindegliedervermögen" (Preuß. L.G.O. v. 1891 § 68) bezeichnet wird. Es umfaßt die Reste der Allmende, kann aber auch neu geschaffen werden. Hieran bestehen Nutzungsrechte für Gemeindeglieder mit verschiedenem Inhalt: bald reihenweise oder durch das Los, lebenslänglich oder auf Zeit, unentgeltlich oder gegen geringen Zins gewährte Sondernutzungsrechte an Teilstücken (Allmendäckern, -gärten oder -wiesen), bald gemeinsame Nutzungsrechte (Viehweide, Holzschlag, Raff- und Leseholz u. s. w.), bald bloße Bezugsrechte auf gewisse Fruchterträge (z. B. Holzgaben) oder Ersatz in Gelde („Allmendtaler"). Ihrer rechtlichen Natur nach sind die Gemeindenutzungsrechte noch heute im Zweifel mitgliedschaftliche Sonderrechte, somit privatrechtliche Ausflüsse der öffentlichrechtlichen Gemeindemitgliedschaft. Vielfach aber sind sie als „bürgerliche Nutzungen" grundsätzlich in reine Mitgliedschaftsrechte verwandelt, jedoch auch da, wo eine Zeitlang daraus Gleichberechtigung aller Ortsbürger und unbedingte Unterwerfung unter die Gemeindegewalt gefolgert wurde, durch die neuere Gemeindegesetzgebung wieder Sonderrechten angenähert (insbesondere durch Abhängigmachung des Erwerbes von einem Einkaufsgelde, Aufrechthaltung der als Realrechte hergebrachten besonderen Nutzungsrechte, Schonung herkömmlicher Klassenvorrechte, Schutz gegen willkürliche Schmälerung oder Entziehung durch Gemeindebeschluß). Endlich sind umgekehrt auch Gemeindenutzungsrechte in freie Privatrechte (gewöhnliche dingliche Rechte am Gemeinlande, die nur zufällig gewissen Gemeindegliedern zustehen oder mit bestimmten Höfen verbunden sind) übergegangen.

III. Agrargenossenschaften. Die aus der alten Markgemeinde stammenden besonderen Genossenschaften zum Zwecke der gemeinschaftlichen Benutzung von ländlichem Grundvermögen sind zum Teil schon vor der Auflösung der alten Agrarverfassung von der Ortsgemeinde abgezweigt (z. B. Wald-, Weide- oder Feldgenossenschaften, die „Haubergsgenossenschaften" in Rheinland und Westfalen, die „Alpengenossenschaften" im Hochgebirge, die „Gehöferschaften" im Trierschen), teils bei der Auflösung der Markgemeinde aus der Absonderung der Nutzungsberechtigten hervorgegangen („Real-", „Nutzungs-", „Alt-", „Privat-" oder „Allmendgemeinden"). Ihre Rechtsverhältnisse bleiben vom B.G.B. unberührt (E.G. a. 164). Sie sind im Zweifel Körperschaften, bisweilen aber auch nur Gemeinschaften zu gesamter Hand. Sie sind ferner selbständige Verbände mit eigener Verfassung, so daß der vielfach fortbestehende Zusammenhang mit der Ortsgemeinde als etwas juristisch Zufälliges erscheint. Sie sind weiter im Zweifel privatrechtliche Gebilde, wenn auch unter besonderer Staatsaufsicht. Sie sind immer Körperschaften genossenschaftlicher Struktur, die ein genossenschaftliches Gesamteigentum oder doch Gesamtnutzungsrecht an Grund und Boden haben, aus dem für die Mitglieder unantastbare Sonderrechte auf Nutzungen fließen. Sie sind endlich wirtschaftliche Genossenschaften, bei denen das Nutzungsrecht den Kern der Mitgliedschaft bildet. Viele von ihnen sind Realgenossenschaften, so daß die Mitgliedschaft mit bestimmten Grundstücken verbunden ist. Andere sind Vermögensgenossenschaften („Nutzungs-" oder „Rechtsamegemeinden"), indem ihr Grundvermögen in übertragbare Anteile zerlegt ist, an denen die Mitgliedschaft hängt.

Literatur: v. Löw, Über die Markgenossenschaften, 1829. F. Thudichum, Die Gau- und Markenverfassung in Deutschland, 1856. G. L. v. Maurer, Einleitung zur Geschichte der Mark-,

Hof-, Dorf- und Stadtverfassung, 1854; Geschichte der Markenverfassung, 1856; Geschichte der Fronhöfe u. s. w., 4 Bde., 1862; Geschichte der Dorfverfassung, 2 Bde., 1866; Geschichte der Städteverfassung, 4 Bde., 1869/71. v. Wyß, Zeitschr. f. schweiz. R. I 20 ff. A. Heusler, ebenda X 44 ff. v. Miaskowski, Die schweizerische Allmend u. s. w., 1879. E. de Laveleye, Das Ureigentum, übersetzt und vervollständigt von Bücher, 1879. — Renaud, Z. f. D. R. IX 1 ff. Römer, ebenda XIII 94 ff. Weiske, Prakt. Unters. III 174 ff. — A. Glatzel, Die Preußische Agrargesetzgebung, 1895. — Gierke, D. P.R. I § 71—74.

§ 32. Die privatrechtlichen Genossenschaften. Dem Privatrecht gehören neben manchen gewordenen Genossenschaften, von denen soeben die Agrargenossenschaften und früher (§ 23) die Familien des hohen Adels erwähnt sind, vor allem die gewillkürten Genossenschaften an, die durch freien Vereinigungsakt geschaffen sind. Das B.G.B nennt sie technisch „Vereine".

Hinsichtlich der Vereine ist im heutigen Rechte zwar das germanische Prinzip der Vereinsfreiheit (innerhalb der durch die öffentlichrechtlichen Vereinsgesetze gezogenen Schranken) wiederhergestellt, dagegen das im älteren deutschen Recht damit verbundene Prinzip der Körperschaftsfreiheit nicht wieder durchgedrungen. Doch ist das polizeistaatliche Konzessionssystem, das die Partikulargesetzgebung fast überall durchführte, überwiegend durch das System der Normativbestimmungen verdrängt. Nach dem B.G.B. gelten in Ansehung der Rechtsfähigkeit (abgesehen von ausländischen Vereinen, deren Persönlichkeit der Verleihung oder Anerkennung durch den Bundesrat bedarf) verschiedene Regeln für Vereine, deren Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, und für Vereine mit anderem (sog. „idealem") Zweck.

Wirtschaftliche Vereine erlangen in Ermangelung spezialgesetzlicher Regelung die Rechtsfähigkeit nur durch staatliche Verleihung (Konzessionssystem). Allein für ihre Haupttypen gelten besondere Reichs- oder Landesgesetze, die auf dem System der Normativbestimmungen beruhen. Dahin gehören von wirtschaftlichen Personalgenossenschaften (bei denen eine Vermögensgemeinschaft zwar entwickelt wird, aber Ausfluß, nicht Grundlage der Vereinigung ist) die reichsrechtlich geregelten eingetragenen Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, eingeschriebenen Hilfskassen und Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit. Ferner von wirtschaftlichen Realgenossenschaften die landesrechtlich anerkannten freien Wassergenossenschaften. Endlich von Vermögensgenossenschaften die handelsrechtlichen Kapitalvereine (Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien und Gesellschaften mit beschränkter Haftung), sowie nach Landesrecht die Gewerkschaften des Bergrechts.

Vereine für ideale Zwecke erlangen Rechtsfähigkeit durch Eintragung in das von den Gerichten geführte Vereinsregister. Sie haben ein Recht auf Eintragung, sobald sie die gesetzlichen Bedingungen erfüllen und nicht nach öffentlichem Vereinsrecht verboten sind oder verboten werden können. Allein eine Ausnahme hiervon gilt für Vereine, die einen politischen, religiösen oder sozialpolitischen Zweck verfolgen. Denn die Eintragung eines derartigen Vereins kann durch Einspruch der Verwaltungsbehörde gehindert werden (verhülltes Konzessionssystem). Religionsgesellschaften und geistliche Gesellschaften erwerben in Preußen überhaupt nur durch Spezialgesetz Persönlichkeit (Preuß. V.U. a. 13, E.G. z. B.G.B. a. 84).

Rechtsbeständige Vereine ohne juristische Persönlichkeit wurden von der gemeinrechtlichen Praxis bald als unvollkommene Körperschaften nach Körperschaftsrecht, bald als modifizierte Gesellschaften nach Gesellschaftsrecht behandelt. Das Preuß. A.L.R. weist ihnen die Stellung „erlaubter Privatgesellschaften" an, die nach innen Körperschaften, nach außen Gesellschaften sind. Das B.G.B. unterstellt die nicht rechtsfähigen Vereine grundsätzlich dem Gesellschaftsrecht, erkennt sie aber als „Vereine" an, für die einzelne Sonderbestimmungen gelten. Die Ausgestaltung des Gesellschaftsrechts im B.G.B. und die Abwandlungsfähigkeit der gesetzlichen Normalform ermöglicht solchen Vereinen in erheblichem Umfange die tatsächliche Durchsetzung ihres in Wirklichkeit körperschaftlichen Wesens.

Literatur: Rosin in Gruchots Beitr. XXVII 108 ff. — O. Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit, 2. Aufl. 1902.

§ 88. Die privatrechtlichen Stiftungen. Die Stiftung ist eine durch private Willenstat geschaffene Anstalt mit eigner Persönlichkeit. Keine Stiftung im technischen Sinne ist die Vermögenszuwendung an eine andere Verbandsperson mit Zweckbestimmung (sog. „unselbständige Stiftung"). Selbständige Stiftungen entwickelten sich zuerst im römischen Recht der christlichen Zeit als Stiftungen für milde Zwecke (pia corpora), die als kirchliche Rechtssubjekte galten und im Mittelalter unter kirchlichem Recht blieben. Daneben kam ein weltliches Stiftungswesen für andere gemeinnützige Zwecke und namentlich auch für Familienzwecke auf. Die neuere Gesetzgebung beließ nur die mit der Kirche zusammenhängenden Stiftungen unter Kirchenrecht, unterstellte dagegen alle anderen Stiftungen dem weltlichen Recht und staatlicher oder kommunaler Aufsicht. Jetzt regelt das B.G.B. die privatrechtliche Seite der Stiftungen. Daneben gilt, insbesondere für Familienstiftungen, ergänzendes Landesrecht.

Ihrem *Wesen* nach ist die Stiftung eine Verbandsperson. In der älteren Theorie wurde sie als Abart der Korporation behandelt. Als sie sodann seit Anfang des 19. Jahrh. der Korporation als zweite Hauptart der juristischen Person gegenübergestellt und namentlich aus Anlaß des Staedelschen Beerbungsfalles eingehend untersucht wurde, drang mehr und mehr die Meinung durch, daß sie ein personifiziertes Vermögen sei. Doch fehlte es nie an Widerspruch. In Wahrheit ist das Vermögen auch hier nur Objekt. Subjekt ist ein als einheitlicher Willensträger organisierter menschlicher Verband, der sich in einer Veranstaltung darstellt, kraft deren der Wille des Stifters fortdauernd einen Inbegriff von Menschen beherrscht und einem bestimmten Zwecke dienstbar macht.

Zur *Begründung* der Stiftung gehört ein sozialer Schöpfungsakt des Stifters, der die Anstalt ins Leben ruft oder doch hierzu den entscheidenden Anstoß gibt. Damit aber verbindet sich untrennbar die rechtsgeschäftliche Widmung eines Vermögens. Die Stiftung kann durch schriftliche Erklärung unter Lebenden oder durch Verfügung von Todes wegen erfolgen. Außerdem bedarf es zur Entstehung der Stiftung, wie dies im Gegensatz zur gemeinrechtlichen Stiftungsfreiheit schon bisher die meisten Partikularrechte bestimmten, der staatlichen Genehmigung. Mit ihrer Entstehung erwirbt die Stiftung ohne weiteres die ihr zugewandten Rechte, soweit sie durch bloßen Abtretungsvertrag übertragbar sind, und im übrigen einen Anspruch auf Übertragung gegen den Stifter oder dessen Erben. Nach altem Gewohnheitsrecht, das im B.G.B. bestätigt ist, kann die Stiftung rechtswirksam zur Erbin eingesetzt oder sonst bedacht werden, wenn sie auch erst nach dem Tode des Zuwendenden Persönlichkeit erlangt (Analogie des nasciturus).

Das *Leben* der Stiftung wird durch ihre Verfassung nach Maßgabe der vom Stifter gegebenen oder seinem Willen gemäß aufgestellten Satzung bestimmt. Die Stiftung handelt durch ihre Organe (einen Vorstand und etwaige sonstige satzungsmäßige Organe). Die Organe haben den Willen des Stifters tunlichst auszuführen. Auch hierauf richtet sich die Aufsicht. Die Stiftung hat keine Mitglieder; die zum Stiftungsgenuß berufenen Personen haben regelmäßig nur einen verwaltungsrechtlich geschützten Anspruch auf Beobachtung der Satzung, können aber auch mit einem privatrechtlichen Anspruch ausgerüstet werden (z. B. bei Familienstiftungen). Eine Abänderung der Stiftung durch Umwandlung des Zwecks oder sonstige Satzungsänderung kann im Verwaltungswege erfolgen, wenn die Erfüllung des Stiftungszwecks unmöglich geworden ist oder die Stiftung das Gemeinwohl gefährdet. Dabei soll jedoch möglichst im Sinne des Stifters verfahren werden.

Beendigt wird die Stiftung durch Aufhebung, die unter gleichen Voraussetzungen wie die Umwandlung zulässig ist, und durch satzungsmäßige Erlöschungsgründe. Der Stifungsnachlaß fällt an die in der Satzung bestimmte Person, sonst nach Landesrecht an den Staat oder die Gemeinde, die ihn aber möglichst für gleiche oder ähnliche Zwecke verwenden sollen.

Literatur: *Mühlenbruch*, Rechtliche Beurtheilung des Städelschen Beerbungsfalles, 1828; in Glücks Komm. XXXIX 442 ff., XL 1 ff. *Roth*, Jahrb. f. Dogm. I 189 ff. *Demelius*, ebenda

IV 139 ff. Schloßmann, ebenda XXVII 1 ff. Regelsberger, Z. f. Kirchenr. XI 191 ff. Kohler, Arch. f. bürg. R. III 228 ff. W. Stintzing, Das Stiftungsgeschäft des B.G.B. 1898.

Kapitel III. Personenrechtliche Gemeinschaften.

§ 34. Gemeinschaften zur gesamten Hand. Das deutsche Recht hat seit alter Zeit eine genossenschaftliche Form der personenrechtlichen Gemeinschaft (oben § 12) entwickelt, bei welcher die Teilhaber (Gemeiner, Ganerben, Gesellen) in ihrer genossenschaftlichen Verbundenheit (als Gemeinderschaft, Ganerbschaft, Gesellschaft) Subjekte eines Gesamtbereiches sind. Für ein derartiges Gemeinschaftsverhältnis ist der Name „gesamte Hand" (conjuncta manus) üblich geblieben, der von dem Rechtsbrauche stammt, die Verbundenheit der Personen durch das Sinnbild der bei Erwerbs-, Verfügungs- oder Verpflichtungshandlungen verschlungenen Hände zu veranschaulichen. Die gesamte Hand ist mit der Erhebung eines Teilhabers zum Gemeinschaftshaupte vereinbar, insofern die oberste Stelle grundsätzlich der Gemeinschaft gewahrt bleibt. Die älteste Gemeinschaft zur gesamten Hand war die fortgesetzte Hausgemeinschaft unter Miterben. Von hier aus drang die gesamte Hand in die herrschaftliche Hausgemeinschaft ein und wurde vielfach für die Gemeinschaft zwischen Mann und Frau und auch zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Kindern bestimmend. Die Gemeinschaft zur gesamten Hand überschritt dann das Familienrecht und entwickelte sich in den einzelnen Ständen zu besonderen Typen, in denen sie durch Aufnahme einer vertragsmäßigen Ordnung zugleich gefestigt und verfärbt wurde. Unter dem Landvolke entsprang daraus die bäuerliche Gemeinderschaft, im hohen Adel die Erbverbrüderung, im niederen Adel die ritterliche Ganerbschaft („Burgfriede"), im Bürgerstande die Arbeits- und Erwerbsgesellschaft, die Handelsgesellschaft, die Reederei. Dazu kam die lehnrechtliche Verwendung bei der Belehnung zur gesamten Hand. Endlich wurde die gesamte Hand auch zur Herstellung einer Personenverbindung für ein einzelnes Rechtsverhältnis (z. B. eine Forderung, eine Schuld, eine Vollmacht) verwertet. In der Zeit der Vorherrschaft des römischen Rechts zurückgedrängt, hat die gesamte Hand sich doch im Leben behauptet und in neueren Gesetzbüchern (besonders im Preuß. Landrecht, dann im Handelsgesetzbuch) wieder durchgesetzt. Manche Formen sind abgestorben, aber auch neue Formen sind erblüht. Auch das B.G.B. konstruiert die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, die eheliche Gütergemeinschaft nebst ihrer Fortsetzung und die Gemeinschaft unter Miterben im Sinne der gesamten Hand.

Das Rechtsprinzip der gesamten Hand ist nicht bloß ungleichmäßigster Verwendung, sondern auch stärkerer oder schwächerer Durchführung fähig. Immer erwirkt es vom Personenrecht her eine Umbildung der von ihm ergriffenen sachen- oder schuldrechtlichen Verhältnisse und bringt eine Annäherung des Individualrechts an das Sozialrecht hervor.

Bei jeder Gemeinschaft zur gesamten Hand besteht ein Bereich des ungeteilten Gesamtrechts, in dem die Gemeiner nur in ihrer Verbundenheit als Personeneinheit (kollektive Einheit) berechtigt und verpflichtet und zum Handeln berufen sind. Ursprünglich fand die Personeneinheit in häuslicher Lebensgemeinschaft (Gemeinschaft des Brotes und Salzes) Ausdruck, so daß durch Sonderung der Hausstände die gesamte Hand unterging. Frühzeitig aber wurde statt der Tatteilung (Todteilung, Grundteilung) eine bloße Nutzteilung (Mutschierung, Örterung) möglich, die der gesamten Hand nicht schadet („Todteilung bricht gesamte Hand, Mutschierung bricht nicht gesamte Hand"). So konnte sich die gesamte Hand zu einem rein ideellen Bande verflüchtigen. Die Personeneinheit äußert sich unter den Gemeinern in einer Willensverbundenheit, vermöge deren im Bereiche des Gesamtrechts ein Gemeinschaftswille (einstimmiger Beschluß, Mehrheitsbeschluß, Entscheidung eines Hauptes oder verwickeltere Ordnung) herrscht. Die Personeneinheit wird aber auch Dritten gegenüber in mehr oder minder ausgebildeter kollektiver Rechts- und Handlungsfähigkeit wirksam. Während bei Substanzverfügungen (namentlich über Grundstücke) regelmäßig alle zusammen tätig werden müssen, gilt im übrigen vielfach eine Vertretung kraft gesamter Hand, so daß die Gemeinschaft durch ein Haupt oder einen Mitträger dargestellt wird.

Dem Gesamtrecht steht Sonderrecht der einzelnen Gemeiner gegenüber, insbesondere bei Vermögensgemeinschaften irgendwie ein „Anteil" am Gemeinschaftsgegenstande. Aber bei den strengeren Formen der gesamten Hand ist dieser Anteil während des Bestandes der Gemeinschaft unwirksam und hat überhaupt nur anwartschaftliche Bedeutung; auch ist er oft der Größe nach vorläufig unbestimmt oder wechselnd. Er ist ferner bei den ursprünglichen Formen der Verfügung des Teilhabers entzogen, vererbt nur auf Nachkommen oder überhaupt nicht und gibt keinen Teilungsanspruch. Doch gibt es auch Formen mit frei veräußerlichen und vererblichen Anteilen (z. B. Reederei), sowie Formen mit Teilungsanspruch (z. B. Erbengemeinschaft). Nur erschöpft sich auch hier das Gemeinschaftsverhältnis niemals in den sonderrechtlichen Anteilen. Wird ein Anteil (durch Verzicht, Verwirkung, Tod ohne Erbfolge) erledigt, so tritt Anwachsung (Konsolidation) ein; das Recht am Gemeinschaftsgegenstande konzentriert sich bei den übrigen Gemeinern oder dem einzigen Verbleibenden. Den Sonderrechten entsprechen Sonderpflichten.

Literatur: Stobbe, Z. f. Rechtsgesch. IV 207 ff. Kuntze, Z. f. Handelsr. VI 177 ff. Heusler, Inst. I § 50–53, II § 128, 145 ff., 162. Kohler, Gesammelte Abh., S. 421 ff. Wippermann, Ueber Ganerbschaften, 1873. M. Weber, Zur Geschichte der Handelsgesellschaften im Mittelalter, 1889. M. Huber, Die Gemeinderschaften der Schweiz, 1897. G. Cohn, Gemeinderschaft und Hausgenossenschaft, 1898. O. Gierke, Genossenschaftsr. II 923 ff.; Genossenschaftsth., S. 339 ff.; D.P.R. I § 80.

§ 35. Gemeinschaften kraft Herrschaftsrechts. Die herrschaftliche Form der personenrechtlichen Gemeinschaft liegt vor, wenn eine Personenmehrheit so verbunden ist, daß ihre Personeneinheit in der Person eines Gewalthabers zur Erscheinung kommt. Durch Beteiligung der unterworfenen Gesamtheit an der Ausübung der herrschaftlichen Gewalt wird sie im Sinne der gesamten Hand abgewandelt, aber nicht aufgehoben.

Auch diese Gemeinschaftsform wurzelt im germanischen Familienrecht. Ihre älteste Gestalt ist das Haus als die vom Hausherrn beherrschte und vertretene Hausgemeinschaft. Die hausherrliche Gewalt heißt Munt (d. h. Hand). Die Munt gewährt ein Herrschaftsrecht an der Person, daher Anspruch auf Gehorsam und Dienst, verpflichtet aber auch zu Schutz und Fürsorge, ist also zugleich „Vormundschaft". Nach außen hat der Muntwalt die Hausangehörigen zu vertreten, aber auch für sie zu haften. Die Munt ergreift auch das Hausvermögen, gibt daher dem Muntwalt, soweit er nicht Eigentümer ist, Verwaltung und Nutzung für die Zwecke der Hausgemeinschaft („vormundschaftliche Gewere"). Sie beläßt aber den Hausangehörigen freie Sonderbereiche und kann durch Sonderrechte der Glieder innerhalb der Gemeinschaft beschränkt sein. Die Munt erstreckt sich auf die Ehefrau und die Kinder, ergreift aber auch fremde in die Hausgemeinschaft eingetretene Personen, den Gast, das hörige und später auch das freie Gesinde. Im Laufe der Zeit differenzierte sich die Munt zu den verschiedenen familienrechtlichen Gewalten und der sonstigen Hausgewalt. Nach der Rezeption ging der Gedanke der Einheit des Hauses fast verloren. Doch erhielt er sich nicht nur in der Lebensanschauung, sondern wird auch heute im Familienrecht und zum Teil auch im Gesinderecht und bei sonstigen mit Eintritt in die Hausgemeinschaft verbundenen Dienstverhältnissen wirksam.

Die Erweiterung der herrschaftlichen Gemeinschaft über den häuslichen Kreis hinaus führte zu zahlreichen Herrschaftsverbänden, in denen die herrschaftliche Gewalt zunächst als eine Art von Munt („Standesvormundschaft") aufgefaßt, später unter anderen Namen fortgebildet wurde. Hierher gehört der Vasallitätsverband und dessen Verdinglichung im Lehnsverbande. Sodann der dienstrechtliche Verband des Herrn und der ritterlichen Mannen. Weiter der hofrechtliche Verband des Grundherrn und der vogteipflichtigen, hörigen oder eigenen Bauern und der daraus hervorgegangene gutsherrlich-bäuerliche Verband, den die neuere Agrargesetzgebung auflöste. Endlich der geschäftsherrliche Verband, den das Handelsrecht in der Einheit des Handlungshauses, das Seerecht in der Schiffsgemeinschaft, das Gewerberecht zunächst in dem Verbande des Meisters mit Gesellen und Lehrlingen, neuerdings aber überhaupt in dem Verbande des gewerblichen Unternehmers mit seinen Gehilfen und Lehrlingen ausbildete. Hat auch die

neuere Gesetzgebung bei der Regelung der gewerblichen Herrschaftsverbände nicht mit der Form des Individualrechts gebrochen, so ist sie doch durch deren innere Natur mehr und mehr dazu gedrängt worden, das den Dienstvertrag beherrschende Obligationenrecht im Sinne des Personenrechts abzuwandeln und zugleich das Vereinzelungsrecht in Gemeinschaftsrecht überzuführen.

Literatur: Gierke, D.P.R. § 80a. Steinbach, Genossenschaftliche und herrschaftliche Verbände in der Organisation der Volkswirtschaft, 1901.

Kapitel IV. Persönlichkeitsrechte.

§ 36. Persönlichkeitsrechte überhaupt. Das oberste Privatrecht ist das allgemeine Recht der Persönlichkeit, das allen besonderen Rechten zu Grunde liegt und in sie alle hineinreicht. Das römische Recht gewährte dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht einen umfassenden privatrechtlichen Schutz vermöge der actio injuriarum, prägte aber besondere einzelne Persönlichkeitsrechte nicht aus. Das deutsche Recht dagegen hat eine Reihe besonderer Persönlichkeitsrechte ausgestaltet und das moderne Recht ist darin fortgefahren. Solche Rechte, die auch „Rechte an der eigenen Person", oder „Individualrechte" genannt werden, gewährleisten ihrem Subjekte die Herrschaft über ein bestimmtes Persönlichkeitsgut, einen ausgeschiedenen Bestandteil des persönlichen Bereiches. Sie stehen nicht nur den Einzelpersonen, sondern auch den Verbandspersonen zu.

Ihrem Wesen nach bilden sie eine eigene Gattung von Rechten, sind aber untereinander so verschiedenartig, daß nur wenige allgemeine Grundsätze für sie gelten. Sie sind sämtlich absolute Rechte, die ein Verbietungsrecht gegen Eingriffe einschließen. Sie sind ferner Privatrechte, zu deren Schutz daher (neben der Strafrechtsordnung und der verwaltungsrechtlichen Fürsorge) Selbsthilferecht und grundsätzlich Klagerecht (auf Anerkennung, Beseitigung und Unterlassung von Eingriffen, Wiederherstellung oder Ersatz) besteht. Sie sind endlich von Hause aus keine Vermögensrechte, können aber einen vermögensrechtlichen Inhalt in sich aufnehmen oder entfalten. Manche von ihnen sind daher zugleich Vermögensrechte, somit „Rechte an unkörperlichen Sachen" („Immaterialgüterrechte"). So kann denn auch die höchst persönliche Natur dieser Rechte Abwandlungen erfahren. Viele von ihnen sind übertragbar, sei es der Ausübung nach oder sei es sogar der Substanz nach, sei es für sich oder sei es als Realrechte mit einem Grundstücke oder als geschäftliche Rechte mit einem Geschäftsbetriebe. Manche sind auch vererblich. Doch sind auch die vererblichen Persönlichkeitsrechte vielfach nicht ewig, sondern befristet. Andere erlöschen auch vor dem Tode durch Fristablauf.

§ 37. Arten der Persönlichkeitsrechte. Zu den Persönlichkeitsrechten gehört vor allem das Recht auf leibliche Unversehrtheit; Verletzungen des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit sind, sofern nicht ein Eingriffsrecht besteht, Privatrechtsverletzungen (B.G.B. § 823). Aus der Verletzung entspringen privatrechtliche Ersatzansprüche. Das Recht ist mit der Persönlichkeit gegeben und heute unverzichtbar, während das älteste deutsche Recht eine Verpfändung und ein Verspielen des Lebens und einzelner Glieder kannte. Es ist auch nur teilweise der Verfügung seines Subjektes unterworfen und (im Gegensatze zur alten Friedlosigkeit) nur teilweise verwirkbar.

Ähnlich verhält es sich mit dem Recht auf Freiheit (B.G.B. § 823). Während das alte Recht Veräußerung und Verpfändung der Freiheit zuließ, ist heute das Recht auf Freiheit unverzichtbar. Dagegen unterliegt es der Verfügung und kann daher durch Rechtsgeschäfte in der Ausübung beschränkt werden. Die Rechtsordnung zieht aber der Selbstbindung feste Grenzen, damit die Selbstbeschränkung nicht in Selbstvernichtung ausarte. Das Recht ist verwirkbar.

Als ein aus der Persönlichkeit fließendes besonderes Privatrecht muß auch das Recht auf Ehre anerkannt werden, so daß Ehrverletzung Rechtsverletzung ist. Im Gegensatz zum alten Recht, das eine Verpfändung der Ehre kannte, ist das Recht auf Ehre unverzichtbar. Der Verfügung ist es grundsätzlich nicht entzogen. Es kann teilweise verwirkt werden (oben § 26). Besonders erworbene Ehrenrechte unterliegen nicht bloß

der Verwirkung, sondern auch dem Verzicht. Dagegen sind sie regelmäßig unübertragbar. Doch gibt es vererbliche und selbst (mit einem Grundstück oder einem Geschäft, vgl. Seuff. XLVI Nr. 46) veräußerliche Ehrenrechte.

Soweit aus besonderen Zuständen (z. B. Geburts- oder Berufsstand) eine eigentümliche Rechtsstellung im Privatrecht folgt, entsprechen ihnen Zustandsrechte (Statusrechte).

Eine eigenartige Klasse der Persönlichkeitsrechte sind die Namenrechte. Am Namen als dem äußeren Kennzeichen der Persönlichkeit besteht nach einem durch das B.G.B. aufgenommenen Gewohnheitsrecht ein durch Klage gegen Bestreitung wie gegen Anmaßung geschütztes Privatrecht. Den Schutz genießt sowohl der Familienname wie der Vorname, aber auch der angenommene (Schriftsteller- oder Künstler-) Name. Desgleichen der Name einer Verbandsperson. Der kaufmännische Name hat als „Firma" eine besondere handelsrechtliche Ausgestaltung empfangen; er ist zwar nicht für sich, aber mit dem kaufmännischen Geschäft veräußerlich und vererblich (vgl. Handelsrecht).

Verwandt mit den Namenrechten sind die Zeichenrechte. Uralter Zeit entstammt die Verwendung eines figürlichen Zeichens, der „Marke", als ständigen Zeichens der Persönlichkeit. Die Marke diente in mannigfacher Weise als Personalzeichen (z. B. beim Losen durch Einritzen in die Losstäbchen, bei Urkunden als Handzeichen), als Vermögenszeichen (an Tieren, Häusern, Waren mit Bedeutung für den Eigentumsbeweis, die Besitzergreifung und die Besitzübertragung) und als Ursprungszeichen (von Künstlern, Handwerkern, Kaufleuten). Das Recht an der Marke, das ursprünglich dem einzelnen Volksgenossen zustand („Hausmarke"), wurde oft mit dem Grundbesitz verknüpft („Hofmarke"), oft auch zum Familienzeichen und zum Genossenschaftszeichen entwickelt. Mitunter war es veräußerlich. Es war als ein gegen Bestreitung und Anmaßung voll geschütztes Privatrecht anerkannt. Seit dem 16. Jahrh. geriet das Markenrecht in Verfall, ist aber bis heute nicht erloschen. Eine überaus bedeutungsvolle Erneuerung erfuhr die Marke als gewerbliches Warenzeichen (vgl. das Handelsrecht). In ihrem Gebrauche als Familienzeichen und als Körperschaftszeichen wurde die Marke schon im Mittelalter durch das Wappen ersetzt. Adlige und bürgerliche Familienwappen sind auch heute gleich dem Namen geschützt, so daß ein Privatrecht auf Führung und auf Verbot der Führung durch Unbefugte besteht. Auch den Verbandspersonen aber gebührt ein ausschließliches Recht an ihren Wappen.

Zu den Persönlichkeitsrechten gehören ferner die Rechte, die ihrem Subjekt einen bestimmten wirtschaftlichen Tätigkeitsbereich gewährleisten. Das deutsche Recht entwickelte mancherlei besondere Rechte auf Erwerbstätigkeit mit Ausschluß anderer. Solche Rechte, die man Monopolrechte nennen kann, beruhen teils auf staatlichem Regal und daraus fließender Verleihung, teils auf Privilegien. Sie kommen besonders als Realrechte oder als Rechte von Verbandspersonen vor. Dahin gehören die ausschließlichen Gewerbeberechtigungen, von denen die Zunftprivilegien völlig beseitigt sind, dagegen einzelne staatliche Gewerberegale und manche Realgewerbegerechtigkeiten noch vorkommen. Ferner die Bann- und Zwangsrechte, die dem Berechtigten ein ausschließliches Recht auf Kundschaft im Bannbezirk und daher ein Verbietungsrecht gegen Befriedigung bestimmter wirtschaftlicher Bedürfnisse bei anderen (zum Teil sogar ein Recht auf Abnahme einer bestimmten Menge von Erzeugnissen) gewähren; diese Rechte, unter denen das Recht der Bannmühle, der Brauereizwang, der Brennereizwang und der Kelterbann die verbreitetsten waren, sind teils aufgehoben, teils für ablösbar erklärt und können durch Rechtsgeschäft nicht neu begründet werden; soweit aber landesrechtlich ältere Bannrechte fortbestehen (E.G. a. 74), ergreifen sie auch die im Bannbezirk neu entstehenden Betriebe (R.Ger. XXXIX Nr. 36). Endlich die ausschließlichen Aneignungsrechte an gewissen herrenlosen Sachen (davon im Sachenrecht). Im übrigen gilt heute der Grundsatz der Gewerbefreiheit, demzufolge das Recht zu beliebiger wirtschaftlicher Erwerbstätigkeit Ausfluß der privatrechtlichen Persönlichkeit ist und nur vom öffentlichen Recht her beschränkt wird. Durch den Erfolg eines Gewerbebetriebes aber entsteht ein Inbegriff von Persönlichkeitsgütern (Kundschaft, Geschäftsbeziehungen, Ruf, Vertrauen), der seines Vermögenswertes wegen mit dem Geschäft ver-

erbt und veräußert wird und zwar keinen Schutz gegen Schädigung durch freien Wettbewerb genießt, wohl aber in den Schutzvorschriften gegen Anmaßung oder Unterdrückung durch unlauteren Wettbewerb sich als privatrechtlicher Bestandteil des Persönlichkeitsbereiches bewährt (davon im Handelsrecht).

Reich entfaltet sind auf deutschrechtlicher Grundlage die Persönlichkeitsrechte aus geistiger Schöpfung: die Urheberrechte und das Erfinderrecht. Sie bilden heute eine besondere Rechtsprovinz.

Ein Persönlichkeitsrecht, das noch um Anerkennung ringt, ist das Recht am eigenen Bilde. Schon meldet sich auch ein Recht an der eignen Stimme an.

Literatur: Gareis, in Buschs Archiv XXXV 196 ff. Kohler, Jahrb. f. Dogm. XVIII 129 ff., 251 ff., Busch Arch. XLVII 167 ff. Gierke, D.P.R. I § 81 ff. Maschke, Die Persönlichkeitsrechte, insbesondere im bürgerl. R., Th. I 1902. — Gareis, Das Recht am menschlichen Körper, in der Königsberger Festgabe für Schirmer, 1900, S. 59 ff. — S. Levi, Vorname und Familienname im Recht, 1888. Kohler, Das Individualrecht als Namenrecht, Arch. f. b. R. V 77 ff. O. Fischer, ebenda VI 306 ff. M. Isaac, Der Schutz des Namens nach den Reichsgesetzen, 1899. R. Süpfle, Das Namenrecht nach dem B.G.B., 1899. A. Manes, Das Recht des Pseudonyms, 1899. — Michelsen, Die Hausmarke, 1853. Homeyer, Die Haus- und Hofmarken, 1870. G. Lastig, Markenrecht u. Zeichenregister, 1889. Kohler, Das Recht des Markenschutzes, 1884. F. Hauptmann, Das Wappenrecht, 1896. — Keyßner, Das Recht am eignen Bilde, 1896. G. Cohn, Neue Rechtsgüter (Das Recht am eignen Namen, Das Recht am eignen Bilde), 1902. — Dazu die im Handelsrecht angegebene Literatur über Warenzeichen und über Schutz gegen unlauteren Wettbewerb, sowie die Literatur über Urheber- und Erfinderrecht.

Drittes Buch.

Sachenrecht.

Kapitel I. Die Sachen.

§ 38. Die Sachen als Gegenstände des Sachenrechts. Gegenstände des Sachenrechts sind zunächst die körperlichen Sachen. Das deutsche Recht hat aber in umfassendem Maße das Sachenrecht auf unkörperliche Sachen erstreckt. Insbesondere stellte es zahlreiche dauernde Gerechtigkeiten (namentlich auch Persönlichkeitsrechte und darunter viele mit zugleich öffentlichrechtlichen Inhalt) als „liegenschaftliche Gerechtigkeiten" den Grundstücken gleich. Solche selbständigen Gerechtigkeiten sind auch heute Gegenstände des Immobiliarsachenrechts. Gewisse dingliche Rechte (Nießbrauch und Pfandrecht) sind auch an anderen unkörperlichen Sachen möglich.

§ 39. Sacharten. Das deutsche Recht verstattete der ungleichartigen Beschaffenheit der Sachen einen sehr viel größeren Einfluß auf das daran bestehende Recht, als das römische Recht. Es erhob demgemäß gewisse natürliche Unterschiede der Sachen zu rechtlichen Unterschieden und bildete andererseits von der Rechtsordnung her besondere Rechtseigenschaften von Sachen aus. Im Zusammenhange damit kennt es Rechtshandlungen, die darauf gerichtet sind, einer Sache eine besondere juristische Eigenschaft zu verleihen.

I. Unbewegliche und bewegliche Sachen. Der Unterschied beweglicher und unbeweglicher Sachen, für den die deutsche Rechtssprache die Ausdrücke liegendes Gut (Liegenschaft) und Fahrnis (fahrende Habe) hatte, spaltete das gesamte Sachenrecht in zwei gesonderte Systeme, wirkte aber auch in das Schuld-, Familien- und Erbrecht hinein. Durch das römische Recht zurückgedrängt, in den Landesrechten erhalten, hat die germanische Auffassung neuestens gerade in diesem Punkte einen Siegeszug zu verzeichnen. Die deutschrechtliche Unterscheidung knüpfte an den natürlichen Gegensatz an.

Doch traten durch Rechtssätze Verschiebungen ein, indem manche Sachen allgemein oder in bestimmten Beziehungen verliegenschaftet oder entliegenschaftet wurden. So wurden Seeschiffe und wertvolle Sachinbegriffe dem Liegenschaftsrecht unterworfen; auch heute gilt für Seeschiffe und größere Flußschiffe in wichtigen Beziehungen Liegenschaftsrecht. Andererseits erhielt sich für Häuser auch nach ihrer festen Verbindung mit Grund und Boden und zum Teil auch für Pflanzen die Behandlung als Fahrnis („Was die Fackel verzehrt, ist Fahrnis"), bis allgemein die Zurechnung des „stehenden Guts" zum liegenden Gut durchdrang. In gewissem Umfange (besonders im Familienrecht) waren auch rechtsgeschäftliche Ver- und Entliegenschaften anerkannt (erhalten im französ. R.). Endlich wurde die Unterscheidung auch auf unkörperliche Sachen ausgedehnt und so die Einteilung des ganzen Vermögens in unbewegliches und bewegliches ermöglicht (Code civ. a. 516, B.G.B. § 1551).

II. Besondere Arten von Liegenschaften. Kraft natürlicher Beschaffenheit sind Waldungen, Gewässer, Bergwerke u. s. w. einem Sonderrecht unterworfen, kraft eines an ihnen begründeten Rechtsverhältnisses nehmen Lehen, Stammgüter, Rittergüter, Bauerngüter (heute „Höfe" und „Anerbengüter") besondere Eigenschaften an. Teils auf natürlicher Beschaffenheit, teils auf rechtlicher Bestimmung beruht die Besonderheit der öffentlichen Sachen. Sie stehen nach deutscher Auffassung im Eigentum (regelmäßig, wie schiffbare Ströme, Landstraßen, Meeresufer und Häfen, des Königs oder Landesherrn, vielfach aber auch der Gemeinde oder einer Privatperson), das Privatrecht an ihnen wird aber durch die öffentlichrechtliche Bestimmung für den Gemeingebrauch zurückgedrängt. Doch wurde der Gemeingebrauch mehr und mehr durch die Ausbildung von Regalien eingeengt, die dem Staate gewisse Nutzungen vorbehielten. Auch die für den kirchlichen Gemeingebrauch bestimmten Sachen sind nach der in das kanonische Recht übergegangenen deutschen Auffassung Gegenstand eines nur durch die Zweckbestimmung gebundenen Eigentums; so namentlich Kirchengebäude und Kirchhöfe, an denen auch eigentümliche Privatrechte (Kirchstuhlsrecht, Erbbegräbnisrechte) vorkommen.

III. Besondere Arten von Fahrnis. Das deutsche Recht unterschied vielfach die Tiere („getriebenes" oder „essendes Gut") und die leblosen Sachen („getragenes Gut", „Kisten- oder Schreinsgut"). Besondere Rechtssätze deutscher Herkunft gelten für die unpfändbaren Sachen. Eine wichtige Sachart ist das Geld; die für das Geld ausgebildeten besonderen sachenrechtlichen Sätze finden auch auf die Geldzeichen Anwendung. Bewegliche Sachen sind auch die Urkunden; an ihnen aber wird das Sachenrecht vielfach um des verbrieften Rechtes willen abgewandelt, ja nach dem B.G.B. (§ 952) folgt das Eigentum und sonstige dingliche Recht an ihnen unbedingt dem verbrieften Recht. Das umgekehrte Verhältnis aber besteht bei den Wertpapieren (unten § 41).

§ 40. Die Sachverbände. Das deutsche Recht kennt objektiv wirksame Sachverbindungen.

I. Überhaupt. Sachen sind zunächst die Sachindividuen, wie sie durch die Natur (z. B. Tiere), menschliche Herstellung (z. B. Geräte), künstliche Grenzziehung (z. B. Grundstücke) oder Verkehrsanschauung (z. B. Mengesachen) bestimmt werden. Ein Sachindividuum kann mannigfach zusammengesetzt sein, seine Bestandteile sind aber immer nur Sachteile, nicht Sachen. Doch ließ das deutsche Recht besondere Rechte an Sachteilen zu. So beim Stockwerkseigentum (Geschoßeigentum) gesondertes Eigentum an einzelnen Geschoßen oder Gelassen eines Bauwerks; so besonderes Eigentum an Gebäuden oder anderen fest mit dem Boden verbundenen Werten; so besonderes Eigentum oder doch dingliches Aneignungsrecht an stehenden Bäumen und hängenden Früchten. Auch nach dem B.G.B. sind besondere Rechte an unwesentlichen Sachteilen (daher z. B. an Flächenabschnitten eines Grundstücks) möglich. Nicht dagegen an wesentlichen Bestandteilen (Stockwerkseigentum kann nach E.G. a. 182 fortbestehen, aber nicht neu entstehen). Doch gelten Gebäude und zum Teil auch Pflanzen unter Umständen nicht als Grundstücksbestandteile, sondern als selbständige Sachen (B.G.B. § 95).

Sachindividuen können aber miteinander zu neuen Sachganzen verbunden sein, die als solche selbständige Rechtsobjekte sind und den Gegenstand von einheitlichem Sachenrecht bilden, während zugleich die Bestandteile Sachen für sich und daher aller Rechtsschicksale von Sachindividuen fähig bleiben. Es gibt zwei Formen der Sachverbände.

II. Hauptsache und Zubehör. Mehrere Sachen können zu einem Sachganzen verbunden sein, für das eine von ihnen als Hauptsache den herrschenden Bestandteil bildet, während die anderen als Zubehörstücke für den Dienst der Hauptsache bestimmt sind. Das deutsche Recht, dem das B.G.B. in den Hauptpunkten folgt, knüpft an solche Zusammengehörigkeit nicht nur subjektive Wirkungen im Sinne der Willensauslegung, sondern objektive Wirkungen in dem Sinne, daß die Zubehörsachen von Rechts wegen den sachenrechtlichen Schicksalen der Hauptsache folgen. Immer aber bleiben sie Sachen für sich mit besonderen Eigenschaften und können daher stets besonderen Rechtsschicksalen unterworfen werden. Die Begründung und Aufhebung solcher Sachverbindung vollzieht sich durch Rechtshandlungen, jedoch nur, insofern ein nach der Verkehrsanschauung geeigneter Tatbestand verwirklicht wird. Im älteren deutschen Recht bestanden vor allem mannigfaltig abgestufte Zugehörigkeitsverhältnisse der Grundstücke zueinander. Sie sind weggefallen. Dagegen hat sich die Behandlung des Gutsinventars als Zubehör des Landguts und des Gewerbeinventars als Zubehör des für den Gewerbebetrieb dauernd eingerichteten Gebäudes erhalten. Bei sonstigem Gebäudeinventar stellte das deutsche Recht eine Vermutung für Zubehöreigenschaft von allem auf, was „erd-, mauer-, niet- und nagelfest" ist. Der Begriff wurde im deutschen Recht auch auf unkörperliche Sachen ausgedehnt.

III. Gesamtsache. Mehrere Sachen können zu einem Sachinbegriff verbunden sein, für den die Gesamtheit der verbundenen Sachen bestimmend ist. Die für das ältere deutsche Recht sehr bedeutungsvolle Rechtsobjektivität einer solchen Gesamtsache ist auch aus dem geltenden Recht, obschon das B.G.B. von ihr schweigt, nicht verschwunden. Es gibt zwei Arten von Gesamtsachen (in der älteren Theorie wenig glücklich als universitas facti und universitas juris unterschieden).

1. Körperliche Gesamtsache ist ein als Sacheinheit behandelter Inbegriff von körperlichen Sachen, wie ehemals das Heergewäte (die zur kriegsmäßigen Ausrüstung gehörigen Sachen) und die Gerade (weibliche Kleidung, Schmuck und Hausrat), heute das Warenlager, die Bibliothek, das Inventar, die Herde u. s. w. Soweit besondere Rechtsverhältnisse am Sachganzen anerkannt sind, werden die ordnungsmäßig ausscheidenden oder einverleibten Stücke ohne weiteres gelöst oder ergriffen. Doch gehen die besonderen Rechtsverhältnisse an den Einzelsachen vor.

2. Unkörperliche Gesamtsache ist ein als objektive Einheit behandelter Vermögensinbegriff. In gewissem Umfange wurde im deutschen Recht das Gesamtvermögen einer Person als Sacheinheit anerkannt (so bei der Vergabung und der Vererbung). Vor allem aber bildete das deutsche Recht eine Fülle von Sondervermögen aus, die den Gegenstand einheitlicher Rechte bilden. Der Begriff des Sondervermögens ist auch für das heutige Recht von hoher Bedeutung. Beispiele sind das Lehnsvermögen, das Stammgutsvermögen, die ehelichen Gütermassen, das Handelsvermögen, das Schiffsvermögen; ferner alles Gesellschaftsvermögen; schließlich überhaupt das Grundvermögen, in stärkster Ausprägung die durch neuere Gesetze geschaffene „Bahneinheit".

Literatur: H. Göppert, Ueber einheitliche, zusammengesetzte und Gesammtsachen, 1871. Kohler, Zur Lehre von den Pertinenzen, Jahrb. f. Dogm. XXVI 42 ff. P. Wäbner, Die Pertinenz im modernen Recht, 1899. Birkmeyer Ueber das Vermögen im juristischen Sinn. 1879.

§ 41. Die Verknüpfung von Rechten mit Sachen. Das deutsche Recht verknüpfte in mancherlei Weise dergestalt Rechte mit Sachen, daß die Sachen als Rechtsträgerinnen erscheinen und das Subjekt des Rechts bestimmen. Damit gewinnt das die Schicksale der Sache bestimmende Sachenrecht Macht über das wie immer geartete Recht. Vor allem

gehören hierher das liegenschaftsrechtliche Gebilde der Realrechte und das fahrnisrechtliche Institut der Wertpapiere.

I. Realrechte („subjektiv dingliche" Rechte) sind Rechte, die mit einem Grundstück dergestalt verknüpft sind, daß ihr Subjekt der jeweilige Eigentümer des Grundstücks ist. Solche Rechte werden von allen sachenrechtlichen Schicksalen des Grundstücks mitergriffen (nach bisheriger Auffassung als Zubehörungen, nach B.G.B. § 96 als Bestandteile). Doch bedarf es zur Ausübung mitunter noch einer persönlichen Eigenschaft des Berechtigten, bei deren Mangel dann das Recht ruht. Im älteren deutschen Recht wurden namentlich öffentliche Rechte aller Art und mancherlei Persönlichkeitsrechte (auch Standesrechte), aber auch dingliche und persönliche Vermögensrechte mit dem Grundbesitz verknüpft. Heute kommen nach dem B.G.B. Dienstbarkeiten, Reallastberechtigungen und dingliche Vorkaufsrechte, nach Landesrecht Gewerberechte, Bannrechte, Aneignungsrechte, Gemeindenutzungsrechte, kirchliche Patronatsrechte und Kirchstuhlrechte, in Mecklenburg auch noch Landstandschaft und Gutsobrigkeit als Realrechte vor.

II. Wertpapiere sind Urkunden, mit denen ein Recht seinem Bestande nach verknüpft ist; das verbriefte Recht wird durch die Urkunde nicht nur bewiesen, sondern ist in ihr gewissermaßen verkörpert.

Die Wertpapiere wurzeln in der germanischen Geschäftsurkunde (oben § 13), durch deren Geben und Nehmen das beurkundete Recht begründet wurde. Aus ihr wurde ein Wertpapier, wenn auch der fernere Bestand des Rechtes an die Urkunde geknüpft, insbesondere die Übertragung des Rechts von der Übergabe und die Ausübung von der Vorzeigung der Urkunde abhängig gemacht wurde. Später entwickelten sich auch nichtkonstitutive Urkunden (z. B. Aktien) zu Wertpapieren. Bei manchen Wertpapieren ist die translative oder die exerzitive Funktion unvollkommen ausgebildet.

Die Wertpapiere zerfallen in Rektapapiere, Orderpapiere und Inhaberpapiere, je nachdem sie auf den Namen eines bestimmten Berechtigten und nur auf ihn oder auf den Namen eines Berechtigten und außerdem auf jede andere Person, die von ihm Order haben werde, oder überhaupt nicht auf einen Namen, sondern auf jeden Inhaber oder Überbringer (porteur) lauten. Die Orderklausel, die schon in fränkischer Zeit begegnet, hatte in Deutschland die Form „oder dem getreuen Inhaber", wurde aber mehr und mehr in die romanische Form gegossen; bei manchen Wertpapieren (Wechsel, Namenaktien) versteht sie sich von selbst. Das Inhaberpapier kommt im langobardischen Recht seit dem 9. Jahrhundert als alternatives, seit dem 10. Jahrhundert als reines Inhaberpapier, in Deutschland seit dem 13. Jahrhundert in beiderlei Gestalt vor; doch ist das alternative Inhaberpapier allmählich verkümmert. Rektapapiere, Orderpapiere und Inhaberpapiere weisen eine Stufenfolge in der Steigerung des Wertpapiergedankens auf.

Je nach der Beschaffenheit des verkörperten Rechts unterscheidet man personenrechtliche, sachenrechtliche und obligationenrechtliche Wertpapiere; zur ersten Gruppe gehören die Mitgliedschaftspapiere, zur zweiten die liegenschaftsrechtlichen Hypotheken-, Grundschuld- und Rentenschuldbriefe und die fahrnisrechtlichen Warenpapiere, zur dritten die Forderungspapiere (in Form von Schuldscheinen oder von Anweisungen, auf bestimmte oder unbestimmte Geldsummen oder auf andere Leistungen).

Immer aber folgt das Recht aus dem Papier dem Recht am Papier: das Eigentum am Papier bedeutet zugleich Rechtszuständigkeit, Nießbrauch oder Pfandrecht am Papier Nießbrauch oder Pfandrecht am verbrieften Recht, Besitz des Papiers Möglichkeit der Rechtsausübung. Somit entscheiden die für das Recht am Papier maßgebenden Regeln des Mobiliarsachenrechts zugleich über das Recht aus dem Papier, werden aber gerade deshalb bei den einzelnen Arten der Wertpapiere mannigfach abgewandelt.

Das vollkommene Wertpapier spielt schon bei der Begründung des Rechts eine wesentliche Rolle. Das Recht entsteht erst in und mit dem Papier. Außerdem aber ist nach der geschichtlich begründeten Vertragstheorie erforderlich, daß das Papier weggegeben

und vom papiergemäß Berechtigten genommen ist. (Anders nach der Kreationstheorie, nach der die Ausstellung der Urkunde das Rechtsverhältnis schafft.)

Das Papier ist ferner für die Übertragung des Rechts unentbehrliches Mittel. Beim Rektapapier aber muß, damit das Eigentum mit der Übergabe übergehe, ordnungsmäßige Rechtsabtretung hinzukommen. Beim Orderpapier genügt ein auf dem Papier selbst in Schriftform vollzogener, abstrakt wirkender Übertragungsvermerk, das „Indossament", das auch in blanco lauten kann. Beim Inhaberpapier reicht die Übergabe des Papiers mit Übereignungswillen aus. Ähnlich verhält es sich mit Nießbrauchs- und Pfandbestellung.

Die Ausübung des Rechts fordert beim vollkommenen Wertpapier Vorzeigung des Papiers („Präsentationspapier") und ist bei vollständiger Erfüllung durch Aushändigung des Papiers bedingt („Einlösungspapier"). Ist daher das Papier abhanden gekommen oder vernichtet, so kann das Recht nicht ausgeübt werden. In erheblichem Umfange jedoch wird durch Kraftloserklärung auf Grund eines gerichtlichen Aufgebotsverfahrens geholfen (Entkörperung des Rechts und erforderlichenfalls Wiederverkörperung in neuer Urkunde).

Der Besitz des Papiers ermöglicht wirksame Ausübung des Rechts durch den Nichtberechtigten. Beim Rektapapier muß freilich der Besitzer nachweisen, daß er der benannte Berechtigte ist oder von diesem ein Recht herleitet oder Vollmacht hat. Vielfach aber ist der Aussteller nur berechtigt, nicht verpflichtet, die Legitimation des Vorzeigers zu prüfen („Legitimationspapier"). Beim Orderpapier genügt die Legitimation des Besitzers durch eine äußerlich formgerechte Kette von Indossamenten. Beim Inhaberpapier ist ohne weiteres jeder Inhaber legitimiert.

Litteratur: Brunner, Zur Rechtsgeschichte der röm. und german. Urkunde, Bd. I, 1880; Die Wertpapiere, in Endemanns Handb. des Handelsrechts II 140 ff. G. des Marez, La lettre de foire à Ypres au XIIIe siècle, 1901. H. O. Lehmann, Zur Theorie der Wertpapiere, 1890. A. Bruschettini, Trattato dei titoli al portatore, 1898. Jacobi, Die Wertpapiere des bürgerlichen Rechts, 1901; dazu Pappenheim, Krit. V. Schr. XLIV 334 ff.

Kapitel II. Gewere, Besitz und Grundbuchrecht.

§ 42. Die Gewere. Das deutsche Sachenrecht wurde und wird vom Gedanken der Publizität beherrscht. Jedes Herrschaftsrecht an einer Sache muß, um voll wirksam zu werden, in offensichtliche Erscheinung treten. Die gehörige sachenrechtliche Erscheinungsform aber ist, bis sie sich etwa als bloßer Schein erweist, mit selbständigen Rechtswirkungen ausgestattet.

Allgemeine sachenrechtliche Erscheinungsform ist im deutschen Mittelalter die Gewere (französisch saisine). Das Wort Gewere, das ursprünglich Bekleidung (vom got. vasjan, althochdeutsch werjan) heißt und daher lateinisch mit vestitura (investitura) wiedergegeben wird, bedeutet zunächst die als Bekleidung mit der Sachherrschaft vorgestellte (daher auch durch Bekleidungssymbole versinnlichte) Einführung in die Sachherrschaft, dann den hiermit hergestellten Zustand und endlich überhaupt jedes an einer Sache begründete Herrschaftsverhältnis, das als formelles Rechtsverhältnis anerkannt ist. Die Gewere ist also das Kleid, die allgemeine Form der Sachenrechte, zugleich aber ein vom materiellen Sachenrecht verschiedenes selbständiges Rechtsverhältnis, mit dem sich ein rechtswirksamer Schein verknüpft. Sie zehrt nicht (wie Albrecht meinte) das materielle Sachenrecht ganz auf; vielmehr steht dieses selbständig dahinter und bricht den Schein, wenn er sich als trügerisch erweist. Sie ist aber auch nicht (wie Heusler annimmt) nur das dem Recht entsprechende tatsächliche Gewaltverhältnis (possessio), sondern (wie namentlich Huber gezeigt hat) die als Rechtsverhältnis wirksame Erscheinungsform des Sachenrechts.

Darum konnte der Begriff der Gewere einem mannigfachen Differenzierungsprozeß unterliegen.

Gewere hat zunächst, wer sich tatsächlich als Herrn einer Sache erweist, indem er sie nach Art selbständiger Rechtsausübung (nicht bloß als unselbständiger Verwalter oder

Hausgenosse) beherrscht. Das ist leibliche Gewere (hebbende, brukende gewere, saisine de fait). Schon hier aber spalten sich Liegenschaftsrecht und Fahrnisrecht. An Liegenschaften äußert sich die Gewere im „Nutzen und Brauchen"; Gewere hat, wer das Gut „in nutz und gelde" hat, Früchte daraus bezieht, Zins davon empfängt, Dienste davon entgegennimmt oder es sonst benutzt (z. B. das Haus bewohnt). Darum ist hier mehrfache Gewere möglich; über der „leiblichen" Gewere des unmittelbaren Besitzers kann eine Gewere des Zins- oder Dienstherrn bestehen. An Fahrnis dagegen äußert sich die Gewere im „Haben", in leiblichem Gewahrsam. Doch erstreckt sich die Gewere an einem Grundstück mittelbar auf die Fahrnis „in der Were", soweit an ihr nicht besondere Gewere besteht. Und das liegenschaftliche Gewerefystem wird auf Vermögensganze (z. B. die Erbschaft) und insoweit auch auf bewegliche Sachen als Vermögensbestandteile erstreckt.

Das Liegenschaftsrecht sonderte sich weiter vom Fahrnisrecht durch die Entwicklung einer ideellen Gewere (saisine de droit), die unabhängig von tatsächlicher Herrschaft dem zugeschrieben wird, der kraft offenkundiger Berufung als Herr der Sache erscheint. Solche Gewere gibt der Erbgang (le mort saisit le vif). Ebenso das Urteil. Sodann vor allem die feierliche und förmliche Auflassung (unten § 44). Endlich wird dem gewaltsam Entwerten trotz des Verlustes der leiblichen Gewere so lange, bis er sich verschwiegen hat, noch Gewere zugesprochen.

Die durch Auflassung erworbene Gewere steigert sich zur rechten Gewere, wenn sie Jahr und Tag ohne gerichtliche Anfechtung bestanden hat (Sachsenfp. II a. 44 § 1).

Mit der Scheidung von Landrecht, Lehnrecht und Hofrecht trat der landrechtlichen Gewere des Herrn eine lehnrechtliche Gewere des Vasallen und eine hofrechtliche Gewere des Bauern gegenüber. Schon zur Zeit der Rechtsbücher aber wurde die Lehnsgewere, später auch die hofrechtliche Gewere zugleich vom Landrecht anerkannt und geschützt.

Mehr und mehr wurde so überhaupt von der Eigengewere („egenlike gewere", Sachsenfp. I a. 44 § 3) dessen, der eine Sache als ihm gehörig beherrscht, die einer begrenzten Rechtsherrschaft entsprechende beschränktere Gewere unterschieden; es gibt lehnische, Erbzins-, Leibzuchts-, Satzungs-, Pacht-, Mietsgewere, Gewere zu treuer Hand und Gewere zu rechter Vormundschaft.

Endlich findet eine Gewere auch an unkörperlichen Sachen statt. Für liegenschaftliche Gerechtsame (oben § 38) gilt das ganze Gewerefystem. Aber auch an dinglichen Rechten, mit denen keine Sachgewere verbunden ist, wird eine Gewere anerkannt. So namentlich an Zinsen und Renten.

Die Wirkungen der Gewere fließen aus dem Grundgedanken, daß die Gewere eine rechtliche Vermutung für das in ihr erscheinende Recht begründet. Daraus erklärt sich ihre defensive, offensive und translative Funktion.

Die Gewere dient der Rechtsverteidigung. Gewere soll, selbst wenn sie unrechtmäßig gewonnen ist („raubliche", „diebliche" Gewere), nur mit Urteil und Recht gebrochen werden. Daher gibt sie gegen jeden außergerichtlichen Angriff die Befugnis der Selbstverteidigung. Aber auch gegen den gerichtlichen Angriff erleichtert sie die Rechtsverteidigung, indem sie eine vorteilhafte Prozeßlage verschafft, insbesondere einen Beweisvorzug begründet. Wer Gewere für sich hat, ist näher zum Beweise des Rechts. Steht Gewere gegen Gewere, so entscheidet die stärkere Gewere. Stärkste Gewere ist die rechte Gewere; wer sie für sich hat, kann die Rechtmäßigkeit seines Besitzes durch einfachen Eid (nach salfränkischem Recht sogar ohne Eid) erhärten und braucht nicht auf seinen Gewährsmann zurückzugehen.

Die Gewere dient ferner der Rechtsverwirklichung. Sie gibt einen Anspruch auf Verwirklichung des ihr entsprechenden Zustandes, zum Teil gegenüber einer schwächeren Gewere durch Eigenmacht („Unterwinden"), zum Teil (wenn Urteil oder Auflassung zu Grunde liegt) durch gerichtliche Besitzeinweisung, im übrigen nur durch Klage, die aber durch die Prozeßvorteile aus der Gewere erleichtert wird. So entspringt der ideellen Gewere ein Anspruch auf Herstellung (für den Entwerten auf Wiederherstellung) der

leiblichen Gewere. Die anwartschaftliche Gewere gibt beim Eintritt der Bedingung, von der ihre Verwirklichung abhängt, Bemächtigungs- und Klagerecht. Die infolge Weggabe der Sache ganz oder teilweise ruhende Gewere begründet, sobald das Besitzrecht erledigt ist, eine Klage auf Rückgewähr; diese Klage um anvertrautes Gut geht aber nur als Liegenschaftsklage gegen jedermann, dagegen als Fahrnisklage nur gegen den Empfänger („Hand wahre Hand"). Endlich gibt auch frühere Gewere, sobald sie unfreiwillig verloren ist, eine Klage auf Herausgabe der Sache; diese Klage aus unfreiwillig verlorener Gewere geht auch als Fahrnisklage gegen jedermann.

Die Gewere dient schließlich der Rechtsübertragung. Die Übertragung von Gewere ist das allgemeine Mittel für die Übertragung oder Begründung von Sachenrecht. Hier aber spalten sich Liegenschafts- und Fahrnisrecht, indem dort mehr und mehr die Übertragung ideeller Gewere entscheidend wurde (vgl. unten § 44), hier die Einräumung leiblicher Gewere erforderlich ist. An sich ist die Gewere nur Mittel der Rechtsübertragung, so daß der Rechtserwerb durch Rechtsmangel beim Vorgänger gehindert wird. Allein in erheblichem Umfange wohnt der Gewere Legitimationskraft inne, vermöge deren sie formelle Verfügungsmacht im Verkehr gibt. Während daher einerseits, wer Recht übertragen will, Gewere haben muß, wird anderseits, wer dem von der Gewere erweckten Schein traut, in seinem Rechtserwerb geschützt. Er erlangt zunächst die Gewerevorteile, zuletzt aber möglicherweise, trotz Mängel im Recht des Vorgängers, das Recht selbst. Im Liegenschaftsrecht heilt die „rechte Gewere" insoweit, als sie die Verschweigung der Anfechtungsrechte bewirkt, Mängel des Rechtstitels. Im Fahrnisrecht schützt der Satz „Hand wahre Hand" den Erwerber vor der Verfolgung der Ansprüche Dritter.

Alle Gewere ist gerichtlich geschützt. Das deutsche Recht kannte aber keine besonderen Besitzschutzklagen, sondern behandelte die Frage, wem die Gewere und welche Gewere jedem gebührt, als eine im Hauptverfahren um das Gut zu entscheidende Vorfrage. Dabei galten zahlreiche Beweisregeln, die im allgemeinen darauf beruhen, daß ältere Gewere als fortbestehend angenommen wird, bis ihre Verdrängung durch jüngere Gewere erwiesen ist (in zweifelhaften Fällen entscheidet Befragung der Umsassen oder Gottesurteil oder wird die Gewere gleich geteilt). Hauptzweck der Vorentscheidung über die Gewere ist Gewinnung der richtigen Prozeßlage; zugleich aber kann vorläufige tatsächliche Herstellung oder Wiederherstellung des der anerkannten Gewere entsprechenden Zustandes verlangt werden.

Literatur: Albrecht, Die Gewere als Grundlage des älteren deutschen Sachenrechts, 1828. Stobbe, Art. „Gewere" in Ersch und Grubers Encyklopädie. Heusler Die Gewere, 1872. E. Huber, Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht, 1894.

§ 43. Der Besitz. Mit dem römischen Recht drang die römische Besitzlehre in Deutschland ein. Obschon aber selbst der Name der Gewere verschwand, ging das System der Gewere keineswegs unter. Vielmehr war die Lehre von der possessio schon in der italienischen Doktrin unter Aufnahme germanischer Gedanken umgebildet und erfuhr in Deutschland weitere Verwandlungen. Im gemeinen Recht siegte dann freilich seit Savignys berühmter Schrift über den Besitz in vielen Punkten eine romanistische Gegenströmung. Aber in den Partikularrechten hatten sich die deutschrechtlichen Einwirkungen verfestigt. Und das Sachenrecht des B.G.B., in dem das deutsche Publizitätsprinzip zu neuem Leben erweckt ist, läßt sich ohne Wiederanknüpfung an die Gewere gar nicht verstehen. Nur setzt im heutigen Recht der Besitz, da sein Begriff von der possessio abstammt, nicht die ganze, sondern nur die leibliche Gewere fort. Was von der ideellen Gewere fortlebt, steckt im Grundbuchrecht (unten § 45).

Der Begriff des Besitzes umfaßt gleich dem der Gewere heute nicht nur den „Eigenbesitz", sondern jede tatsächliche Sachherrschaft, die als selbständige Rechtsausübung auftritt. Erkannte schon das Preußische Landrecht jede selbstnützige Inhabung als („unvollständigen") Besitz an, so stempelt das B.G.B. auch die selbständige Verwaltungsinhabung zu echtem Besitz und schreibt nur dem unselbständigen Verwalter bloße De-

tention für den Besitzer zu. Gleichzeitig aber sieht das B.G.B. in der über dem Lehnbesitz (Nutzungs-, Pfand-, Pacht-, Miets-, Leih-, Verwahrungsbesitz u. s. w.) sich betätigenden Oberherrschaft des Besitzherrn wahren Besitz (sog. „mittelbaren Besitz"), kennt also gleich dem deutschen Recht mehrfachen Besitz (möglicherweise vielfach abgestuften Unter- oder Oberbesitz) an derselben Sache. Im Gegensatz zum deutschen Recht gilt dies nicht bloß für Liegenschaften, sondern auch für Fahrnis. Dagegen hat das B.G.B. die auf deutschrechtlicher Grundlage im gemeinen Recht und in den großen Gesetzbüchern vollzogene Ausdehnung des Rechtsbesitzes auf alle sich in dauernder Ausübung bewährenden Rechte nicht aufgenommen, schränkt vielmehr in Anlehnung an das römische Recht den Besitzschutz auf den Servitutenbesitz ein.

Seinem *Wesen* nach ist der heutige Besitz gleich der Gewere ein Rechtsverhältnis. Er wird durch Rechtshandlungen und in erheblichem Umfange durch Rechtsgeschäfte (Besitzverträge) erworben und verloren und bildet den Gegenstand einer Rechtsnachfolge. Der Besitz kann übertragen werden und geht gemäß dem partikularrechtlich fortgepflanzten Prinzip der Vererblichkeit der Gewere von selbst auf den Erben über (B.G.B. § 857).

Unter den *Wirkungen* des Besitzes entstammt seine Bedeutung für die Ersitzung aus dem römischen Recht. Daß der Besitz gegen eigenmächtige Entziehung oder Störung Selbsthilfeschutz und Gerichtsschutz genießt, hat er mit der Gewere wie mit der possessio gemein. Römischen Ursprungs aber sind die aus den possessorischen Interdikten entwickelten besonderen Besitzschutzklagen. Allerdings wurden sie durch die Ausgestaltung des possessorium ordinarium mit seiner Bevorzugung des älteren Besitzes (neben dem das possessorium summariissimum zum Schutz des jüngsten ruhigen Besitzes eingeführt wurde) und durch die auf Grund des kanonischen Rechts entwickelte Spolienklage, die man auch dem selbstnützigen Detentor gab und bei jedem unfreiwilligen Besitzverlust zuließ, stark germanistisch umgebildet. Allein wenn in Partikularrechten und besonders im preußischen Recht die ordentlichen Besitzklagen vollständig in deutsche Besitzrechtsklagen aus älterem Besitz gegen jeden Schlechterberechtigten umgewandelt wurden, so wurde im gemeinen Recht ihr lange erschütterter rein possessorischer Charakter wiederhergestellt. Auch das B.G.B. regelt die Ansprüche aus Entziehung oder Störung des Besitzes als reine Besitzschutzansprüche, die es nur dem veränderten Besitzesbegriff anpaßt, und schließt Einreden aus dem Recht auf Besitz grundsätzlich aus.

Daneben aber legt das B.G.B. dem Besitz eine Wirkungskraft *für Verteidigung und Durchsetzung des in ihm erscheinenden Rechts selbst* bei. Diese formale sachenrechtliche Kraft des Besitzes ist rein deutschen Ursprungs. Darum eignet sie auch nur dem Fahrnisbesitz, während im Liegenschaftsrecht die entsprechenden Funktionen der Gewere auf den Grundbucheintrag übergegangen sind. Sie äußert sich erstens in der durch den Besitz begründeten Vermutung für ein ihm entsprechendes Eigentum oder dingliches Recht, die nur gegenüber dem, der den Besitz unfreiwillig verloren hat, versagt (B.G.B. § 1006). Zweitens in der auch bei bloß persönlichem Besitzrecht dem Besitzer zustehenden Einrede gegen den Herausgabeanspruch des Eigentümers (§ 986 Abs. 2). Drittens in der mit der alten Fahrnisklage aus unfreiwillig verlorener Gewere übereinstimmenden Klage aus früherem Besitz, die als Besitzrechtsklage auf endgültige Herausgabe der abhanden gekommenen Sache geht und nur am besseren Besitzrecht des gegenwärtigen Besitzers oder an eigenem bösgläubigem Besitzerwerbe scheitert (§ 1007).

Hinsichtlich der *Rechtsübertragung* hat der Besitz bei Fahrnis die Bedeutung der Gewere als Übertragungsmittel von Eigentum und dinglichem Recht und ihre Legitimationskraft übernommen, während bei Grundstücken auch hier der Grundbucheintrag die Gewerefunktion fortsetzt.

Literatur: Bruns, Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart, 1848. Delbrück, Die dingliche Klage des deutschen Rechts, 1857. Cosack, Der Besitz des Erben, 1871. O. Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht, 1897.

§ 44. Die Form des Liegenschaftsverkehrs im deutschen Recht. Die Durchführung des Publizitätssystems im Liegenschaftsverkehr äußerte sich seit alter Zeit darin, daß

die Übereignung von Grundstücken an eine feierliche und öffentliche Übertragung der Gewere gebunden war. Der Veräußerungsvertrag gibt nur einen Anspruch auf Übereignung. Aus der Fort- und Umbildung dieses Gedankens entsprang der gesamte Formalismus des Liegenschaftsrechts.

I. Ursprünglich fand die Übereignung auf dem Grundstücke selbst vor zugezogenen Gemeindezeugen statt. Sie zerfiel aber in zwei verschiedene Handlungen. Die erste von ihnen ist die Sala (traditio), die als feierliche, mit „Hand und Mund" (d. h. mit Sinnbildern und deutenden Worten) vollzogenene Willenserklärung einen dinglichen Vertrag darstellt. Sie setzt sich zusammen aus der Gabe (Übereignungserklärung unter Darreichung einer aus dem Boden gehobenen Scholle), der symbolischen Investitur (Bekleidung des Erwerbers mit dem Handschuh oder einem anderen Herrschaftszeichen, z. B. Messer) und der Auflassung (der Verzichts- oder Räumungserklärung, der resignatio oder dem se exitum dicere des Veräußerers, bei den Franken durch Wurf von Halm oder Stab als effestucatio, bei den Sachsen durch Gelübde mit gekrümmten Fingern vollzogen). Als zweite Handlung schloß sich unmittelbar die Gewere (vestitura) an, die gleichfalls feierliche Einführung in den leiblichen Besitz; wollte der Erwerber nicht im unmittelbaren Besitz bleiben, so gehörte zur Vollwirksamkeit des Besitzwechsels die ihn offenkundig machende sessio triduana (unmittelbarer Besitz durch drei Tage und drei Nächte).

II. Fortbildung. Die Fortbildung knüpfte daran an, daß die Salung vom Grundstücke an einen anderen öffentlichen Ort (bei Traditionen an die Kirche oft in die Kirche) verlegt wurde. Dabei trat neben die volksrechtlichen Formen die traditio per cartam (durch Hinlegen und Aufnehmen der Geschäftsurkunde). Vor allem aber wurde die Vergabung vor Gericht (zuerst vor dem Königsgericht) üblich. Sie schließt mit einem Urteil, daß die Gabe recht und redlich geschehen sei, mit einem richterlichen Aufgebot der Anfechtungsberechtigten und mit der richterlichen Bestätigung („Friedewirken"). Hieraus fließen besondere Vorteile. Der Erwerber erlangt das Gerichtszeugnis und auf Verlangen eine Gerichtsurkunde; er hat einen urteilsmäßigen Anspruch auf Besitzeinräumung und erforderlichenfalls auf gerichtliche Besitzeinweisung; er erzielt endlich den sofortigen Ausschluß aller Anfechtungsberechtigten, die zugegen waren und schwiegen, nach Jahr und Tag aber die rechte Gewere und den Ausschluß der übrigen Anfechtungsberechtigten, sofern sie nicht wegen eines Hinderungsgrundes sich erst später verschweigen. Zuerst im sächsischen Recht (Sachsensp. I a. 52 § 1) und dann auch sonst wurde die gerichtliche Auflassung zur alleinigen landrechtlichen Übereignungsform erhoben. Mit dieser Umbildung Hand in Hand ging die immer kräftigere Ausbildung der ideellen Gewere, deren Übertragung nun die Kraft der dinglichen Rechtsänderung völlig an sich zog.

III. Verzweigung. Die Übereignungsform erfuhr entsprechende Abwandlungen, wenn nicht volles, sondern beschränktes (insbesondere bloß anwartschaftliches oder rückfälliges) Eigentum übertragen werden sollte; gibt der Veräußerer nicht alles Recht auf, so bleibt die Auflassungserklärung weg; hat der Erwerber schon Gewere, so bedarf es keiner Investitur. Mit der Verselbständigung der begrenzten dinglichen Rechte bildeten sich besondere gerichtliche Bestellungs- und Übertragungsformen für diese aus. Aber auch die liegenschaftlichen Gerechtigkeiten und Vermögensinbegriffe wurden der Auflassung zugänglich. — Gegenüber der landrechtlichen Auflassung entwickelten sich ferner besondere Formen des dinglichen Rechtsgeschäfts in anderen Rechtskreisen: die lehnrechtliche Investitur vor dem Lehnsgericht, der hofrechtliche Empfang vor dem Hofgericht, die Übertragung fürstlicher Herrschaften mit besiegelter Urkunde vor dem Reichsgericht, die stadtrechtliche Fertigung vor dem Rat.

IV. Verbindung mit den öffentlichen Büchern. Die zukunftreichste Neubildung war die Verbindung, die zuerst in den Städten und dann auch auf dem Lande die Auflassung mit dem Institut der Grundbücher (oben § 13) einging. Schon früh trug man sowohl den Eigentumswechsel wie die Belastungen der Grundstücke in die Grundbücher ein. Anfänglich nur des Beweises wegen. Aber schon im Mittelalter wurde vielfach die Eintragung zur wesentlichen Schlußhandlung, so daß nun die dingliche

Rechtsänderung sich durch Auflassung (oder sonstigen dinglichen Vertrag) und Eintragung vollzog.

V. Entwicklung seit der Rezeption. Seit der Rezeption galten die römischen Sätze, nach denen an unbeweglichen wie beweglichen Sachen Eigentum durch Tradition auf Grund eines Titels übertragen, dingliches Recht aber durch bloßen Vertrag begründet wird, als gemeines Recht. Allein fast überall in den Partikularrechten lebte die gerichtliche Handlung beim Grundstücksverkehr fort, meist in Verbindung mit einer Bucheintragung oder doch mit gerichtlicher Prüfung und Bestätigung. Vielfach freilich schrumpfte sie zu bloßer gerichtlicher Form des Veräußerungsvertrages zusammen. Anderswo hielt man zwar an der Übereignung durch Tradition fest, ließ aber eine Belastung von Grundstücken mit Hypotheken nur im Wege der gerichtlichen Bestellung und Eintragung in ein Hypothekenbuch zu, so daß nur der eingetragene „Bucheigentümer", er aber auch, wenn er nicht der „wahre Eigentümer" ist, das Grundstück belasten, dagegen nur der wahre Eigentümer es veräußern kann. Dieses im einzelnen sehr ungleich ausgestaltete System der Hypothekenbücher wurde vielfach (in Preußen seit der Hyp.O. v. 20. Dez. 1783, in Bayern 1822, in Württemberg 1825) allgemein eingeführt. Zum Teil auch in den Gebieten des französischen Rechts in Verbindung mit dem französisch-rechtlichen Eigentumsübergange durch bloßen Vertrag (so in Baden schon 1809), während der Code civil an die Um- und Einschreibung im Grundbuch nur gewisse Vorteile knüpft. Es gab aber auch Gebiete, in denen sich das reine deutsche Recht erhielt, so daß Übereignung wie Belastung an gerichtliche Handlung gebunden blieb. Bisweilen ohne eigentliche Grundbücher, wie in Bremen (so noch Erbe- und Handfesten-O. v. 1833 u. 1860) und im gemeinen Sachsenrecht (Übereignung durch „Allodialinvestitur"), meist aber in Verbindung mit vollem Grundbuchsystem, wie in Lübeck, Hamburg und anderen Städten, in Teilen von Mecklenburg, Hannover, Schleswig, Holstein u. s. w. Die grundsätzliche Rückkehr zu diesem System vollzog zuerst das Österr. G.B. (neues Ges. v. 25. Juni 1871), dann die Gesetzgebung einzelner deutscher Staaten (sächs. Ges. v. 1843 u. sächs. GB., thüringische, mecklenb., nassau. und hess. Ges.) und schweizerischer Kantone. Vor allem aber in erweitertem Umfange das preuß. Ges. v. 5. Mai 1872, das allmählich mit Abwandlungen in alle Provinzen (außer Nassau) eingeführt und in anderen Staaten nachgebildet wurde. Hier wurde namentlich das dingliche Rechtsgeschäft wieder vom obligatorischen Vertrage, mit dem es vielfach vermischt worden war, losgelöst und bei der Übereignung als „Auflassung" formell ausgestaltet. Auf der Grundlage des preußischen Rechts ruht das BGB. (§ 873—992) nebst der Reichsgrundbuchordnung.

Literatur: Stobbe, Die Auflassung im deutsch. R., Jahrb. f. Dogm. XII 137 ff. Haiß, Traditio und investitura, 1876. Sohm, Zur Geschichte der Auflassung, 1879. Bewer, Sala, traditio, vestitura, 1880. Aubert, Grundbögernes Historie, 1892. P. Rehme, Das Lübecker Oberstadtbuch, 1895.

§ 45. Das Grundbuchrecht. Mit der Erhebung des Grundbuchrechtes zum gemeinen deutschen Recht ist das Liegenschaftsrecht durchweg dem Publizitätsprinzip unterstellt. Die Grundbücher werden als öffentliche Bücher von den Grundbuchämtern (in der Regel den Amtsgerichten, partikularrechtlich aber auch von anderen Staats- oder Gemeindebehörden) geführt. Ihre Einrichtung ist in den Grundzügen reichsrechtlich geregelt, im einzelnen aber landesrechtlich ungleich gestaltet. Abgesehen von gewissen (besonders öffentlichen und fiskalischen) Grundstücken, die vom Buchungszwange befreit sind, wird jedes Grundstück und jede liegenschaftliche Gerechtigkeit (in der Regel auf einem besonderen Blatt) gebucht. Die Eintragungen bei den einzelnen Grundstücken erfolgen auf Antrag, ausnahmsweise auch von Amts wegen. Die Prüfung erstreckt sich nur auf die formellen Voraussetzungen (Konsensprinzip). Für den durch Versehen angerichteten Schaden haftet der Staat (oder die Gemeinde) mit Vorbehalt des Rückgriffes gegen den schuldigen Beamten.

Der Bucheintrag hat sachenrechtliche Bedeutung. Er bestimmt den

Grundstücksbestand, so daß Veränderungen der Sacheinheit erst durch Ab- und Zuschreibungen zu stande kommen. Er ist ferner erforderlich, damit eine rechtsgeschäftliche Änderung der dinglichen Rechtslage eintrete. Doch hat er diese Wirkung nur zusammen mit einem dinglichen Rechtsgeschäft, das im Falle der Eigentumsübertragung ein als Auflassung formalisierter dinglicher Vertrag, in den Fällen der Begründung, Übertragung, Belastung oder Änderung eines begrenzten dinglichen Rechts ein formfreier dinglicher Vertrag, im Falle des Eigentumserwerbes durch Aneignung eine Aneignungserklärung und in den Fällen der Aufgabe des Eigentums oder eines anderen Rechts ein dinglicher Verzicht ist. Das dingliche Rechtsgeschäft ist abstrakt und wirkt unabhängig von Dasein oder Gültigkeit eines rechtlichen Grundes. Fehlt es aber, oder ist es nichtig, so kommt trotz der Eintragung die Rechtsänderung nicht zu stande, entsteht vielmehr nur ein mit dem wahren Recht nicht übereinstimmender buchmäßiger Schein. Soweit eine Rechtsänderung, weil sie auf nicht rechtsgeschäftlichem Wege erfolgt ist oder für rechtsgeschäftliche Änderungen eine Ausnahme gilt, ohne Eintragung eintritt oder Verfügungsbeschränkungen (auch bei gebundenen Gütern) oder ältere Rechtsverhältnisse in Frage stehen, ist der Bucheintrag regelmäßig erforderlich, um der dinglichen Rechtslage Wirksamkeit gegen gutgläubige Dritte zu verschaffen. Der Bucheintrag bestimmt ferner den Rang der eingetragenen Rechte. Er schließt endlich das Erlöschen der dinglichen Rechte durch Vereinigung mit dem Eigentum aus.

Der Bucheintrag begründet aber zugleich ein *selbständiges Formalrecht*, das nach Art der ideellen Gewere des deutschen Rechts dem materiellen Sachenrecht gegenüber wirksam wird. An sich geht freilich, wenn das Grundbuch mit der dinglichen Rechtslage nicht übereinstimmt, das wahre Recht dem buchmäßigen Scheine vor. Allein zunächst entsteht aus der Eintragung oder Löschung eines Rechts eine Vermutung für dessen Bestand oder Nichtbestand. Sodann und vor allem hat kraft des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs der buchmäßige Schein eine formale Legitimationskraft, so daß, wer im rechtsgeschäftlichen Verkehr auf die Richtigkeit oder Vollständigkeit des Grundbuchs vertraut, den sachenrechtlichen oder sonstigen rechtlichen Erfolg erzielt, den er erwarten durfte. Nur böser Glaube (nicht auch, wie meist bisher, Unentgeltlichkeit des Erwerbes) schließt diesen Erfolg aus. Der wahrhaft Berechtigte erleidet damit einen entsprechenden Rechtsverlust und behält nur möglicherweise einen persönlichen Anspruch auf Wiederherstellung oder Schadensersatz aus unerlaubter Handlung oder aus ungerechtfertigter Bereicherung (den Bereicherungsanspruch auch gegen den Erwerber, falls dieser unentgeltlich erworben hat). Endlich findet, während der Bucheintrag das in ihm erscheinende Recht regelmäßig gegen Ersitzung und Verjährung schützt, auf Grund einer unrichtigen Eintragung in Verbindung mit dreißigjährigem Besitz eine Buchersitzung, auf Grund einer unrichtigen Löschung oder Nichteintragung eine Buchversitzung statt.

Als *Sicherungsmittel* gegen die Gefahren, die das formale Buchrecht für das materielle Recht birgt, dient die Eintragung von Schutzvermerken. Das B.G.B. kennt die „Vormerkung", die einem persönlichen Anspruch auf dingliche Rechtsänderung dingliche Wirksamkeit verleiht, und den „Widerspruch", der zu Gunsten eines durch Unrichtigkeit des Grundbuches gefährdeten dinglichen Rechts den öffentlichen Glauben des Buches außer Wirksamkeit setzt, auch die Buchersitzung hemmt, die Buchversitzung hindert.

Wer durch unrichtigen buchmäßigen Schein in seinem Recht bedroht ist, hat einen unverjährbaren dinglichen *Berichtigungsanspruch* gegen alle Beteiligten. Die Berichtigung wirkt zurück, kann aber natürlich die inzwischen auf Grund des öffentlichen Glaubens des Buches eingetretenen Rechtsänderungen nicht wegschaffen. Zu unterscheiden von Unrichtigkeiten des Buches sind einerseits nichtige Einträge, die überhaupt wirkungslos sind und von Amts wegen gelöscht werden können, andererseits unbegründete, aber richtige Einträge, die nur einen persönlichen Anspruch auf Beseitigung mit Wirkung ex nunc erzeugen.

Kapitel III. Das Liegenschaftsrecht.

Abschnitt I. Das Eigentum.

§ 46. Geschichte und Wesen des deutschen Grundeigentums. Dem deutschen Recht war von je der Begriff des Eigentums als des materiellen Herrschaftsrechts über eine Sache bekannt: eine Sache ist jemandes „eigen", sie ist „res sua", er ist ihr „Herr". Doch wurde der Begriff nicht abstrakt, sondern konkret als Inbegriff der an der Sache möglichen Machtbefugnisse gefaßt. In vorgeschichtlicher Zeit nur auf Fahrnis angewandt, wurde seit der festen Ansiedlung der Eigentumsbegriff auch auf Grund und Boden erstreckt. Allein das Grundeigentum blieb seinem inneren Wesen nach vom Fahrniseigentum verschieden. Es fehlte sogar ein gemeinsamer Gattungsname („eigen" und „erbe" hieß nur das Grundeigentum). Mit dem römischen Recht drang dessen abstrakter, vom Gegenstande unabhängiger Eigentumsbegriff ein; seine Anwendung auf das Grundeigentum leistete wesentliche Dienste bei der Umgestaltung aller wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse. Allein nur allmählich und niemals vollständig drang die Gleichstellung durch; bis heute trennt eine tiefe Kluft das Grundeigentum vom Fahrniseigentum.

Die deutsche Grundeigentumsordnung beruhte auf der Verwirklichung der Bodenherrschaft in den beiden einander ergänzenden und durchdringenden Formen des (genossenschaftlichen oder herrschaftlichen) *Gemeinschaftseigentums* und des *Sondereigentums*. Unter dem Einflusse des römischen Rechts wurde das Grundeigentum (auch das des Staats und der andern öffentlichen Verbände) grundsätzlich zu Individualrecht. Aber es erhielten sich und es bildeten sich neu deutschrechtliche Formen des Gemeinschaftseigentums, die das Eigentum sozialrechtlich umbilden (§ 48).

Das deutsche Grundeigentum schloß gleichzeitig *private und öffentliche Sachherrschaft* (Grundvermögen und Grundherrschaft) ein. In wachsendem Maße nahm es öffentliche Rechte und Pflichten auf, die hierdurch „patrimonial" wurden, zugleich aber die Entwicklung des Grundeigentums zu reinem Privatrecht hinderten. In neuerer Zeit wurde die öffentlichrechtliche Bodenherrschaft als Gebietshoheit vom Eigentum gesondert. Das Eigentum wurde Privatrecht. Doch blieben zunächst zahlreiche publizistische Befugnisse als Patrimonialrechte mit dem Grundeigentum verknüpft; erst die neueste Zeit beseitigte sie bis auf einzelne Trümmer. Andererseits blieb das Grundeigentum in höherem Maße als das Fahrniseigentum öffentlichrechtlich beschränkt. Die ältere Theorie schrieb sogar dem Staate ein „dominium eminens" am Boden zu. Heute darf die öffentliche Sachherrschaft nicht als eine Art des Eigentums aufgefaßt, wohl aber muß beachtet werden, daß sie, da jedes Grundstück zugleich ein Teil des vaterländischen Bodens ist, die private Sachherrschaft daran in feste Schranken weist und im Kollisionsfall überwindet (§ 49 a. E., § 50)

Das deutsche Grundeigentum verband mit dem *vermögensrechtlichen* Inhalte einen *persönenrechtlichen* Inhalt; es bestimmte je nach seiner Beschaffenheit Stand und Beruf, gab Amt und Pflicht, war eine soziale Position. Unter dem Einflusse des römischen Rechts wurde es reines Vermögensrecht. Aber sein Persönlichkeitswert wirkt auch heute auf das Vermögensrecht abwandelnd ein und ruft vor allem bei den gebundenen Gütern Rechtssätze hervor, die dem Gedanken Ausdruck geben, daß die Grundstücke niemals Waren sind, sondern Familienheimat und Berufsstätte.

Ursprünglich kannte das germanische Recht nur ein *einziges Sachherrschaftsrecht*, das aber mehr oder minder vollständig sein konnte; es gab lebenslängliches oder fest befristetes, unveräußerliches oder beschränkt veräußerliches, freies oder belastetes, anwartschaftliches und rückfälliges (aufschiebend oder auflösend bedingtes) Eigentum. So erschienen die begrenzten dinglichen Rechte als Eigentumsformen (Nießbrauch, Pfandrecht) oder Ausflüsse von Eigentumsverteilung (Dienstbarkeiten, Reallasten). Mit der Entwicklung der Leiheverhältnisse zweigten sich vom „Eigen" die mehr und mehr als dinglich anerkannten *Leihbesitzrechte* des Lehnrechts, des Hofrechts und endlich auch des Land-

rechts ab („Lehn", „Erbe" u. s. w.). Allmählich verselbständigten sich dann in allen Rechtskreisen dem Eigen gegenüber auch begrenzte dingliche Rechte (Leibzucht, Satzung, Wartrecht, Dienstbarkeiten, Reallasten u. s. w.). Ihre Zahl war unbegrenzt, die Bildung neuer Typen stets möglich. So trat eine außerordentliche Zersplitterung der Sachherrschaft ein.

Das deutsche Recht bildete nunmehr einen begrifflichen Gegensatz zwischen dem Eigentum und den anderen Sachenrechten aus. Damit wurde zugleich das Recht schärfer von seinem Gegenstande abgehoben; während ursprünglich das Wort „eigen" beides bezeichnet, kommt seit dem 13. Jahrh. das Wort „eigenschaft" oder „egendom" (ähnlich „lehnrecht" neben „lehen" u. s. w.) auf. Allein immer erscheinen das Eigentum und die anderen Sachenrechte als gleichartig und gleich unmittelbar; diese anderen Rechte ergreifen entweder gleichfalls die Sache im ganzen und sind dann eigentumsähnliche Rechte (Lehen, Erbzinsrecht u. s. w., zum Teil auch „eigen" genannt), oder sie sind auf Teilherrschaft gerichtet und gelten dann als verselbständigte Eigentumssplitter. Hiermit hängt es zusammen, daß das Eigentum durch Abtrennung von Herrschaftsrechten sich mindert und, ungleich dem „elastischen" römischen Eigentum, Abstufungen erleidet; das vollkommene Eigentum heißt echtes, durchschlachtiges, lauteres, lediges, volles, freies Eigentum; das Eigentum ist nicht echt, wenn es nicht ursprünglich, nicht ledig, wenn es verliehen, nicht voll, wenn es durch Absplitterung geschwächt, nicht frei, wenn es belastet ist. Mit dem römischen Recht drang dann die Unterscheidung von dominium und iura in re aliena ein. Allein einerseits erhielten sich im „geteilten Eigentum" mehrfache auf die Sache im ganzen gerichtete Herrschaftsrechte (§ 47), andererseits blieben die begrenzten dinglichen Rechte verselbständigte Eigentumssplitter. Auch ihre unbegrenzte Zahl erhielt sich im gemeinen Recht und in den Partikularrechten (besonders im preuß. Recht, nach dem jedes persönliche Recht durch Sachbesitz oder Grundbucheintrag dinglich wird). Doch vollzog sich in neuester Zeit eine fortschreitende Konzentration des Eigentums durch Beseitigung der Eigentumszersplitterung. Das B.G.B. läßt für die Zukunft nur noch die Entstehung bestimmter Arten von Rechten an Grundstücken zu, immerhin aber einer größeren Zahl, als sie das römische Recht kennt.

Während im Mittelalter alles Grundeigentum mannigfach gebunden war (durch Familien-, Nachbar-, Gemeinde-, Herren- und Königsrecht), wurde zuerst in den Städten und allgemein durch die neuere Gesetzgebung die Freiheit des Grundeigentums grundsätzlich verwirklicht. Aber unser Grundeigentum hat niemals den Charakter eines absoluten Rechtes angenommen; es trägt Schranken in sich und ist mit Pflichten durchmischt. Und es gibt Rechtsinstitute, die ein gebundenes Eigentum begründen.

Der Begriff des Eigentums wurde im Mittelalter auch auf das Herrschaftsrecht an unkörperlichen Sachen erstreckt. Hieran hielten neuere Gesetzbücher fest (Preuß. L.R. I, 8 § 1, Österr. G.B. § 353). Das B.G.B. vermeidet diesen Sprachgebrauch.

Literatur: Arnold, Zur Geschichte des Eigenthums in den deutschen Städten, 1861. Rosenthal, Zur Geschichte des Eigenthums in der Stadt Würzburg, 1868. Des Marez, Etude sur la propriété foncière dans les villes du moyen âge, 1898.

§ 47. Das geteilte Eigentum. Um die mittelalterlichen Leiheverhältnisse, bei denen mehrere ein die Sache im ganzen ergreifendes Herrschaftsrecht hatten, mit dem römischen Recht in Einklang zu setzen, entwickelten die Glossatoren und Postglossatoren die Theorie eines neben dem dominium directum des Herrn bestehenden dominium utile des Besitzers. Man berief sich hierfür auf die in den Quellen dem Emphyteuta und Superfiziar gewährte actio in rem utilis, aus der ein ius utile folge. Diese Theorie nahm man, da man unmöglich allen Vasallen und Zinsbauern ein bloßes ius in re aliena zuschreiben konnte, in Deutschland auf, gestaltete sie aber im Sinne der Unterscheidung von „Obereigentum" und „Untereigentum" oder „nutzbarem Eigentum" um. Der Begriff des geteilten Eigentums ging in die Reichsgesetze, die gemeinrechtliche Praxis und die Landesgesetze über und hat sich trotz der Bekämpfung durch die neuere Jurisprudenz, die ihn für logisch unmöglich erklärte, im positiven Recht erhalten. Er ist eben

zwar mit dem römischen, nicht aber mit dem deutschen Eigentumsbegriff unvereinbar. Bei geteiltem Eigentum steht das volle Eigentum nur dem Ober- und Untereigentümer zusammen, jedem von ihnen für sich aber ein Befugnisinbegriff zu, der die Sache im ganzen ergreift und als selbständig vererbliches, veräußerliches und vindizierbares Eigentum gilt, auch durch Wegfall des anderen Rechtes zu Volleigentum wird. Das geteilte Eigentum ist indes, nachdem es seine große historische Mission der Wiederaufteilung des in den Händen weniger zusammengeflossenen Grundeigentums erfüllt hat, im größten Teile Deutschlands durch gesetzliche Verwandlung des Untereigentums in Volleigentum beseitigt. Dabei wurde vielfach seine Neubegründung für die Zukunft verboten. Das B.G.B. kennt es nicht, läßt es aber auf den dem Landesrecht vorbehaltenen Gebieten da, wo es noch anerkannt ist, unberührt.

§ 48. **Das gemeinschaftliche Eigentum.** Das deutsche Recht kannte von je, schuf stets von neuem und bewahrte bis heute zahlreiche Formen von kollektivem Eigentum, die weder eine ausschließliche Sachherrschaft einer juristischen Person noch ein in gesonderte ideelle Anteile der Teilhaber zerlegtes Miteigentum darstellen. Die romanistische Theorie zwängte sie in die eine oder andere Kategorie. Die Germanisten aber stellten seit Ende des 17. Jahrhunderts — es war dies ihr erster Versuch selbständiger Begriffsbildung — den Zwischenbegriff eines deutschrechtlichen Gesamteigentums (condominium juris Germanici) auf, der auch auf die Gesetzbücher einwirkte. Man konstruierte es teils als condominium plurium in solidum, wobei sich das Recht eines jeden auf die ganze Sache erstrecke (so Justus Veracius i. J. 1681 für die Bamberger eheliche Gütergemeinschaft), teils als Eigentum der zur „persona moralis" verbundenen Gesamtheit (so das Naturrecht). Die neuere romanistische und romanisierende germanistische Jurisprudenz verwarf den Begriff. Er bedarf aber nur der Läuterung, die ihm die deutschrechtliche Genossenschafts- und Gemeinschaftslehre verschafft hat. In der Tat gibt es (auch nach dem B.G.B.) neben dem Miteigentum nach Bruchteilen, bei dem das Eigentum als solches in frei verfügbare Anteile zerfällt, echtes Gemeinschaftseigentum (an Grundstücken, Gerechtigkeiten, besonders auch an einem Sondervermögen als solchem). Es ist aber entweder genossenschaftliches Gesamteigentum, bei dem die Eigentumsbefugnisse teils bei einer Verbandsperson konzentriert, teils in Sonderrechte der Mitglieder zerstreut sind, oder Gemeinschaftseigentum zur gesamten Hand, bei dem die Eigentumsbefugnisse teils der zur Personeneinheit verbundenen Gesamtheit, teils den einzelnen Gemeinern zustehen. Das Nähere bestimmt dort die Genossenschaftsverfassung, hier die Ordnung der personenrechtlichen Gemeinschaft.

Literatur: Oben zu § 30 u. 34. Tuncker, Das Gesammteigenthum, 1843.

§ 49. **Erwerb und Verlust.** Die älteste Erwerbsart von Grundeigentum war Aneignung durch die Volksgesamtheit und Zuteilung an engere Verbände und Einzelne. Die Zuweisung durch den König oder Landesherrn (regelmäßig mittels Erteilung einer öffentlichen Urkunde) blieb im Frankenreich und später in den Kolonisationsgebieten ein wichtiger Erwerbsgrund. Die Aneignung von herrenlosem Lande wurde an königliche Zustimmung gebunden und galt später als staatliches Vorrecht. Gegenüber dem in das gemeine Recht übernommenen römischen Prinzip der Aneignungsfreiheit hielten Landesrechte (so auch preuß. und französ. Recht) am ausschließlichen Aneignungsrecht des Staates fest. Das B.G.B. erhebt dies zu gemeinem Recht, läßt aber Landesrechte, nach denen das Aneignungsrecht dem Gutsherrn oder der Gemeinde zusteht (schlesisches „Auenrecht"), unberührt. Der Eigentumserwerb erfolgt erst durch Eintragung. Dem Aneignungsrecht unterliegt auch verlassenes Land; das Eigentum wird aber nur durch Verzichtserklärung und Eintragung verloren.

Die rechtsgeschäftliche Übertragung des Eigentums erfolgt durch dinglichen Vertrag und Eintragung (oben §§ 44—45); die Willenseinigung muß hier als „Auflassung" bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile mündlich vor dem Grundbuchamt (nach Landesrecht auch vor einer anderen Behörde oder einem Notar) erklärt werden und

verträgt weder Bedingung noch Befristung. Das Eigentum an buchungsfreien und nicht gebuchten Grundstücken geht nach allen Ausführungsgesetzen zum B.G.B. durch bloße Einigung in öffentlich beglaubigter Form über.

Eine Ersitzung von Grundeigentum ist nach dem B.G.B. nur noch als Buchersitzung und überdies nach dreißigjährigem Besitz auf Grund Ausschlusses des eingetragenen Eigentümers und Eintragung des Besitzers (§ 927) möglich.

Eigentumserwerb ohne Eintragung erfolgt in den Fällen einer Gesamtnachfolge (Erbgang, Eintritt ehelicher Gütergemeinschaft, Anwachsung bei gesamter Hand u. s. w.), durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung und durch gesetzliche Übertragung (Reichsges. v. 25. Mai 1873, Landesgesetz nach E.G. a. 126).

Dazu tritt der Eigentumserwerb durch Enteignung (Expropriation), die seit dem M.A. auf deutschrechtlicher Grundlage als besonderes Rechtsinstitut ausgebildet und durch Landesgesetze näher geregelt ist. Die Enteignung ist ein staatlicher Eingriff in das Sachenrecht, durch den im öffentlichen Interesse Eigentum übertragen oder belastet oder ein Recht am Grundstück beseitigt, dem Erwerber aber, sei dies der Staat selbst oder ein anderer Unternehmer, die Verpflichtung zu voller Entschädigung des Enteigneten auferlegt wird. Ihrem rechtlichen Wesen nach ist die Enteignung ein in geordnetem Verfahren vollzogener rein öffentlichrechtlicher Akt, der aber privatrechtliche Wirkungen hat. Das Eigentum geht mit der endgültigen staatlichen Willenserklärung (Enteignungsbeschluß) über. Der Entschädigungsanspruch und die geleistete Entschädigung treten als Surrogat an Stelle des entzogenen Sachenrechts. Besondere Enteignungsarten sind im Agrarrecht (meist mit Entschädigung in Land), Deichrecht, Bergrecht, städtischen Baurecht, Wegerecht u. s. w. ausgebildet.

§ 50. Inhalt des Grundeigentums. Das Eigentum gibt die vollste Sachherrschaft, die das Privatrecht kennt, ist aber an Grund und Boden und in erhöhtem Maße an bestimmten Arten von Grundstücken einer Fülle gesetzlicher Schranken unterworfen. Diese Beschränkungen gehören teils dem öffentlichen Recht, teils dem Privatrecht an. Gemischter Natur sind die Regalien (unten § 51).

Zu den öffentlichrechtlichen Beschränkungen gehören die dem Landesrecht vorbehaltenen Beschränkungen der Verfügung (Veräußerung, Teilung, Vereinigung und Belastung, E.G. a. 115, 117, 119) und die reichs- und landesrechtlichen Beschränkungen der Eigentumsausübung kraft Militärhoheit, Gewerbepolizei, Baupolizei, Landeskulturpolizei, Wasser-, Wege-, Forst-, Berghoheit u. s. w., die den Eigentümer bald zum Unterlassen eines gewissen Gebrauchs, bald zur Duldung gewisser Eingriffe, bald zu einem positiven Tun verpflichten.

Privatrechtliche Beschränkungen entspringen in Ansehung der Verfügung aus dem Sonderrecht der gebundenen Güter, in Ansehung des Gebrauches teils aus den hier besonders bedeutungsvollen allgemeinen Eigentumsschranken, wie dem Schikaneverbot (durch welches das in deutschen Quellen oft ausgesprochene Verbot des „Neidbaus" gedeckt wird) und dem Wegfall des Ausschließungsrechts gegenüber einem durch Nothilfe gerechtfertigten Eingriff (§ 904), teils aus besonderen Sätzen des Liegenschaftsrechts. Zu den letzteren gehört der gegenüber dem römischen Recht durchgedrungene Satz, daß der Eigentümer Einwirkungen nicht verbieten kann, die in solcher Höhe oder Tiefe vorgenommen werden, daß er an der Ausschließung kein Interesse hat (B.G.B. § 905). Insbesondere aber gehören dazu die Sätze des Nachbarrechts.

Das Nachbarrecht, das in der nachbarlichen Gemeinschaft wurzelt, begründet mit den Beschränkungen des einen Eigentums zugleich Erweiterungen des anderen Eigentums. Die ihm entspringenden Ansprüche auf Dulden, Unterlassen oder Tun des jeweiligen Eigentümers des Nachbargrundstücks sind privatrechtlicher Natur. Sie sind aber keine besonderen Dienstbarkeiten („Legalservituten") oder Reallasten, sondern gesetzliche Eigentumsbestandteile. Unser heutiges Nachbarrecht ist nur zum kleineren Teil römischen, zum größeren Teil deutschen Ursprungs; es ist mannigfach ungleichartig ausgestaltet und auch im B.G.B. nur teilweise einheitlich geregelt. Dem deutschen Recht entstammen ins-

besondere: 1) Die Verpflichtung zur Duldung unerheblicher oder nach der örtlichen Lage gewöhnlicher unwillkürlicher Immissionen (B.G.B. § 906). 2) Die landesrechtlich festgehaltene Verpflichtung, bei Bauten und anderen Anlagen (auch Baumpflanzungen) oder doch bei lästigen Anlagen einen bestimmten Abstand von der Grenze einzuhalten. 3) Das landesrechtliche Fenster- und Lichtrecht, das einerseits gegen das Verbauen der seit 10 Jahren bestehenden Lichtöffnungen, andererseits gegen die Anlage neuer Lichtöffnungen in Wänden an der Grenze Schutz gewährt. 4) Das allgemeine Recht auf den Notweg (B.G.B. §§ 917—918). Verwandt sind die landesrechtlich festgehaltenen Rechte, beim Pflügen auf dem Nachbargrundstück zu wenden (Anwenderecht) und beim Bauen das Gerüst auf das Nachbargrundstück zu stellen (Leiterrecht) und es zu bewerfen (Hammerschlagsrecht). 5) Das Überhangsrecht auf Entfernung und Aneignung überhängender Zweige und das Überfallsrecht auf überfallende Früchte des Nachbarbaumes (Recht des „Anrieses"; „wer den bösen Tropfen genießt, genießt auch den guten"); vgl. B.G.B. §§ 910 u. 911. 6) Das Überbaurecht, demzufolge der Nachbar einen versehentlichen Grenzüberbau, falls er nicht rechtzeitig widersprochen hat, gegen Entschädigung dulden muß (B.G.B. §§ 912—916). 7) Das Grenzrecht mit gegenseitiger Abmarkungspflicht und gesetzlichen Gemeinschaftsverhältnissen an Grenzeinrichtungen (B.G.B. §§ 919—923).

Literatur: Hesse, Die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn, 2. Aufl. 1880. H. Beck, Die Rechtsverhältnisse zwischen benachbarten Grundstücken, 1890. Haidlen, Landwirthschaftliches Nachbarrecht in Württ., 1893. Theiler, Das Nachbarrecht des Kantons Schwyz, 1900. Fahne, Das Fenster- und Lichtrecht, 1840. A. Menzel, Das Recht des Nothwegs, 1896. A. B. Schmidt, Das Recht des Ueberhangs u. Ueberfalls, 1886. M. Wolff, Der Bau auf fremdem Boden, insbesondere der Grenzüberbau u. s. w., 1900.

Abschnitt II. Die Regalien und ihre Nachwirkungen.

§ 51. Die Regalien. Als „iura regalia" bezeichnete man ursprünglich alle dem Könige vorbehaltenen Rechte. In bunter Mischung wurden so in der Constitutio Friderici I de Regalibus von 1158 die königlichen Rechte in Italien aufgezählt. Sie fand Aufnahme in das langobardische Lehnrechtsbuch (II F. 56) und gewann auch in Deutschland Einfluß. Die Regalien kamen jedoch durch Verleihung vielfach in die Hände von Fürsten (den Kurfürsten wurden die meisten schon in der Goldenen Bulle allgemein zugesprochen), Städten und Grundherren. Später konzentrierten sie sich bei den Landesherren.

Infolge der patrimonialen Auffassung der Staatsgewalt wurden die Regalien hauptsächlich von der nutzbaren Seite her angesehen und auch bei der Ausbildung des Territorialstaatsrechts seit dem 16. Jahrhundert unter fiskalischen Gesichtspunkten behandelt und vermehrt. Zugleich aber diente der Begriff der Regalität, um die staatliche Fürsorge für das gemeine Wohl durchzusetzen. Dies führte, seitdem die Staatsgewalt aus dem Begriff der „maiestas" (Souveränität) abgeleitet wurde, zur Unterscheidung der dem Staat seinem Begriff nach zustehenden höheren Regalien (Regalia maiora oder essentialia) und der von ihm besonders erworbenen niederen Regalien (Regalia minora oder accidentialia). Jene nannte man auch „Majestätsrechte" oder „wesentliche Hoheitsrechte", diese „nutzbare Regalien" und endlich allein noch „Regalien". Doch rechnete man zu den letzteren immer noch manche echten Hoheitsrechte. Erst im 19. Jahrhundert drang die scharfe Sonderung der Regalien sowohl von den rein öffentlichen Hoheitsrechten, die in der Staatsgewalt begrifflich enthalten sind, wie von den rein privaten fiskalischen Rechten, die der Staat aus gleichen Titeln wie eine Privatperson erworben hat, allmählich durch.

Heute sind Regalien nur solche Rechte, die an sich einen privatrechtlichen Inhalt haben, jedoch kraft eines Satzes des öffentlichen Rechts ausschließlich dem Staate zustehen. In dem Regal verbindet sich mit der „Regalhoheit", die dem Staate auch ohne das Regal zustehen würde und dieses überlebt, die „Regalherrlichkeit", die dem Staate die Substanz eines nutzbaren Rechts gewährt und sich in vorbehaltenen Nutzungen und im Heimfallsrecht äußert. Die Regalherrlichkeit ist unübertragbar; eine Befreiung von ihr

kann nur durch besonderen Rechtssatz (Privileg) eintreten. Dagegen kann die Regalnutzung Privatpersonen überlassen werden und den Inhalt besonderer Privatrechte bilden. Früher wurden aus dem Regal, hauptsächlich durch Verleihung oder Unvordenklichkeit, selbständige „Regalgerechtigkeiten" abgeleitet. In neuerer Zeit wird die Regalnutzung auch verpachtet.

Als Arten der Regalien kommen, da viele ältere Regalien verschwunden oder in reine Hoheitsrechte übergegangen sind (z. B. Fremden-, Juden-, Zoll-, Münzregal), hauptsächlich noch Gewerberegale und grundherrschaftliche Regalien in Betracht. Die ersteren (bei uns Post- und Telegraphenregal, früher Salzhandels-, Spielkartenregal u. s. w., im Auslande Tabaks- und Branntweinregal) gewähren dem Staate eine ausschließliche Gewerbeberechtigung (oben § 36). Die grundherrschaftlichen Regalien behalten dem Staat nutzbare Befugnisse vor, die ursprünglich im Grundeigentum enthalten waren, dann aber diesem gegenüber verselbständigt sind. Schon im Mittelalter in reicher Fülle entwickelt und später unter Zuhilfenahme der Lehre vom dominium eminens und vom staatlichen Recht auf herrenlose Sachen vermehrt, sind sie in neuerer Zeit vielfach beseitigt und durch bloße Hoheitsrechte ersetzt. So ist z. B. an Stelle des Wegeregals bloße Wegehoheit getreten. Aber zum Teil bestehen sie noch, und zum anderen Teil wirken sie nach. Insbesondere hängt die Gestaltung des Wasserrechts, des Forst- und Jagdrechts und des Bergrechts mit der Regalienlehre zusammen.

§ 52. Das Wasserrecht. Das deutsche Recht hat hinsichtlich der Rechtsverhältnisse an fließenden Gewässern ein besonderes Wasserrecht ausgebildet, das auf intensiver Einschränkung des Privatrechts durch öffentliches Recht und des Sonderrechts durch Gemeinschaftsrecht beruht. Das Wasserrecht, das dem Landesrecht vorbehalten ist (E.G. a. 65), ist in einzelnen Staaten kodifiziert, in Preußen dagegen noch nicht einheitlich geregelt.

Öffentliche Gewässer (im Zweifel alle schiffbaren) stehen im Eigentum des Staates, sind aber grundsätzlich dem gemeinen Gebrauch unterworfen. Der gemeine Gebrauch wird aber durch mancherlei Regalien eingeengt. So finden sich das Flößereiregal, das Fährregal und das Mühlenregal mit daraus abgeleiteten Flößerei-, Fähr- und Mühlengerechtigkeiten. Ferner gilt überwiegend das Fischereiregal, aus dem alte Fischereigerechtigkeiten (oft von Genossenschaften) abstammen. Doch hat sich daneben mitunter die gemeine Fischerei (im Sachsensp. I a. 28 § 4 noch vorausgesetzt) erhalten, die aber neuerdings meist (z. B. in Preußen) in Gemeindefischerei verwandelt ist, bisweilen auch ein Fischereirecht der Anlieger ausgebildet. Gemein ist die Fischerei im offenen Meer. Dagegen besteht (in Pommern und Westpreußen im Meere und am Strande, in Ostpreußen auch im Binnenlande) ein Bernsteinregal. Soweit Gemeingebrauch stattfindet, unterliegt er der Regelung und zum Teil auch der Belastung mit öffentlichen Abgaben kraft staatlicher Hoheitsrechte; Sondergebrauchsrechte, die den Gemeingebrauch einengen, können durch staatliche Verleihung begründet werden. Allgemein ist die Fischerei durch Fischereiordnungen geregelt, um der Fischverwüstung vorzubeugen; zum Teil werden zwangsweise Fischereigenossenschaften für gemeinsamen Schutz oder auch für gemeinsame Benutzung von Fischwässern gebildet.

Privatgewässer gehörten einst regelmäßig zur Allmende und waren zum Gebrauch der Gemeindegenossen bestimmt. Gewisse Nutzungen (Schöpfen, Tränken, bisweilen auch die Fischerei) sind gemein geblieben. Im übrigen ist das Eigentum der Uferanlieger durchgedrungen. Doch erstrecken sich manche Regale auch auf Privatgewässer. Und allgemein ist das Benutzungsrecht durch die Gemeinschaft der Anlieger beschränkt, so daß die Benutzung des Wassers zur Bewässerung und als Triebkraft nur mit Rücksichtnahme auf die Benutzungsrechte aller anderen stattfinden darf.

Das Wasserrecht wirkt beschränkend auf das Eigentum am Ufer ein; die Ufer öffentlicher Gewässer sind mit der Pflicht zur unentgeltlichen Einräumung des Leinpfades für die Schiffahrt und zur gewöhnlichen Uferbefestigung belastet.

Besondere wasserrechtliche Arten des Eigentumserwerbes, die teils römischer,

teils deutscher Herkunft sind, finden nach Landesrecht (E.G. a. 65) an Anlandungen, Inseln und verlassenen Flußbetten statt.

Endlich wirkt das Wasserrecht vereinigend und beschränkend auf das Grundeigentum zurück, indem es Grundeigentümergenossenschaften mit Zwangsmitgliedschaft und genossenschaftlicher Belastung der Grundstücke hervorruft. Uralt sind die früh von den kommunalen Verbänden abgezweigten Deichgenossenschaften (Deichachten, Kooge) zur gemeinsamen Abwehr einer Überschwemmungsgefahr durch Anlage und Unterhaltung von Deichen. Sie wurden mehr und mehr (oft sogar unter Annahme eines „Deichregals") verstaatlicht, sind aber heute wieder selbständige öffentliche Körperschaften unter Staatsaufsicht. Den Mittelpunkt des vielfach sehr eigenartig ausgestalteten Deichrechts bildet die als öffentliche Reallast auf den verbundenen Grundstücken ruhende Deichlast, von der es keine Befreiung gibt („kein Deich ohne Land, kein Land ohne Deich"). Ihre Verteilung erfolgte früher nach Deichstrecken („Kabel-" oder „Pfanddeichung", dabei vermöge des „Spatenrechts" Landverwirkung durch Säumnis: „wer nicht kann deichen, muß weichen"), in neuerer Zeit meist nach Kostenbeiträgen („Kommunionbeichung"). Verwandt sind die alten Sielachten für Ent- und Bewässerung durch Siele (Abzugskanäle) und Schleusen. In neuerer Zeit ist die Bildung ähnlicher öffentlicher Wassergenossenschaften mit Zwang gegen die Minderheit und Belastung der verbundenen Grundstücke für Wassermeliorationen aller Art ermöglicht. In Preußen können auch freie Wassergenossenschaften als private Vereine gebildet werden und durch Eintragung in das Register für Wassergenossenschaften Rechtsfähigkeit erlangen.

Literatur: v. Pözl, Krit. V.-Schr. I u. XXII. Baron, Zeitschr. f. vergl. Rechtswiss. I u. II. Randa, Das österreichische Wasserrecht. 1878. Nieberding, Wasserrecht u. Wasserpolizei, 2. Aufl. 1889. Hofacker, Das Floßregal, 1844. Dörfel, Das preußische Fischereirecht, 1887. Th. Lewald, Die Adjacentenfischerei, 1888. Hackman, De jure aggerum, 1690. J. Gierke, Die Geschichte des deutschen Deichrechts, Th. I 1901.

§ 53. Das Forst- und Jagdrecht.

I. Rechtsverhältnisse am Walde. Der Wald war einst Gemeingut teils des ganzen Volkes, teils engerer Genossenschaften, und sein Gebrauch stand jedem Genossen offen. Der Volkswald wurde Königswald, der Gemeindewald wich vielfach grundherrlichem Wald, doch blieb der Gemeingebrauch grundsätzlich erhalten. Mehr und mehr aber wurden Waldungen vom Könige und später von den Landesherren durch Anwendung der Banngewalt eingeforstet und damit ganz oder teilweise der freien Benutzung entzogen. Im späteren Mittelalter erstreckten sich die Einforstungen auch auf Gemeinde- und Privatwaldungen; vielfach ging besonders das Waldeigentum der großen Markgenossenschaften auf die Landesherren über, während den Markgenossen nur Servituten blieben. Nach der Rezeption wurde sogar ein Forstregal behauptet. Drang auch dieses nicht durch, so behauptete sich doch eine kräftige Forsthoheit, die im Interesse des Waldschutzes das Eigentum am Walde durch Forst- und Holzordnungen einschränkte. Im 19. Jahrhundert wurden diese Einschränkungen ermäßigt, doch wurde in den meisten Staaten der Forstschutz nicht aufgegeben (vgl. bes. Bayr. Forstges. v. 28. März 1852). In Preußen wurde 1814 das Waldeigentum völlig freigegeben, jedoch durch Gesetz vom 6. Juli 1875 eine Umkehr vollzogen. Hiernach besteht heute Privateigentum (des Staats, einer anderen öffentlichen Verbandsperson oder einer Privatperson) am Walde, die Ausübung des Eigentums aber ist öffentlichrechtlich durch Bindung an forstmäßige Wirtschaft und Verbot der Waldverwüstung (in Preußen wenigstens bei den für „Schutzwaldungen" erklärten Strecken) beschränkt. Auch ist die Teilung von Genossenschaftswaldungen erschwert und die Bildung öffentlicher Waldgenossenschaften (für gemeinsamen Schutz oder auch für gemeinsame forstmäßige Bewirtschaftung) mit Zwang gegen eine Minderheit ermöglicht.

II. Jagdrecht. Das Jagdrecht war ursprünglich ein ausschließliches Recht des Grundeigentümers, stand daher auf Sondereigen dem Eigentümer, auf gemeinem Grunde jedem Genossen zu. Es wurde zunächst durch den mit dem Forstbann verbundenen

Wildbann und dann mehr und mehr überhaupt durch Vorbehalt der Jagd für Fürsten und Herren beschränkt. Seit dem 16. Jahrhundert behaupteten die Landesherren ein Jagdregal, das sie meist durchsetzten; daraus wurden dann Jagdgerechtigkeiten in den Jagdrevieren hergeleitet. Daneben erhielt sich vielfach das Jagdrecht des Grundeigentümers für adlige Güter, das des Grundherrn in der Hofmark, hier und da auch „freie Pürsch" auf Gemeinland und „Koppeljagd" auf der Feldmark. Im Jahre 1848 wurde in den meisten deutschen Staaten alles Jagdrecht auf fremdem Boden aufgehoben, die Bestellung von Jagdgerechtigkeiten für die Zukunft verboten und das Jagdrecht den Grundeigentümern zurückgegeben. Doch ist das Jagdrecht hierdurch nicht wieder zum Eigentumsbestandteil geworden, sondern ein besonderes mit dem Eigentum verbundenes Recht geblieben. Auch unterliegt es starker Einschränkung durch die Jagdhoheit, kraft welcher nicht bloß die Ausübung der Jagd an die Beobachtung jagdpolizeilicher Vorschriften (Schonzeit, Mitführung von Jagdkarten u. s. w.) gebunden, sondern grundsätzlich das Jagdausübungsrecht vom Jagdrecht getrennt ist. Das Jagdausübungsrecht steht dem Jagdberechtigten nur zu, wenn sein Grundeigentum ein bestimmtes Flächenmaß erreicht. Die Eigentümer kleinerer Grundstücke dürfen ihr Jagdrecht nicht selbst ausüben, sondern bilden Jagdgenossenschaften (Jagdverbände), die die Jagd entweder für gemeinschaftliche Rechnung ausüben lassen oder verpachten oder ruhen lassen können. Das B.G.B. hat das Jagdrecht dem Landesrecht vorbehalten (E.G. a. 69), jedoch die Verpflichtung des Jagdberechtigten zum Ersatz von Wildschäden in den Grundzügen einheitlich geregelt (§ 835, dazu aber E.G. a. 70—72).

Literatur: R. Meurer, Forst- u. Jagdrecht, 1576. Stieglitz, Geschichtliche Darstellung der Eigenthumsverhältnisse an Wald und Jagd, 1832. Eding, Die Rechtsverhältnisse des Waldes, 1874. Riccius, Zuverlässiger Entwurf der in Deutschland üblichen Jagdgerechtigkeit, 2. Aufl. 1772. v. Anders, Das Jagd- u. Fischereirecht, 1884. v. Brünneck, Jagdrecht; Handwörtb. der Staatsw. IV 545 ff.

§ 54. Das Bergrecht. Seit der im 12. Jahrh. entfalteten Blüte des deutschen Bergbaus gab es ein besonderes Bergrecht. Es wurde zuerst von den freien Genossenschaften der Bergleute autonom ausgebildet und gehandhabt (früheste Aufzeichnungen im Auslande). Seit dem 16. Jahrh. griffen landesherrliche Bergordnungen ein, die seit dem Ende des 17. Jahrh. das Bergrecht im Sinne der Verstaatlichung des Bergbaus umbildeten. Von der Mitte des 19. Jahrhunderts an ergingen reformierende Berggesetze, die den Bergbau wieder verselbständigten. Am eingreifendsten das (für die ganze Monarchie geltende) Preuß. Allg. Berggesetz v. 24. Juni 1865, das in anderen deutschen Staaten nachgebildet wurde. Das B.G.B. läßt das Bergrecht unberührt; die Landesgesetzgebung hat es in einzelnen Punkten dem neuen bürgerlichen Recht angepaßt.

Das deutsche Bergrecht beruht darauf, daß das Recht auf Gewinnung der „bergfreien" Mineralien (Metalle und Salze, der Regel nach auch Kohlen, oft auch des Graphits, seltener gewisser Steine und Erden) vom Grundeigentum, in dem es einstmals enthalten war, abgetrennt ist. Dieses Recht erwirbt vielmehr nach dem Grundsatz der Bergbaufreiheit, wer die Bergwerksschätze entdeckt. Von Anfang an war jedoch das Recht des Bergbautreibenden durch königliche oder auch landesherrliche oder grundherrliche Rechte (Schutzgewalt mit Aufsicht und Abgabenbezug) beschränkt, die sich mehr und mehr zum Bergregal verdichteten (in der Const. de Regal. für Italien an Silber und Salz ausgesprochen, in Sachsensp. I a. 35 nach richtiger Auslegung nicht erwähnt, in der Goldenen Bulle den Kurfürsten zuerkannt). Später trat das Bergregal, das sich dem römischen Recht gegenüber als gemeines Recht erhielt, in den Vordergrund; es wurde als landesherrliches Eigentum an den unterirdischen Schätzen aufgefaßt, jedoch durch Annahme einer landesherrlichen Freierklärung mit der Bergbaufreiheit versöhnt. Der Landesherr versprach, dem Finder das Bergwerk zu verleihen; er tat dies in Form der Belehnung und behielt sich das Obereigentum mit Nutzungsbezügen und Heimfallsrecht vor. Neuerdings wurde das Bergregal abgeschwächt oder (wie in Preußen) beseitigt, aber eine starke Berghoheit festgehalten. Immer wird auch heute das Bergbaurecht

erst durch staatliche „Verleihung" für ein bestimmtes Grubenfeld erworben, auf die aber ein Recht hat, wer gehörig „schürft", was ihm auch auf fremdem Grund und Boden gegen Sicherheitsleistung gestattet werden muß, abbaufähiges Mineral „findet" und bei der Bergbehörde zuerst (oder auf Grund eines Mutungsvorrechts) gehörig „mutet". Auch der Grundeigentümer bedarf der Verleihung. Ebenso der Staat als Fiskus.

Das verliehene Recht heißt Bergwerkseigentum. Nach älterer Auffassung ist es ein wirkliches Eigentum an einem Teile des Erdkörpers; neuerdings wird es vielfach als ein ausschließliches Aneignungsrecht an herrenlosen Sachen aufgefaßt, das mit einem dinglichen Rechte an einem fremden Grundstücke auf dessen hierzu erforderliche Benutzung verbunden ist. Jedenfalls ist es eine selbständige liegenschaftliche Gerechtigkeit, die ein besonderes Blatt im Grundbuch (oder einem eigenen Berggrundbuch) erhält und nach den Regeln des Liegenschaftsrechts übertragen und belastet wird. Die Vereinigung (Konsolidation) und Teilung von Bergwerken ist bestätigungsbedürftig. Das Bergwerkseigentum erlischt nicht bloß durch Verzicht, sondern auch durch Entziehung wegen Nichtbetriebes und nach älterem Rechte auch wegen Mißbrauchs. Den Inhalt des Bergwerkseigentums bildet das ausschließliche Recht auf die verliehenen Mineralien im Grubenfelde, sowie auf Anlegung und Betrieb der erforderlichen Förderungs- und Hilfsbaue über und unter Tage und der Aufbereitungsanstalten. Dem Grundeigentümer gegenüber hat der Bergwerkseigentümer ein Recht auf Einräumung dinglicher Nutzungsrechte oder des Eigentums an der erforderlichen Bodenfläche gegen Entschädigung (bergrechtliche Enteignung). Der jeweilige Bergwerkseigentümer ist dem jeweiligen Grundeigentümer zum Ersatz aller Bergschäden verpflichtet. Nach älterem Recht konnte ein Dritter auf Grund besonderer Mutung und Verleihung durch Eintreibung eines Wetter- und Wasserlosung verschaffenden Stollens eine nutzbare „Erbstollengerechtigkeit" erwerben, die er durch einen besseren Erbstollen verlor („exheredatio metallica"). Nach neuerem Recht werden Erbstollengerechtigkeiten nicht mehr verliehen. Unter Bergnachbarn gilt ein besonderes Bergnachbarrecht.

Eine besondere Form der Genossenschaft für gemeinschaftlichen Bergbau ist die Gewerkschaft, die aus einer ursprünglichen Arbeitsgenossenschaft frühzeitig zu einer auf vererbliche, veräußerliche und teilbare Anteile gebauten Vermögensgenossenschaft wurde. Die Anteile heißen „Kuxe"; ihre Zahl betrug meist 128 (nebst einigen „Freikuxen" und den „Erbkuxen" des Grundeigentümers), ist aber heute meist auf 100 oder 1000 fixiert. Bei den älteren Gewerkschaften gelten die Kuxe als Anteile am gemeinschaftlichen Bergwerkseigentum, werden als solche im Grundbuch eingetragen und unterliegen den Regeln über unbewegliche Sachen. Die Kuxe des neueren Rechts gewähren nur Wertanteile am Gewerkschaftsvermögen, werden in Wertpapieren (Kuxscheinen) verkörpert und sind beweglich. Die Gewerken haben einen verhältnismäßigen Anteil am Gewinn (Ausbeute), sind aber im Bedürfnisfall zu verhältnismäßigen Beiträgen (Zubuße) verpflichtet, wovon sie sich durch Verzicht auf ihren Kux befreien können. Organe der Gewerkschaft sind die Gewerkenversammlung und der Grubenvorstand; früher wurde die Gewerkschaft dem Regalherrn gegenüber durch einen „Lehnsträger" vertreten.

Das Verhältnis der Bergleute wurde einst genossenschaftlich, später staatlich geregelt. Die neueren Bergordnungen führten die Freiheit des Arbeitsvertrages durch, hielten aber an Einschränkungen im Sinne des Arbeiterschutzes fest. Auch heute gelten besondere bergrechtliche Bestimmungen über den Arbeitsvertrag. Erhalten haben sich die aus alter Zeit stammenden und vielfach für die moderne Arbeiterversicherung vorbildlich gewordenen Knappschaften; es sind öffentlichrechtliche Genossenschaften für Kranken-, Unfall- und Altersversicherung, aber auch für Witwen- und Waisenversorgung mit Beitrittspflicht der Bergarbeiter und Beitragspflicht der Werkeigentümer.

Mancherlei Abweichungen vom Bergrecht wies früher das Salzrecht auf, bei dem sich mit dem Salzregal, das heute noch zum Teil besteht, das staatliche Monopol des Salzhandels verband. Mit dem Salze (dem „Solgut") wurden die Salzherren (Salzbeerbten, Salzjunker) beliehen, meist als Sälzerschaften zur gesamten Hand. Die Salzsiederei wurde oft vom Gewinnen der Sole getrennt und besonderen Genossen-

schaften, den auf (meist 111) Anteile („Pfannen") gebauten „Pfännerschaften", übertragen.

Literatur: Karsten, Ueber den Ursprung des Bergregals, 1844. J. Weiske, Der Bergbau u. das Bergregal, 1845. Arndt, Zur Geschichte und Theorie des Bergregals u. der Bergbaufreiheit, 1879. H. Ermisch, Das sächsische Bergregal im Mittelalter, 1887. A. Zycha, Das Recht des ältesten deutschen Bergbaus bis ins 13. Jahrh., 1899; Das böhmische Bergrecht des Mittelalters, 2 Bde., 1900. K. Zeumer, Der begrabene Schatz im Sachsenspr. I 35 (Mitth. des Inst. f. oest. Geschichtsforschung XXII). O. Opet, Die Gewerkschaft nach den deutschen Bergrechten des Mittelalters, 1893 (Z. f. Bergr. XXXIV). — Achenbach, Das gemeine deutsche Bergrecht, Th. I, 1871. Klostermann, Lehrbuch des preuß. Bergrechts, 1871. Engels, Preußisches Bergrecht, 2. Aufl. 1894. Brassert, Preuß. Bergr., 1889. Kommentare zum preuß. Berggef. v. Brassert, Klostermann, Arndt. H. Veith, Deutsches Bergwörterbuch, 1870. Zeitschrift für Bergrecht seit 1860.

Abschnitt III. Das Lehnrecht.

§ 55. Geschichte. Das Lehnswesen, das aus der im 9. und 10. Jahrhundert vollzogenen Verschmelzung der personenrechtlichen Vasallität (des kriegerischen Treudienstverhältnisses mit Vorbehalt der Freiheit) und des sachenrechtlichen Benefizialwesens (der Landleihe höherer Ordnung) hervorgegangen war, erhob sich im deutschen Mittelalter zu einer nicht nur im Privatrecht vorherrschenden, sondern auch das gesamte öffentliche Recht durchdringenden Institution. So bildete denn auch das „Lehnrecht" sich zu einem eigenen Rechtssystem aus, das dem „Landrecht" ebenbürtig zur Seite trat. Es beruhte in einigen Punkten auf Reichsgesetzen, in der Hauptsache auf Gewohnheitsrecht, das bei den einzelnen Stämmen verschieden war. Eike v. Repgowe ließ deshalb dem sächsischen Landrecht eine Darstellung des sächsischen Lehnrechts folgen. Ebenso verfuhren die Verfasser anderer Rechtsbücher. — In den letzten Jahrhunderten des Mittelalters begann bereits der Verfall des Lehnswesens, das Gemeinheitsverfassung und Landeshoheit durchbrachen.

Seit der Rezeption galt das langobardische Lehnrecht als gemeines deutsches Lehnrecht. Es wurde in der Gestalt der in Bologna dem Corpus iuris civilis eingefügten und glossierten libri feudorum, einer Sammlung von Abhandlungen über langobardisches Lehnrecht aus dem 12. Jahrhundert mit angehängten Mailänder Gewohnheiten und Kaisergesetzen in zwei Büchern, rezipiert; nicht rezipiert sind die von Cujacius angehängten capitula extraordinaria, die (nach der im übrigen obsoleten Einteilung des Cujaz in fünf Bücher) als IV F. 73—109 (unmittelbar hinter II F. 58) und V F. zitiert werden. Dem gemeinen Lehnrecht ging aber das partikuläre Lehnrecht vor, das sich vielfach auf einheimischer Grundlage fortbildete (besonders im Sachsenrecht, eigenartig auch in den ehemals slavischen Ländern). Mehrfach ergingen Lehnskonstitutionen oder Lehnsedikte (z. B. Hinterpomm. v. 1755, Kursächs. 1764, Gotha. 1800, Bad. 1807, Bayr. 1808); das Preuß. A.L.R. (I 18 §§ 13—679) kodifizierte das subsidiäre gemeine Lehnrecht unter Abschaffung des langobardischen Rechts.

Die wissenschaftliche Bearbeitung des Lehnrechts betrieben die „Feudisten", die anfangs nur das langobardische, seit dem 17. Jahrhundert auch das einheimische Recht berücksichtigten. Das Lehnrecht galt als besonderer Zweig der Jurisprudenz und bildete den Gegenstand eigener Universitätsvorlesungen; erst im Laufe des 19. Jahrhunderts wurde es dem deutschen Privatrecht einverleibt.

Inzwischen schritt der Verfall des Lehnswesens weiter fort. Im öffentlichen Recht sank es, seitdem die stehenden Heere die Kriegsdienstpflicht der Vasallen verdrängten, die Untertanentreue an Stelle der Vasallentreue trat und ein kriegerischer Treuverband zwischen Untertanen unzulässig wurde, zur Form herab; daß das Reich auf den Lehnsverband gebaut blieb, war ein Zeichen seiner Schwäche. Im Privatrecht behielt das Lehnrecht größere Bedeutung, schrumpfte aber zu einem Sonderrecht gewisser Güter zusammen, während das personenrechtliche Band entleert wurde; großenteils wurde es zu einer Summe von Folgesätzen aus weggefallenen Prämissen.

In neuester Zeit erfolgte im größten Teil Deutschlands die gesetzliche Aufhebung des Lehnswesens, zunächst nur des Obereigentums, mehr und mehr auch des zurückbleibenden Lehnsverbandes. Doch besteht das Lehnrecht noch in einigen Ländern (z. B.

Mecklenburg, Lippe, Waldeck, Reuß ä. L., in Preußen noch für die Thronlehen und in Hannover) unversehrt, anderswo verstümmelt. Diese Trümmer läßt auch das B.G.B. unberührt (E.G. a. 59). Außerdem behält das Lehnrecht neben seiner historischen Bedeutung einen dogmatischen Wert, weil es auf andere Rechtsinstitute vorbildlich eingewirkt hat.

Literatur: P. Roth, Geschichte des Benefizialwesens, 1850; Feudalität u. Unterthanenverband, 1863. Waitz, Ges. Abh. I 178 ff., 318 ff. Brunner, Forschungen S. 1 ff., 75 ff. — Homeyer, System des Lehnrechts, in Sachsenspiegel II 2. — K. Lehmann, Die Entstehung der libri feudorum, 1891; Consuetudines feudorum, I. Compilatio antiqua, 1892; Das langobardische Lehnrecht, 1896. — Lud. Schrader, Tractatus feudalis, 1594. a Rosenthal, Tractatus et Synopsis totius juris feudalis, 1597. Schilter, Ad jus feudale, 1695. G. L. Boehmer, Principia juris feudalis, 1765, ed. Bauer, 1819; Komm. dazu v. Schnaubert, 2. Aufl. 1791. Pätz, Lehrbuch des Lehnrechts, 1808. G. M. Weber, Handbuch des in Deutschland üblichen Lehnrechts, 4 Bde., 1807 ff. Darstellungen des preuß. Lehnr. v. Terlinden u. v. Dernburg (im Preuß. P.R.), des pomm. v. Zettwach (1832), des kursächs. v. K. S. Zachariae (2. Aufl. 1823), des bayr. v. Mayr (1831), des mecklenb. v. Roth (1858).

§ 56. Begriff und Gegenstände. „Lehen" heißt an sich „geliehenes Gut" („feudum" sogar nur „Gut"). „Echtes Lehen" (feudum proprium) aber ist nur ein geliehenes Gut, dessen Gewere zu Ritterdienst und Treue verpflichtet. Fehlt die ritterliche Dienstpflicht, so liegt ein uneigentliches Lehen (f. improprium) vor; fehlt auch die Treupflicht, so nur ein lehnsähnliches Verhältnis (feudastrum). Den Gegensatz zu allen feuda und feudastra bildet das Allod (Allod sind auch die „Sonnenlehen"). Man unterscheidet unter den Eigenschaften des Lehens die essentialia (Lehnsgewere und Lehnstreue), die naturalia (deren Ausschluß das Lehen zu einem uneigentlichen macht) und die accidentialia (Abänderungen eines naturale).

Gegenstände des Lehens sind nach gemeinem Recht (II F. 1 § 1) nur Grundstücke mit Zubehör, besonders Landgüter, Rittergüter (feudum nobile), Burgen (feudum castri, Burghutlehen und Burgöffnungslehen) u. s. w., und liegenschaftliche Gerechtigkeiten, besonders Herrschafts- und Amtsrechte (Fahn- und Zepterlehen, Grafschafts-, Gerichts- und Vogteilehen, Lehen an Hofämtern, Patronatslehen, Postlehen, Schulzenlehen), Regalgerechtigkeiten, Reallastberechtigungen (z. B. Zehnten und dingliche Renten), Gewerberechte u. s. w. Die Partikularrechte kennen auch Geldlehen.

§ 57. Die Lehnspersonen. Lehnshauptpersonen sind der Lehnsherr (dominus) und der Lehnsmann (Mann, vassallus).

Lehnsherr konnte ursprünglich nur sein, wer waffenfähig, ritterbürtig und im Vollbesitz der Ehre war; doch wurden früh adlige Frauen, Geistliche, Kirchen und Städte aktiv lehnsfähig. Das Erfordernis eines höheren „Heerschildes" in der lehnrechtlichen Standesordnung (Sachsensp. I a. 3, Lehnr. a. 1) fiel schon im Mittelalter weg. Im modernen Staat wurde die Lehnsherrlichkeit von Untertanen ihrer Bedeutung entkleidet und endlich meist aufgehoben. Regelmäßig sind nur noch Landesherren im eigenen Lande Lehnsherren (die „feuda extra curtem" wurden durch die Friedensschlüsse von 1803 bis 1815 beseitigt).

Lehnsmann kann sein, wer passiv lehnsfähig ist. Das ältere deutsche Recht forderte für echte Lehen Ritterbürtigkeit (Sächs. Lehnr. a. 2 § 1), das langobardische Recht nur freien Stand (II F. 7 a. 10). Erforderlich ist ferner Vollbesitz der Ehre und Waffenfähigkeit (Sächs. Lehnr. a. 2, II F. 21, 36). Doch kann der Herr bei der ersten Belehnung von dem Mangel der Lehndienstfähigkeit absehen.

Lehnsnebenpersonen sind die lehnrechtlichen Stellvertreter. Sie sind Vertreter kraft eigenen Rechts. Als „Prodominus" ist namentlich bei Verbandspersonen das Verbandshaupt zum Träger der Lehnsherrlichkeit berufen; so der Prälat für die Kirche, der Bürgermeister für die Stadt, der Kaiser oder Landesherr für das Reich oder den Staat („prodominium sublime"). Ein „Provassallus" oder „Lehnsträger", der selbst lehnsfähig sein muß, Eid und Dienst leistet und das Gut nach außen vertritt, Gewere und Nutzung aber dem Vasallen belassen muß, wird für Lehnsunfähige, für Verbands-

personen und für mehrere zu gesamter Hand beliehene Vasallen bestellt. Nach älterem deutschem Recht fiel, solange der Vasall unmündig war, die Lehnsvormundschaft mit dem Angefälle (den Nutzungen) dem Herrn zu, der sie behalten oder als Vormundschaftlehen übertragen konnte; später wurde bisweilen die Lehnsträgerschaft mit Lehnsvormundschaft verbunden.

§ 58. Die Begründung des Lehns. Regelmäßige Errichtungsart ist die Belehnung oder Investitur; ausnahmsweise entsteht nach gemeinem Recht ein „feudum informe" durch dreißigjährige Ersitzung (partikularrechtlich auch durch ordentliche Ersitzung).

Die Belehnung wird vorbereitet durch den Lehnsvertrag („contractus feudalis"), der einen obligationenrechtlichen Anspruch auf Belehnung erzeugt und hinsichtlich verabredeter Besonderheiten als „lex investiturae" gilt. Der Lehnsvertrag kann Schenkung, Kauf, Tausch u. s. w. enthalten; liegt ihm ein „Lehnsauftrag", d. h. Übereignung von Allod unter Ausbedingung der Rückgabe als Lehen, zu Grunde, so spricht man von einem „feudum oblatum".

Die Investitur wurde vor versammeltem Lehnsgericht vollzogen; das deutsche Recht forderte persönliche Anwesenheit beider Teile, das langobardische Recht (II F. 3 § 1) ließ Stellvertretung zu. Sie setzt sich zusammen aus der Einräumung der Lehnsgewere (actus traditionis) durch feierliche Worte und Symbole (Zepter, Fahne, Lanze u. s. w.) und der Eingehung des Treubandes (actus inaugurationis) durch Treueid (Lehnseid, Huldetun, homagium) des Vasallen (das „Handlehen" mit bloßem Handschlag ist feudum improprium) und Treuversprechen des Herrn (dazu Kniebeugung, Handreichung, Lehnskuß). Darauf folgt die Aushändigung des Lehnbriefes (litterae investiturae) an den Vasallen und des Lehnreverses (Gegenbriefes) an den Herrn. Mit der Investitur entsteht die ideelle Lehnsgewere und das dingliche Recht; der Besitz muß besonders erworben werden („Einweisung" des deutschen Rechts). Wo Grundbuchrecht gilt, ist zur Wirksamkeit gegen gutgläubige Dritte Eintragung der Lehnseigenschaft erforderlich (E.G. a. 61).

Die Wiederverleihung einer „res infeudari solita" ist als Reinfeudation erleichtert (besonders bei Kirchengut); besteht eine Verpflichtung zur Wiederverleihung (wie nach altem Reichsrecht bei Fahnlehen, öfter auch bei Staatslehen), so spricht man von Refirmation.

§ 59. Lehnsanwartschaft und Eventualbelehnung. Das deutsche Recht kannte die Einräumung einer anwartschaftlichen Lehnsgewere in der doppelten Form des den Heimfall ausschließenden „Gedinges" auf ein bestimmtes Gut und der auf das zuerst heimfallende Gut gerichteten „Anwartung"; weder Gedinge noch Anwartung wirkten für und wider die Erben; das jüngere Gedinge ging der älteren Anwartung vor. Das langobardische Recht kannte eine auf beiden Seiten vererbliche bedingte Investitur für den Fall des Heimfalles. Aus der Vermischung beider Rechte erwuchsen zwei Institute: 1. die Eventualbelehnung, d. h. die förmliche Investitur mit einem bestimmten Lehen für den Eröffnungsfall. Daraus entsteht ein gegen jeden Nachfolger des Herrn wirksames und nach Lehnrecht vererbliches dingliches Wartrecht, das eintretendenfalls ohne weiteres in Lehnrecht übergeht. 2. Die Lehnsanwartschaft, d. h. der ohne Investitur vertragsmäßig eingeräumte Anspruch auf Verleihung eines bestimmten Lehens im Eröffnungsfall (exspectativa feudalis specialis) oder des zuerst eröffneten Lehens (e. f. generalis) oder irgend eines Lehens (e. f. indeterminata). Die Verpflichtung geht auf die Erben des Herrn, aber auch auf den Regierungsnachfolger über; das Recht vererbt nach Zivilrecht, aber im Zweifel nur auf lehnsfähige Erben.

§ 60. Mitbelehnung. Eine Mitbelehnung nach Anteilen, wie sie dem langobardischen Recht allein bekannt ist und später „coinvestitura iuris communis" hieß, gewährt gesonderte Lehnrechte an ideellen Teilen des Gutes (condominium utile).

Verschieden davon ist die Mitbelehnung zur gesamten Hand (coinvestitura iuris Germanici), die in Deutschland sehr verbreitet war und namentlich benutzt wurde,

um gegenüber der auf Nachkommen des letzten Besitzers beschränkten deutschen Lehnsfolge den Ausschluß der Brüder und ihrer Nachkommen vom Lehn zu vermeiden. Die Gesamtbelehnten wurden verbunden belehnt, indem sie das Symbol mit gesamter Hand ergriffen und huldigend die vereinigten Hände in die Hand des Herrn legten. Damit erlangten sie eine gemeine und gleiche Gewere; dem Herrn gegenüber werden sie durch einen Lehnsträger vertreten, untereinander sind sie Gemeiner mit ungesonderten und der Verfügung entzogenen Anteilen. Stirbt einer, so rücken seine Nachkommen für ihn ein; hat er keine Nachkommen, so wächst sein Anteil den anderen Gemeinern an. Während ursprünglich durch jede reale Teilung die gesamte Hand zerstört wurde, kamen seit dem 14. Jahrhundert die Mutschierungen mit Vorbehalt der gesamten Hand auf (oben § 34). Nach der Rezeption begnügte man sich mit der Fiktion fortbestehender Gemeinschaft; vielfach bildete sich auch der Satz aus, daß der Herr verpflichtet sei, die vom Vasallen gewünschte Mitbelehnung zu erteilen (so in Sachsen, Hessen, Württemberg). Schließlich wurde das Institut zu einem bloßen Ersatzmittel für die agnatische Lehnsfolge, so daß die bei jeder Erneuerung der Investitur wiederholte und in den Lehnbriefen vermerkte Mitbelehnung nur als Form der Begründung oder Wahrung von agnatischer Lehnsfolge erschien (vgl. Preuß. L.R. I 18 § 411).

§ 61. Rechte des Lehnsherrn. Die Lehnsherrlichkeit als Ganzes ist ein aus Sachen- und Personenrecht gemischtes, mit Pflichten verbundenes Recht, das jedoch früh mit gewissen Beschränkungen veräußerlich wurde. Eine Art der Veräußerung ist die Auftragung zu Lehen (subinfeudatio per oblationem).

Sachenrechtlich hat der Herr ursprünglich das „eigen", später das Obereigentum (geschützt durch Vindikation, R.Ger. XXVI Nr. 36).

Personenrechtlich hat er Anspruch auf die beschworene Treue (fidelitas) des Vasallen, deren Bruch „Felonie" heißt. Die Treue verpflichtet im allgemeinen zu Ehrerbietung (Lehnsreverenz), Hilfe mit Rat und Tat und Unterlassung böswilliger Schädigungen des Herrn an Leib, Freiheit, Ehre oder Vermögen. Im besonderen verpflichtet sie zum Lehndienste (Freilehen ist kein rechtes Lehen). Der Lehndienst besteht beim echten Lehen in Kriegsdienst zu Roß (Heerfahrt) und Hofdienst (Hoffahrt). Der Kriegsdienst fiel bisweilen ohne Ersatz weg; sonst traten Geldleistungen an die Stelle (ein von Hause aus zu Zins verpflichtendes Zins- oder Beutellehen ist kein rechtes Lehen). Der Hofdienst erhielt sich in Gestalt von Ehrendiensten; einst umfaßte er vor allem auch die Teilnahme an der Ratsversammlung und namentlich an dem vom Herrn mit den Mannen (als pares curiae) gehaltenen Lehngericht (für Streitigkeiten zwischen Herrn und Vasallen oder der Vasallen untereinander und für „Eintrachtssachen"). Aus der Treupflicht folgt auch die Verpflichtung zur Mutung um Lehnserneuerung (renovatio feudi). Sie muß sowohl beim Herrenfall (Hauptfall, Thronfall) gegenüber dem neuen Herrn, wie beim Lehnfall (Nebenfall) seitens des neuen Vasallen binnen Jahr und Tag erfolgen. Unentschuldigte Säumnis (ohne „Indult") ist Felonie. Auf gehörige Mutung ist der Herr zur Renovation durch Wiederholung der Investitur verpflichtet. Beim Lehnfall ist partikularrechtlich eine Lehnware (laudemium) zu entrichten.

§ 62. Rechte des Vasallen. Das vasallitische Recht im ganzen ist aus Sachen- und Personenrecht gemischt und mit Pflichten verbunden, jedoch veräußerlich (§ 63) und verzichtbar.

Sachenrechtlich hat der Vasall nach älterem Recht das volle in der Lehnsgewere erscheinende Herrschaftsrecht im Bereiche des Lehnsverbandes, nach der späteren Entwicklung Untereigentum. Daher Besitz, Gebrauch und Nutzung, Ausübung der Realrechte, Vertretung des Gutes im Prozeß. Die Früchte erwirbt er zu allodialem Eigentum, kann daher auch für seine Besitzzeit einen Nießbrauch bestellen (Seuff. XLVI Nr. 106) oder verpachten. Auch außerordentliche Erträge gebühren ihm. Er darf aber die Substanz nicht verschlechtern, muß das Gut in gehörigem Stande halten und trägt auch außerordentliche Lasten.

Persönenrechtlich hat er Anspruch auf Treue; die Herrentreue ist nicht beschworen und enthält keine Einzelpflichten; sie äußert sich besonders in der Schutzpflicht (Lehnsprotektion) und in der Pflicht zur Unterlassung schädigender Handlungen (II F. 6 § 2, 26 § 4, 47).

§ 63. Lehnsveräußerung. Im älteren deutschen Recht war eine Lehnsveräußerung nur in Form einer Auflassung durch die Hand des Herrn möglich; sonst war sie nichtig und bewirkte Verlust des Lehens. Das langobardische Recht war laxer; die deutschen Kaiser aber führten das deutsche Veräußerungsverbot ein; ihre Konstitutionen (Lothar. II v. 1131 u. Frider. I v. 1158) wurden in die libri feudorum (II F. 52 u. 55) aufgenommen und mitrezipiert.

Grundsätzlich ist daher nach gemeinem Recht die Veräußerung des Lehens durch den Vasallen nichtig und bewirkt Lehnsverlust. Daher kann der Lehnsherr das Gut mit der unverjährbaren actio feudi revocatoria sofort an sich ziehen, muß es aber wieder herausgeben, sobald der Anfall an einen Agnaten, Eventual- oder Mitbelehnten erfolgt (nach deutschen Partikularrechten, wie schon nach schwäbischem Lehnrecht a. 85, auch an den schuldlosen Nachkommen, während nach gemeinem Recht ihr Lehnrecht mitverwirkt ist). Ebenso haben Agnaten, Eventual- und Mitbelehnte (nach deutschen Partikularrechten auch Nachkommen) auf Grund ihres unentziehbaren Wartrechts eine selbständige actio feudi revocatoria gegen Dritte, jedoch erst, wenn das Lehen ihnen anfällt; ihre Klage verjährt von diesem Zeitpunkte an (R.Ger. XVII Nr. 33). Im Falle des Verkaufes haben nach gemeinem Recht sowohl der Herr wie die Lehnsanwärter überdies ein Näherrecht (retractus feudalis), kraft dessen sie das Gut von jedem Dritten gegen Ersatz des Kaufschillings an sich ziehen können (Partikularrechte haben den Lehnsretrakt eingeschränkt oder abgeschafft, geben aber dafür zum Teil den Agnaten andere Rechtsmittel, wie das pommersche beneficium taxae, das beneficium reluitionis u. s. w.).

Durch Konsens in die Veräußerung wird die Anfechtung ausgeschlossen. Die Zustimmung des Herrn ist den Anwärtern, die eines Anwärters den anderen Anwärtern unnachteilig. Dagegen sind nach gemeinem Recht die Nachkommen eines Zustimmenden gebunden. Anders wieder nach Partikularrechten. Nach preußischem Recht wird die Veräußerung durch Familienschluß unanfechtbar.

Ausnahmen vom Veräußerungsverbot gelten im Falle der Afterbelehnung (subinfeudatio per dationem), die das Lehnsband unberührt läßt, jedoch dem Aftervasallen die allgemeine Treupflicht auch unmittelbar gegenüber dem Oberlehnsherrn auferlegt (II F. 55 § 6). Partikularrechtlich auch im Falle der Hingabe zu Erbpacht (nicht nach gem. R., R.Ger. XVII Nr. 33). Ferner kann eine Frau ihr Lehen dem Manne als dos übereignen (II F. 13, 17). Auch binden Anordnungen über die Erbteilung die Nachkommen. Eine dingliche Belastung des Lehens mit Dienstbarkeiten ist nur für die Besitzzeit des Bestellers und seiner Nachkommen wirksam. Auch die Ersitzung einer Dienstbarkeit wirkt nicht gegen den Herrn und die Anwärter (R.Ger. II Nr. 62, VI Nr. 76); neuerdings läßt aber das Reichsgericht (XXI Nr. 56) eine außerordentliche Ersitzung mit absoluter Wirkung zu.

Veräußerliche Lehen (feuda alienabilia) können durch die lex investiturae begründet werden (II F. 26 § 25). Kraft Gesetzes bestehen sie besonders in ehemals slavischen Ländern, in die das Lehnswesen schon gelockert eindrang; meist muß hier der Lehnsherr einwilligen, wenn das Lehen noch auf mehr als vier Augen steht (so in Mecklenburg); die Anwärter haben keine Revokatorienklage, sondern nur ein Einlösungsrecht.

§ 64. Lehnsfolge. Die Succession in ein bestehendes vasallitisches Recht erfolgt ordentlicherweise nur auf Grund der Investitur durch Lehnerbfolge (successio feudalis legitima) oder Einrücken eines Eventual- oder Mitbelehnten (s. f. specialis), außerordentlicherweise im Wege der Veräußerung (so und nur so auch aus Testament oder Erbvertrag).

Die Lehnerbfolge, lange nur tatsächlich Platz greifend, wurde seit dem 11. Jahrh

ein festes Recht. Doch erlangten im deutschen Recht nur die Nachkommen des letzten Besitzers ein Lehnerbrecht (Sächs. Lehnr. a. 6, a. 21 § 3, Schwäb. a. 42). Das langobardische Recht dagegen beruft alle Nachkommen des ersten Erwerbers. Folgeberechtigt sind aber nur lehnsfolgefähige Personen. Daher erbt nur der Mannsstamm (die Schwertmagen). Doch kann die lex investiturae Weiber und deren Nachkommen (Kunkelmagen) berufen (Weiberlehen, Kunkellehen), was stillschweigend angenommen wird, wenn die prima acquirens ein Weib ist (II F. 30); im Zweifel erben die Kunkelmagen erst hinter dem Mannsstamme (anders beim „durchgehenden" Weiberlehen, feudum femininum promiscuum). Beruht das Folgerecht auf Abstammung vom ersten Erwerber, so richtet sich die Folgeordnung nach der Nähe der Verwandtschaft mit dem letzten Besitzer (vgl. unten § 127). Gleich Nahe erben gemeinsam. Nach deutschem Recht brauchte der Herr nur einem von ihnen das Gut zu leihen; die anderen konnten aber Ersatz aus dem Allod verlangen (Sachsenspr. I a. 14, Schwäb. Lehnr. a. 56). Nach langob. Recht teilen sie (I F. 1 § 1, 8 pr., II F. 50), soweit nicht etwas anderes vereinbart wird oder Unteilbarkeit des Gegenstandes entgegensteht (II F. 55 pr.). Der Lehnerbe hat ein festes Wartrecht und erwirbt mit dem Erbfalle das Lehn von Rechts wegen.

Ihrem Wesen nach ist die Lehnerbfolge Sondernachfolge in das vom Allodialvermögen als Sondergut geschiedene Lehnsvermögen (R.Ger. XXXIV Nr. 115). Das langobardische Recht führt dies aber nur bei den „Agnaten" (Seitenverwandten des letzten Besitzers) rein durch; die Nachkommen des letzten Besitzers müssen, wenn sie das Lehen behalten wollen, auch die Allodialerbschaft annehmen und dann als Gesamtnachfolger „facta defuncti praestiren" (II F. 45). Mit dem Gedanken der Sondernachfolge verbindet sich der einer Zurückführung des Lehnerbrechts auf die für alle Nachkommen gegebene und empfangene Investitur, aus dem die Feudisten die Theorie der „successio ex pacto et providentia maiorum" entwickelten („Stammlehen"). Wo kraft der lex investiturae oder kraft Partikularrechts (wie in Österr., Schlesien, Pommern, Meckl.) Abweichungen gelten, spricht man von „Erblehen" (feuda hereditaria).

§ 65. Lehnsschulden. Während für Allodialschulden der Vasall nur mit den Früchten und der Nachfolger nur, insoweit er Allodialerbe geworden ist, haftet, gibt es nach gemeinem Gewohnheitsrecht (aus I F. 6 § 3 entwickelt) und allen deutschen Partikularrechten Lehnsschulden (debita feudalia), die zum Lehnsvermögen gehören und auf den Lehnsfolger als solchen übergehen.

Die Lehnsschulden sind entweder nur Lehnfruchtschulden oder Lehnsubstanzschulden. Sie verpflichten entweder als absolute Lehnsschulden jeden Lehnsfolger (einschließlich des Herrn) oder als respektive nur gewisse Lehnsfolger. Sie sind entweder prinzipale Lehnsschulden, für die das Allod höchstens subsidiär haftet, oder subsidiäre Lehnsschulden, die erst nach Erschöpfung des Allods das Lehen und den Lehnsfolger treffen. Bei veräußerlichen Lehen sind alle Allodialschulden zugleich subsidiäre Lehnsschulden. Die Zwangsvollstreckung erfolgt bei Fruchtschulden nur durch Zwangsverwaltung, bei Substanzschulden auch durch Zwangsversteigerung.

Zu den Lehnsschulden gehören gewisse gesetzliche Verbindlichkeiten des Lehnsfolgers (gemeinrechtlich Alimentation des wegen körperlicher Gebrechen ausgeschlossenen bedürftigen Nächstberufenen, partikularrechtlich Begräbniskosten, Unterhalt und Ausstattung bedürftiger Töchter, Leibgedinge oder Wittum für die Witwe). Ferner Schulden aus Verwendung auf das Lehen, die im Falle der Verwendung für die Sache jeden Lehnsfolger, im Falle der Verwendung für den Erwerb des Lehens oder die Abfindung von Miterben nur die Lehnsfolger, die davon Vorteil haben, treffen. Sodann konsentierte Lehnsschulden für die Zustimmenden und ihre Nachkommen. Eine Lehnsschuld ist auch der Lehnsstamm (constitutum feudale), eine mit dem Lehen verbundene Kapitalschuld, deren Zinsgenuß nach Lehnrecht vererbt wird (besonders als Abfindungsrente von Miterben, die dann beim Erlöschen der abgefundenen Linie an das Lehen zurückfällt).

§ 66. Lehnssonderung. Wenn Lehen und Allod verschiedene Wege gehen — kraft verschiedener Erbfolge, Heimfalles oder Aussonderung im Konkurse —, erfolgt die „Lehns-

sonderung". Sie richtet sich zunächst auf Aussonderung der Lehnsstücke; allodiale Zubehörungen gehen zum Allod, feudale bleiben beim Lehen; die Früchte fallen insoweit ins Allod, als sie nach den Grundsätzen des deutschen Rechts verdientes Gut sind (unten § 83). Sodann muß nach gemeinem Gewohnheitsrecht (anders nach sächs. R., Seuff. XLVI Nr. 106) aus dem Lehnsvermögen zum Allodialvermögen Ersatz für Besserungen des Lehens durch Aufwendungen und Schuldentilgungen, soweit nicht der Vasall zur Bestreitung aus den Lehnseinkünften verpflichtet war, geleistet werden. Umgekehrt ist wegen Verschlechterungen des Lehens, falls sie vom letzten Besitzer oder einem Vorbesitzer, dessen Allodialerbe jener geworden ist, verschuldet sind, dem Lehnsfolger aus dem Allod Ersatz zu leisten.

§ 67. Beendigung. Wenn das vasallitische Recht erlischt, tritt die „Konsolidation" ein. Dauernde Konsolidation (consolidatio perpetua) erfolgt vermöge Heimfalles des Lehens an den Lehnsherrn, wenn das Lehen durch Wegfall des Vasallen ohne Lehnsfolger „eröffnet" wird. Temporäre Konsolidation ist Folge des Lehnsverzichtes (II F. 38) und der Lehnsverwirkung durch Felonie. Doch zieht die Lehnsuntreue nur in schweren Fällen (zu denen aber auch Deteriorationen, Versäumnis der Mutung um Lehnserneuerung, Ableugnung der Lehnseigenschaft und Veräußerung gehören) den Lehnsverlust, in leichteren Fällen nur eine Geldbuße (Lehnsemende) nach sich (II F. 23, 24 § 9). Die Felonie bedarf aber, vom Falle der Veräußerung abgesehen, der Geltendmachung seitens des Herrn durch gerichtliche Klage, die als actio vindictam spirans unvererblich ist und nicht gegen die Erben geht und durch Verzeihung (Pardonie) ausgeschlossen wird. Nach gemeinem Recht ist das Lehen auch für die Nachkommen verwirkt, während nach deutschen Partikularrechten der Herr das Lehen auch dem schuldlosen Nachkommen, sobald er succediert, herausgeben muß. Der Vasall verwirkt das Lehen auch durch Quasifelonie, d. h. eine nicht unmittelbar gegen den Herrn gerichtete, ihn aber lehnsunwürdig machende Handlung; dann fällt aber das Lehen sofort an den Lehnsfolger.

Erlischt die Lehnsherrlichkeit, so tritt die „Appropriation" ein, durch die das Untereigentum in Volleigentum verwandelt wird. So bei erblosem Wegfall des Lehnsherrn, bei Verwirkung der Lehnsherrlichkeit durch Felonie (II F. 26 § 24, 47), besonders aber bei vertragsmäßiger (in Preußen seit 1717 vielfach durch königliche Deklarationen und Annahmeerklärungen der Vasallen vollzogener) oder gesetzlicher „Allodifikation". Die gesetzliche Aufhebung des Obereigentums erfolgte im Laufe des 19. Jahrhunderts vielfach (z. B. durch preuß. Ges. v. 2. März 1850 § 2 außer für Thronlehen) ohne Entschädigung; anderswo (z. B. in Bayern und Baden) wurde das Obereigentum abgelöst. Das allodifizierte Lehen bleibt ein Lehen ohne Lehnsherrlichkeit, an dem die Rechte der Anwärter fortbestehen.

Die Beendigung des Lehnsverhältnisses im ganzen erfolgt durch Untergang des Objektes, Eintritt einer gesetzten Endfrist oder Resolutivbedingung, Ersitzung seitens eines Dritten, Veräußerung zu Allod und gesetzliche Aufhebung. Die völlige Auflösung des Lehnsverbandes ist durch neuere Gesetze (in Preußen durch Provinzialgesetze von 1867—1877) im größten Teil Deutschlands vollzogen. Dabei ist bald die Nachfolge nach Lehnrecht noch für den ersten Fall gewahrt, bald eine Entschädigung der Anwärter vorgeschrieben; in Preußen hat der letzte Besitzer, falls er keine lehnsfähigen Nachkommen hat, die Wahl zwischen Abfindung der Anwärter oder Umwandlung in ein Familienfideikommiß (vgl. R.Ger. XXII Nr. 67).

Abschnitt IV. Die niederen Leiherechte.

§ 68. Die bäuerliche Landleihe.

I. Älteres deutsches Recht. Neben den höheren Leiheverhältnissen nach Dienstrecht entstanden in der fränkischen Zeit zahlreiche Leiheverhältnisse nach Hofrecht. Charakteristisch für sie war eine wirtschaftliche Abhängigkeit des Leihegut von einem Fronhof, als dessen Zubehör es galt, und zu dem von ihm Zins zu zahlen

und oft auch Arbeitsdienst zu leisten war. Obschon damit zugleich eine Minderung der persönlichen Freiheit verbunden war, nahmen nicht nur viele Freie solche Leihegüter von den Grundherren an, sondern trugen mehr und mehr auch freie Bauern ihr bisheriges Eigentum zu Leihegut auf. Um so leichter konnten dann auch die Besitzrechte von Hörigen und Unfreien an den ihnen verliehenen Gütern sich verfestigen. Im deutschen Mittelalter trat eine weitere Fortbildung, zugleich aber eine immer reichere Differenzierung der hofrechtlichen Leihe ein, so daß je nach Zeit und Ort sehr ungleiches Recht daraus entsprang. Immer wurde das Besitzrecht durch eine hofrechtliche Investitur („Belehnung", „Empfang"), woran sich Ausstellung eines Leihebriefes schloß, begründet. Der Besitzer hatte am Gute eine Gewere nach Hofrecht und somit auch ein dingliches Recht. Dieses konnte auf Zeit, auf Lebenszeit, auf mehrere Leiber, auch auf Widerruf eingeräumt sein, erstarkte aber im allgemeinen mehr und mehr zu einem dauernden erblichen Recht (Erbzinsrecht). Doch blieb die Vererbung oft auf nähere Erben beschränkt; auch behielt der Herr vielfach das Recht auf einen Sterbefall (mortuarium, Besthaupt, buteil). Das bäuerliche Besitzrecht war ferner veräußerlich; ursprünglich regelmäßig nur durch die Hand des Herrn, der aber später oft zur Zustimmung verpflichtet wurde, falls nur der Erwerber tüchtig war, und endlich vielfach nur noch ein Näherrecht behielt (unten § 80); dabei waren jedoch meist Besitzveränderungsabgaben zu entrichten (laudemium, Handlohn, Ehrschatz). Beim Wegfall des bäuerlichen Rechts, das meist auch durch Zins- oder Dienstversäumnis und bei manchen Gütern durch schlechte Wirtschaft verwirkt werden konnte, erfolgte der Heimfall an den Herrn.

Daneben bildeten sich *Leiheverhältnisse nach Landrecht*, die keine persönliche Abhängigkeit begründeten, namentlich bei der Neubesiedlung von Land aus, indem die erst urbar zu machenden Ländereien als Waldhufen zu Erbzinsrecht verliehen wurden. In umfassendem Maße wurden seit dem 12. Jahrhundert bei der deutschen Ansiedlung auf slavischem Boden vererbliche und veräußerliche Kolonistenhufen nach deutschem Recht ausgetan. Es gab aber auch Verleihungen zu schlechterem Besitzrecht an Landsassen oder Landsiedel, insbesondere Verleihungen auf Zeit in Form freier (aber dinglicher) Zeitpacht; tatsächlich war auch hier Wiederverleihung üblich und Hinneigung zur Erblichkeit vorherrschend. — Allmählich vermischten sich Hofrecht und Landrecht.

II. *Seit der Rezeption* begann eine rückläufige Bewegung, die durch die Niederlage der Bauern in den großen Aufständen verstärkt, durch die Anwendung des römischen Rechts verschärft und durch den Dreißigjährigen Krieg besiegelt wurde. Die erblichen Besitzrechte wurden in nicht-erbliche zurückgewandelt; das römische Pachtrecht wurde angewandt; die heimgefallenen Güter wurden zum Gutshofe eingezogen oder zu schlechterem Besitzrecht wieder ausgetan. In manchen Gegenden des deutschen Ostens verschwanden die Bauergüter infolge des sogenannten „Legens" fast ganz in den vergrößerten Rittergütern. Anderswo (in Preußen seit 1667 und besonders seit 1749) schritten die Landesherren mit der Bauernschutzgesetzgebung ein, begründeten einen öffentlichrechtlichen Leihezwang, kraft dessen die Gutsherren zur ungeschwächten Wiederbesetzung heimgefallener und zur Neubesetzung wüster Stellen verpflichtet wurden, und beförderten (wenigstens bei Domänenbauern) die Vererblichkeit der Besitzrechte.

So entstand eine überreiche Fülle verschiedener *bäuerlicher Besitzrechte*. Man muß unterscheiden: 1) Güter im Alleineigentum des Bauern, seien sie unbelastet oder belastet („schlechte Zinsgüter"). 2) Güter in geteiltem Eigentum: a) Bauernlehen, für die Lehnrecht gilt. b) Erbzinsgüter, die mit bloßem Anerkennungszins belastet und frei veräußerlich sind (Preuß. L.R. I 18 §§ 683 ff., Österr. G.B. § 1123). c) Erbpachtgüter, bei denen der Zins als Entgelt für den Fruchtgenuß erscheint und die Veräußerung meist an die (jedoch nicht willkürlich versagbare) Zustimmung des Obereigentümers gebunden ist (vgl. R.Ger. XVIII Nr. 52, Österr. G.B. § 1122; das Preuß. L.R. I 21 §§ 187 ff. erkennt bei ihnen ein Untereigentum nicht an). 3) Güter in erblichem Nutzungsrecht. Nur selten fand die römische Emphyteuse Eingang (Vermutung gegen sie und für deutsche Erbpacht nach R.Ger. XV Nr. 39). Um so verbreiteter sind erbliche Bauergüter (Kolonatgüter, Meiergüter, erbliche Landsiedelleihen und Laßgüter), bei denen das

Nutzungsrecht durch tüchtige Wirtschaft bedingt ist, daher bei Erreichung einer Altersgrenze (oft von 60 Jahren) an den Erben abgetreten werden muß, nur an einen tüchtigen Wirt veräußert werden darf und durch schlechte Wirtschaft verwirkt werden kann („Abmeierungsrecht"). 4) Güter in nicht-erblichem Baurecht. Neben Gütern, die auf Lebenszeit des Herrn oder des Bauern oder auf zwei Leben verliehen sind, fanden sich, namentlich im Osten, auf Widerruf verliehene Güter („lassitischer Besitz"), bei denen indes das Widerrufsrecht verschiedenen Beschränkungen unterlag und regelmäßig nur gegen Ersatz der Besserung ausgeübt werden konnte. 5) Zeitpachtgüter.

III. Die neuere Agrargesetzgebung hat vielfach alle Zwischenbildungen zwischen Eigentum und Zeitpacht beseitigt. Sie hat an den Bauergütern, soweit nicht bloße Zeitpacht bestand, den Besitzern das Eigentum zugesprochen, jedoch vielfach den Gutsherren eine Entschädigung zugebilligt; bei der „gutsherrlich-bäuerlichen Regulierung" in Preußen mußte der Bauer einen Teil des Landes (1/3 bei erblichen, 1/2 bei nicht-erblichen Laßgütern) abtreten. Dagegen hat sie den Bauernschutz aufgegeben. Soweit ältere bäuerliche Besitzrechte noch bestehen, bleiben sie vom B.G.B. unberührt. Ihre Neubegründung kann auch durch Landesgesetz nicht zugelassen werden. Eine Ausnahme gilt für die Erbpacht in denjenigen Staaten, in denen sie noch besteht (E.G. a. 63; dazu gehört auch Preußen). Die Erbpacht ist neuerdings in Mecklenburg neu belebt worden und durch die Ausführungsverordnungen zum B.G.B. dem neuen Recht angepaßt. In Preußen ist ein verwandtes Verhältnis bei den Rentengütern geschaffen (unten § 73).

Literatur: Wittich, Die Grundherrschaft in Nordwestdeutschland, 1896. v. Schwind, Zur Entstehungsgeschichte der freien Erbleihe, 1890. Rietschel, Z. f. Rechtsgesch. XXXV 181 ff. v. Brüneck, Zur Geschichte des Grundeigentums in Ost- und Westpreußen, 1892 ff. Brunner, Der Leihezwang, 1897. Knapp, Die Bauernbefreiung u. s. w., 2 Thle., 1887.

§ 69. Die Leihe nach Stadtrecht. In den mittelalterlichen Städten bildete sich eine freie Erbleihe nach Weichbildrecht besonders als Häuserleihe aus; namentlich bei der Neugründung von Städten wurden die Hofstätten vom Stadtherrn zu Erbleihe an Ansiedler vergeben; dabei stand das errichtete Gebäude regelmäßig im Eigentum des Besitzers. Schon im Mittelalter verschwand meist das Obereigentum des Leiheherrn und ging in bloßes Zinsrecht über, das sich dann im Rentenkauf (unten § 78) fortsetzte. An Stelle der Häuserleihe aber kam die Miete von Häusern und Wohnungen auf, die in der Regel mit Gewere verbunden war und daher ein dingliches Recht gab. Der hieraus folgende Satz „Kauf bricht nicht Miete" („hur gat vor kop") erhielt sich zum Teil auch da, wo die Auffassung der Miete als eines bloß persönlichen Rechts durchdrang, und ist hier wie bei der Grundstückspacht durch das B.G.B. zu gemeinem Recht erhoben. — Soweit sich Reste der Häuserleihe erhielten, verschmolzen sie nach der Rezeption mit der römischen superficies; das „Erbbaurecht" des B.G.B. knüpft an diese Entwicklung an.

Literatur: Die zu § 46 angef. Schriften. Gobbers, Die Erbleihe und ihr Verhältnis zum Rentenkauf, Z. f. R.G. XVII 130 ff. Rietschel, ebenda XXXV 181 ff.

Abschnitt V. Die gebundenen Güter.

§ 70. Die Stammgüter. Nach älterem deutschem Recht war das Grundeigentum familienrechtlich gebunden. Es unterlag besonderer Erbfolge (unten § 118). Dem Erben stand aber auch schon vor dem Erbfalle ein festes Wartrecht zu. Er hatte daher das „Beispruchsrecht" bei der Veräußerung; eine Veräußerung ohne seine Zustimmung (ohne „Erbenlaub") war nichtig, bewirkte aber zugleich erfrühten Erbanfall, so daß der Erbe das Grundstück mit dinglicher Klage (actio revocatoria) an sich ziehen konnte (als of he dot si, jene de't dar gaf, Sachsenssp. I a. 52 § 1). Für persönliche Schulden des Erblassers haftete das liegende Gut nicht; eine dingliche Verschuldung bedurfte der Zustimmung des Erben. Eine Ausnahme galt im Falle „echter Not"; um sich aus ihr zu befreien, konnte der Eigentümer verkaufen, wenn er zuerst den Erben gehörig, aber vergeblich den Kauf angeboten hatte.

Frühzeitig wurde die Gebundenheit besonders in den Städten auf „Erbgüter" eingeschränkt und auch auf dem Lande bei ihnen strenger durchgeführt, während „Kaufgüter" frei oder doch freier verfügbar wurden. Schon im Mittelalter und später allgemein schwächte sich die Veräußerungsbeschränkung zu einem bloßen Näherrechte (Erblosung) ab.

Allein, bei gewissen Gütern erhielt sich kraft Gesetzes- oder Gewohnheitsrechts das Erbenwartrecht, so daß die Veräußerung (bisweilen nur die Zuwendung von Todes wegen) an die Zustimmung der Erben gebunden blieb. Dies sind die seit längerer Zeit in bestimmten (besonders adligen) Familien vererbten Stammgüter (bona stemmatica oder aviatica). Bei den Stammgütern i. e. S. erhielt sich überdies eine besondere Erbfolge (meist im Mannsstamm und mit Altersvorzug). Doch sind die meisten Stammgüter im hohen Adel in Hausgüter, im niederen Adel in Familienfideikommisse übergegangen. Die Trümmer werden vom B.G.B. verschont (E.G. a. 59).

Literatur: Zimmerle, Das deutsche Stammgüterstystem, 1857. Fipper, Das Beispruchsrecht nach altsächs. R., 1879. S. Adler, Ueber das Erbenwartrecht nach den ältesten bayr. Rechtsquellen, 1891. Brunner, Beiträge zur Geschichte des german. Wartrechts, 1900.

§ 71. Die Hausgüter des hohen Adels. Im hohen Adel hat die Familienautonomie den Gedanken des Stammguts zu dem des Hausguts umgeprägt. Das Hausgut ist ein satzungsmäßig zu einem einheitlichen Inbegriff zusammengefaßtes und gebundenes Sondervermögen. Eigentümer des Hausvermögens ist das Haus als solches, das durch den jeweiligen Mannsstamm dargestellt wird; nur durch einstimmigen Familienbeschluß kann eine Verfügung über die Substanz getroffen, auf Rechte verzichtet oder die Folgeordnung geändert werden (R.Ger. XXII Nr. 51, XXVI Nr. 26). Das Haupt des Hauses hat ein unentziehbares Sonderrecht auf Besitz, Verwaltung und Nutzung; die Nachfolge richtet sich nach Hausrecht. Die Agnaten (Schwertmagen) haben unentziehbare Sonderrechte auf Anteil am Genuß (heute meist in Gestalt einer festen Rente oder Apanage, früher oft ein Nutzungsrecht an einem als paragium ausgesonderten Teil), auf Wahrung ihrer Anwartschaft und mitunter auch auf Anteil an der Verwaltung; darum hat jeder Agnat ein selbständiges Recht, jede ohne seine Zustimmung erfolgte Substanzverfügung — und zwar sofort, nicht erst im Successionsfalle — als nichtig anzufechten (R.Ger. XXIV Nr. 38). Die Kognaten haben möglicherweise eventuelle Successionsrechte, die Töchter auch Anspruch auf standesgemäßen Unterhalt und Ausstattung, die Witwen auf Wittum aus dem Hausvermögen.

§ 72. Die Familienfideikommisse. Der niedere Adel vermochte, da er Autonomie nicht errang, nur im Wege rechtsgeschäftlicher Verfügung das Institut der Stammgüter festzuhalten und fortzubilden. Schon im Mittelalter vorkommend, mehrten sich seit der Rezeption Familienverträge und einseitige Verfügungen, durch die für einzelne Güter über die Gesetzesregel hinaus Unveräußerlichkeit und Sondererbfolge eingeführt wurden; seit dem 16. Jahrhundert unter starker Hinneigung zur Einzelerbfolge mit Altersvorzug. Die Jurisprudenz wandte seit Knipschild nach italienischem und spanischem Vorbilde darauf den römischen Begriff des „fideicommissum familiae relictum" an, ließ aber die Beschränkung auf bestimmte Geschlechterfolgen fallen und verband damit lehnrechtliche Ideen, besonders die der „successio ex pacto et providentia maiorum". So entstand, in der Form ein Erzeugnis des Juristenrechts, das gemeinrechtliche Institut des beständigen deutschrechtlichen Familienfideikommisses. Die Partikularrechte haben es wesentlich umgestaltet (Bayr. Mand. v. 1672, L.R. III c. 10, Ed. v. 1818 mit Ges. v. 1829; Preuß. A.L.R. II, 4, Ges. v. 1840 u. 1855; Österr. G.B. §§ 618 ff., Ges. v. 1868; Bad. L.R. a. 577ca—cv; Weimar. Ges. v. 1833, Hannov. 1836, Braunschw. 1858, Hess. 1858, Sächs. v. 7. Juli 1900).

Das Familienfideikommiß (in Sachsen jetzt „Familienanwartschaft") ist seinem Begriff nach eine rechtsgeschäftliche Stammgutsstiftung, ein Sondervermögen, das durch Rechtsgeschäft für unveräußerlich erklärt ist, um in einer Familie zur Erhaltung ihres Ansehens (des „splendor familiae") von Geschlecht zu Geschlecht vererbt zu werden.

Begründet wird es durch Rechtsgeschäft unter Lebenden oder von Todes wegen; zur Wirksamkeit gegen gutgläubige Dritte gehört Eintragung ins Grundbuch. Die Partikularrechte fordern überdies teils gerichtliche Verlautbarung und Bestätigung, teils (in Preußen nur bei sehr großen Gütern) landesherrliche Genehmigung. Geeignete Gegenstände sind nach gemeinem Recht Grundstücke jeder Art, liegenschaftliche Gerechtigkeiten und andere beständige und fruchttragende Objekte, nach Partikularrechten nur Landgüter und dinglich gesicherte Kapitalien (Geldfideikommisse). Der Gegenstand muß ein „ansehnlicher" sein; die Partikularrechte setzen eine feste Mindestgrenze des Wertes oder Ertrages. Die Stiftung kann (außer in Bayern) so gut für eine bürgerliche wie für eine adlige Familie erfolgen.

Die Rechtsverhältnisse in Ansehung des Fideikommisses ergeben sich daraus, daß gemäß dem Willen des Stifters ein einzelnes Familienglied jeweilig zu Besitz, Verwaltung und Nutzung berufen, jedoch verpflichtet ist, die Substanz unversehrt zu erhalten und dem berufenen Nachfolger zu hinterlassen. Gemeinrechtlich wird dem jeweiligen Besitzer ein durch dingliche Rechte der Anwärter gebundenes Eigentum zugeschrieben; Partikularrechte sprechen das Eigentum der Familie zu; das preußische und österreichische Recht nehmen Obereigentum der Familie und Untereigentum des jeweiligen Besitzers an. Die Fideikommißanwärter haben ein unentziehbares Wartrecht, möglicherweise auch bestimmte Genuß- oder Bezugsrechte und Anteil an der Verwaltung.

Eine Veräußerung durch den jeweiligen Besitzer ist nichtig. Die Nichtigkeit kann jeder Anwärter geltend machen, jedoch nach der herrschenden gemeinrechtlichen Praxis erst im Successionsfalle; die Partikularrechte gestatten, indem sie an der Verwirkungsfolge der Veräußerung festhalten, sofortige Anstellung der actio revocatoria. Dingliche Belastungen kann jeder Nachfolger als nichtig behandeln. Die Anfechtung wird durch Konsens ausgeschlossen; doch bindet gemeinrechtlich der Konsens die Nachkommen nicht. Partikularrechte ermöglichen indes eine endgültige Veräußerung oder Belastung mit Zustimmung aller lebenden Anwärter und gerichtlicher oder landesherrlicher Bestätigung; nach preußischem Recht genügt ein einstimmiger Familienschluß der auf gerichtliche Ladung erschienenen Familienmitglieder. Auch sind gewisse Abveräußerungen und Belastungen mit Zustimmung der zwei nächsten Anwärter wirksam oder noch mehr erleichtert.

Die Fideikommißfolge ist Sondernachfolge in ein Sondervermögen, die streng auf dem Gedanken der unmittelbaren Berufung jedes Anwärters durch die Willenserklärung des Stifters beruht. Jeder Anwärter succediert daher auf Grund eines ihm vom Stifter verliehenen, von dem Rechte des Vorgängers unabhängigen und für diesen unantastbaren Rechts; auch die Nachkommen des letzten Besitzers können das Fideikommiß annehmen und die Allodialerbschaft ausschlagen (II F. 45 ist unanwendbar, vgl. Seuff. XXXV Nr. 44). Der Kreis der Folgeberechtigten bestimmt sich nach dem Willen des Stifters; im Zweifel ist Abstammung vom ersten Erwerber und Zugehörigkeit zum Mannsstamme erforderlich; subsidiär werden meist Kognaten berufen. Die Folgeordnung richtet sich gleichwohl im Zweifel nach der Nähe zum letzten Besitzer (unten § 128). — Für Allodialschulden des Vorgängers haftet der Fideikommißfolger als solcher nicht; nach Analogie der Lehnsschulden sind aber Fideikommißschulden anerkannt; doch kann auch wegen ihrer der Gläubiger sich regelmäßig nur an die Früchte halten. — Die Sonderung von Fideikommiß- und Allodialvermögen erfolgt nach ähnlichen Regeln wie die Lehnssonderung.

Beendigt wird das Fideikommiß durch Untergang des Gegenstandes; durch Erlöschen der Familie, womit freies Eigentum des letzten Besitzers entsteht; nach Partikularrechten (nicht nach gemeinem Recht) durch übereinstimmende Willenserklärung der derzeitigen Familienglieder mit gerichtlicher oder landesherrlicher Bestätigung, in Preußen durch Familienschluß; endlich durch gesetzliche Aufhebung, wie sie in den Gebieten des französischen Rechts durch Code civ. a. 896 und in Deutschland vorübergehend 1806 bis 1815 und wieder seit 1848 (endgültig in Oldenburg) erfolgt ist.

Literatur: Knipschild, Tract. de fideicommissis familiarum nobilium, 1694. Lewis, Das Recht des Familienfideikommisses, 1868. Hoffmann, Zur Geschichte der Familienfideikommisse, 1864. Rosin, Jahrb f. Dogm. XXXII 323 ff. Gierke, Handwörterbuch der Staatswiss. III 880 ff.

§ 73. Die Bauergüter. Seitdem im Mittelalter sich die Landbevölkerung unabhängig von freier oder unfreier Geburt in Ritter und Bauern schied, nahmen mehr und mehr die Landgüter selbst die neue Standeseigenschaft an. Gegenüber den „Rittergütern" („adligen Gütern"), mit denen Adelsvorrechte als Realrechte verknüpft wurden, erschienen nunmehr die „Bauergüter" als Güter, die regelmäßig mit Lasten beschwert waren. Für die meisten Bauergüter führten die Rechtsverhältnisse des abgeleiteten Besitzes (§ 68) oder doch ihre Unterordnung unter einen gutsherrlichen Schutzverband eine starke Gebundenheit herbei. Doch gab es stets auch Bauergüter und andere nicht-adlige Landgüter in vollem und freiem Eigentum.

Nach der Rezeption wurde in den meisten Territorien ein Sonderrecht für Bauergüter ausgebildet. Hierbei war aber nicht der Gegensatz zum Rittergut, sondern der wirtschaftliche Begriff eines mittleren Landgutes, auf dem die Landwirtschaft (im Gegensatz zu den kleinen Stellen der Häusler, Büdner, Handwerker u. s. w.) als selbständiger Nahrungszweig, aber (im Gegensatz zum Großgrundbesitz) unter persönlicher Mitarbeit des Wirtes betrieben wird, ausschlaggebend. Der leitende Gedanke dieses Sonderrechts war die Erhaltung solcher Güter in ihrem wirtschaftlichen Bestande. In diesem Sinne wirkten vielfach die Grundherren, besonders aber die Landesherren, die einen steuerfähigen und kriegstüchtigen Bauernstand zu erhalten strebten, rechtsetzend ein. Doch kamen ihnen auch, zumal da die Neubildung meist nur Umbildung deutschrechtlicher Institute war, die Standesrichtung und der Familiensinn der Bauern entgegen. Dieses Sonderrecht bewirkte eine von den Einschränkungen des bäuerlichen Besitzrechtes durch Herrenrecht unabhängige und neben ihnen wirksame objektive Gebundenheit der Bauergüter. Sie äußerte sich vor allem in der gesetzlichen Unteilbarkeit (Geschlossenheit) der Bauergüter. Im Zusammenhange damit wurde die Sondererbfolge in Bauergüter (Anerbenrecht) mit ihrer Ergänzung durch die Gutsabtretung unter Vorbehalt des Altenteils und die Interimswirtschaft für den minderjährigen Anerben ausgebildet.

Im 19. Jahrhundert wurde das Sonderrecht der Bauergüter im größten Teil Deutschlands (besonders in Preußen) beseitigt. Doch wurde es in einzelnen Ländern nur reformiert und in neuester Zeit zum Teil in neuen Formen (vielfach unter Ausdehnung auf andere Landgüter) wiederhergestellt. Überdies erhielt es sich zäh in der bäuerlichen Sitte. Der Schwerpunkt ist dabei in die besondere Erbfolge verlegt, weshalb davon im Erbrecht gehandelt werden soll (unten § 129).

Eine neue Form gebundener Güter schuf die preußische Gesetzgebung (zuerst für Posen und Westpreußen durch das Ansiedlungsgesetz vom 26. April 1886, dann allgemein durch Gesetze vom 27. Juni 1890 und 7. Juli 1891) in den Rentengütern. Es sind dies Ansiedlungsgüter, die (in geeigneten Fällen unter staatlicher Vermittlung und mit Kredithilfe der Rentenbank) gegen Übernahme einer dinglichen Rente vergeben werden. Sie stehen im vollen Eigentum des Besitzers. Allein, das Eigentum kann durch Vereinbarung der Unablöslichkeit der Rente, des Erfordernisses der Einwilligung des Rentenberechtigten zu Veräußerungen und Teilungen und der Verpflichtung des Eigentümers zur ordnungsmäßigen Bewirtschaftung und zur Erhaltung der wirtschaftlichen Selbständigkeit des Gutes gebunden werden. Dazu tritt gesetzliches Anerbenrecht (unten § 129).

Abschnitt VI. Die Dienstbarkeiten.

§ 74. Die Dienstbarkeiten überhaupt. Unter der Fülle dinglicher Belastungen der Grundstücke im Mittelalter befanden sich auch solche mit dem Inhalt der römischen Servituten. In der Hauptsache wurden freilich die Prädialservituten durch gleichinhaltliche Ausflüsse der genossenschaftlichen und herrschaftlichen Eigentumsverteilung und des Nachbarrechts ersetzt; doch konnten auch selbständige dingliche Rechte auf begrenzte Benutzung eines Grundstücks oder auf Untersagung einer bestimmten Benutzung in beliebigem Umfange als Real- oder Personalrechte bestellt werden und kamen auf dem Lande wie in den Städten vielfach vor. Dem römischen usus fructus entsprach die Leibzucht, die vor-

zugsweise als Ausfluß personenrechtlicher Verhältnisse ausgebildet war, aber auch selbständig begründet werden konnte.

Seit der Rezeption wurde die römische Servitutenlehre angewandt. Man unterstellte jedoch dem Begriff der Servitut nun auch ungleichartige dingliche Rechte einheimischer Herkunft — dem Begriff der Grunddienstbarkeit Gemeindenutzungsrechte, Rechte des Obereigentümers, ja auch Reallasten und Bannrechte, dem Begriff des usus fructus die familienrechtlichen Nutzungsrechte („usus fructus iuris Germanici") — und vergewaltigte so gleichzeitig deutsches und römisches Recht. Erst allmählich wurden die fremdartigen deutschrechtlichen Verhältnisse wieder ausgeschieden. Für die wirklichen Dienstbarkeiten blieb das gereinigte römische Servitutenrecht mit mancherlei deutschrechtlichen Abwandlungen in Kraft. Auf diesen Boden stellte sich auch das B.G.B.

Als Grunddienstbarkeiten, die ein Grundstück zu Gunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks belasten, läßt das B.G.B. im Gegensatz zum deutschen Recht nur noch solche Belastungen zu, die auf einen Vorteil des herrschenden Grundstücks als solchen gerichtet sind. Den Inhalt der Belastung kann nur ein Dulden oder Unterlassen, nebenbei jedoch die als eingemischte Reallast geltende Verpflichtung zur Erhaltung des Grundstücks oder einer Anlage in geeignetem Stande bilden. Auch hinsichtlich der Grunddienstbarkeiten ist das Grundbuchrecht streng durchgeführt, so daß eine Ersitzung ohne Eintragung nicht mehr stattfindet; doch haben nicht eingetragene Grunddienstbarkeiten älterer Herkunft, soweit das Landesgesetz nichts anderes bestimmt, volle dingliche Wirksamkeit behalten (E.G. a. 187). Im Interesse der Landeskultur wurde die einseitige Ablösung mancher kulturhinderlich gewordener ländlicher Dienstbarkeiten zugelassen und staatlich befördert, oft auch die Neubegründung solcher Dienstbarkeiten ausgeschlossen; in dieser Hinsicht gilt Landesrecht fort.

Mit gleichem Inhalte wie Grunddienstbarkeiten können beschränkte persönliche Dienstbarkeiten an Grundstücken bestellt werden, jedoch nicht mehr, wie bisher, als vererbliche und auch nicht als veräußerliche Rechte. Dagegen kann die Zulässigkeit der Überlassung der Ausübung an andere bedungen werden. Somit können sich in diese Form auch die deutschrechtlichen „Gemeindeservituten" kleiden, bei denen das Subjekt eine juristische Person ist, den Mitgliedern aber Sonderrechte auf die Ausübung zustehen.

Fast nur den Namen noch hat mit den anderen Dienstbarkeiten der Nießbrauch gemein, der nicht nur an Grundstücken, sondern auch an beweglichen Sachen und unkörperlichen Gegenständen möglich ist. Die familienrechtlichen Nutzungsrechte fallen nicht mehr unter den Begriff des Nießbrauchs. Ebensowenig das Recht des Geistlichen an der Pfründe.

§ 75. Wege-, Weide- und Waldrechte.

I. Wegerechte. Die Wege teilen sich in öffentliche Wege, an denen ein öffentliches Recht des Gemeingebrauchs (bei Gemeindewegen wenigstens für die Gemeindegenossen) besteht, und Privatwege, zu deren Benutzung Eigentum, Nachbarrecht oder Dienstbarkeit berechtigen kann. Für den Inhalt der Wegerechte gelten je nach der Zweckbestimmung gesetzliche Regeln deutscher Herkunft, die sich dem römischen Recht gegenüber erhalten haben, jedoch partikularrechtlich mannigfach verschieden sind.

II. Weiderechte (Hutrechte). Teils aus der genossenschaftlichen und herrschaftlichen Eigentumsverteilung, teils aus Dienstbarkeiten entstammten massenhafte Weiderechte. Nach der Rezeption gingen viele andersgeartete Weiderechte in Servituten über: so die Weiderechte auf der Allmende in Servituten am Gemeinlande, die Gesamtweiderechte auf fremder Gemarkung in Gemeindeservituten, das gemeine Weiderecht auf der Feldmark (Brache und Stoppel) in eine servitus mutua („Koppelweide"). Hinsichtlich der Ausübung der Weiderechte erhielten sich deutschrechtliche Grundsätze, die in neueren Gesetzen fortgebildet wurden. Dazu gehört die Bemessung des Umfanges bei unbestimmter Stückzahl nach dem „Durchwinterungsfuß", dem zufolge so viel Vieh aufgetrieben werden darf, als mit dem auf dem berechtigenden Gute gewonnenen Futter durchwintert werden

kann. Desgleichen die Beschränkung der Ausübung durch die Unterscheidung der „offenen" und der „geschlossenen" Zeit, die „Zugordnung" und die Vorschriften über „pfleglichen" Auftrieb. Eine besondere Ausgestaltung erfuhr das Schäfereirecht, das meist dem Gutsherrn die Schafweide in der ganzen Gemarkung sicherte und oft mit dem ausschließlichen Recht der Schafhaltung über eine bestimmte Zahl (Schäfereigerechtigkeit) verbunden war. Als Nebenrechte begegnen das „Pferchrecht" (Recht auf Lagerung einer Schafherde während der Pferchzeit in einer Hürde, damit der Dung dem Grundstücke zu gute komme) und das „Stabrecht" (Recht der Hirtenbestellung für eine gemeinsame Schafherde). — Die neuere Agrargesetzgebung hat die Weiderechte auf fremdem Boden vielfach beseitigt, ja zum Teil ihre Neubegründung verboten; doch sind auch neue Weidegemeinschaften gesetzlich begründet worden.

III. Waldrechte. Die zahlreichen Nutzungsrechte am Walde, die nach der Rezeption vielfach zu Servituten wurden, zerfallen in Weiderechte, insbesondere „Blumenhut" (Waldweide) und „Mastrecht" (das nach dem Ertrage des Jahres im Umfange wechselnde Recht, die Baumfrüchte durch Schweine aufweiden zu lassen), Beholzigungsrechte (Bau-, Brenn- und Nutzholz) und kleine Waldrechte (Windbrüche, Raff- und Leseholz, Laubsammeln, Streurechen, Gräsereirecht, Plaggenhieb u. s. w., einst auch Zeidelweide, Kohlenbrennen, Harzscharren, Teerschwelen). Neuerdings wurden die meisten abgelöst. Insbesondere opferte der Staat einen Teil des Waldes als „Abfindung", um den Rest von Servituten zu befreien. Erst in neuester Zeit strebt man wieder die Erhaltung mancher sozial wichtiger Waldrechte an.

Literatur: Münter, Das Weiderecht, 2. Aufl. 1810. Pfeiffer, Z. f. d. R. XIII 165 ff. Scholz III, Das Schäfereirecht, 1837. K. Seelig, Die Ablösung der Weideberechtigungen auf fremden Grundstücken, 1851. Danckelmann, Die Ablösung der Waldservituten, 2 Bde., 1879 u. 89.

Abschnitt VII. Die Reallasten.

§ 76. Die Reallasten überhaupt. Reallast ist die dingliche Belastung eines Grundstücks mit der Verpflichtung zu einem wiederkehrenden Tun.

Die Geschichte der Reallasten, die aus den wirtschaftlichen Abgaben und Diensten der abhängigen Grundbesitzer hervorgingen, wurde durch verschiedene Entwicklungsmomente bestimmt. Das erste war die mit der Verdinglichung der Herrschafts- und Gemeindeverhältnisse eintretende Umwandlung persönlicher Pflichten in Grundlasten. Das zweite war die Verselbständigung solcher ursprünglich als Ausflüsse der herrschaftlichen und genossenschaftlichen Eigentumsordnung erscheinenden und lange noch mindestens mit einer Oberherrlichkeit des Berechtigten verknüpften Grundlasten, die zuerst in den Städten (beim Rentenkauf) für sich begründet, dann aber auch bei den älteren Verhältnissen begrifflich vom sonstigen Herrschaftsrecht geschieden wurden. Das dritte war die Entwicklung der Reallasten zu privatrechtlichen Eigentumsbeschränkungen und ihre Unterscheidung von den öffentlichen Grundlasten, mit denen sie im Mittelalter zusammenflossen. Das vierte war die Beseitigung von Reallasten, wie sie schon im Mittelalter in den Städten und in neuerer Zeit auf dem Lande um der Freiheit des Eigentums willen erfolgte. Zum Teil durch gesetzliche Aufhebung, überwiegend durch Ablösung, wie sie die Ablösungsgesetze auf Grund einseitigen Antrages unter staatlicher Vermittlung und Förderung durch Kreditanstalten (Rentenbanken) ermöglichten. Die Ablösung wird durch Umwandlung, insbesondere „Fixation" (bei unbestimmtem Inhalt) und „Adäration" (Überführung in eine feste Geldrente), vorbereitet, zum Teil auch ersetzt. Die Neubegründung unablöslicher und überhaupt gewisser Reallasten wurde vielfach verboten. Keineswegs aber sind die Reallasten als Rechtsinstitut verschwunden. Das B.G.B. läßt sie allgemein zu, gestattet jedoch ihre landesgesetzliche Einschränkung.

Ihrem Wesen nach wurden die Reallasten im deutschen Rechte stets als dingliche Lasten mit Schuldinhalt aufgefaßt; das durch sie begründete Recht galt als Herrschaftsrecht an dem die zugehörige Fahrnis, die Erträge an Früchten, Vieh oder Geldrente und die zum Dienste des Grundstücks bestimmten Arbeitskräfte einschließenden Grund-

vermögen, erschien in einer Gewere und wurde als unkörperliche Sache zum liegenden Gut gerechnet. Nach der Rezeption wurden sie oft als „servitutes in faciendo", von romanisierenden Juristen aber vielmehr als Forderungsrechte (mit bloßer Pfandhaftung der Sache, mit actio in rem scripta, mit unbestimmtem Schuldner, in sachenrechtlichem Kleide u. s. w.), neuerdings auch als gemischte Rechte konstruiert. Doch ist überwiegend die Ansicht durchgedrungen, die in ihnen eine besondere Gattung der dinglichen Rechte erblickt. Sie liegt den Gesetzen zu Grunde und beherrscht die Vorschriften des B.G.B., nach denen die Reallast als eine selbständige dingliche Schuld aufgefaßt werden muß.

Begründet wird die Reallast, wie einst durch Auflassung, so heute durch Einigung und Eintragung. Nur Ablösungsrenten können ohne Eintragung dingliche Kraft erlangen. Ersitzung, wie sie früher anerkannt war, ist nicht mehr möglich.

Die Reallastberechtigung kann Realrecht oder Personalrecht sein; im letzteren Falle ist sie entweder vererblich und übertragbar (nach Liegenschaftsrecht) oder höchstpersönlich (z. B. Leibrente, Altenteil).

Die Reallastverpflichtung trifft durch das Mittel des Grundstücks den jeweiligen Eigentümer (oder Untereigentümer). Die Last im ganzen folgt schlechthin dem Grundstück. Aber auch die Verpflichtung zur einzelnen fälligen Leistung ist eine dingliche Schuld, die vom jeweiligen Eigentümer aus dem Grundvermögen zu erfüllen ist und sich auch auf Rückstände aus der Zeit des Vorbesitzers (bis zur Verjährung) erstreckt, während sie den ehemaligen Eigentümer auch für Rückstände nicht mehr ergreift. Aus manchen Reallasten indes entspringt nach älteren und neueren Quellen daneben für den Eigentümer eine persönliche Schuld hinsichtlich der während seines Eigentums fällig werdenden Leistungen. Nach dem B.G.B. gilt dies allgemein; die accessorische persönliche Schuld ist jedoch nicht begriffswesentlich, da sie wegbedungen werden kann.

Der im gemeinen Recht und den meisten Partikularrechten bei Reallasten gewährte Besitzschutz findet nicht mehr statt, da ein Rechtsbesitz hier vom B.G.B. nicht anerkannt wird.

Die Beendigung der Reallast kann durch dingliches Rechtsgeschäft erfolgen. Bei unablöslichen Reallasten ist Willenseinigung erforderlich; bei ablöslichen kann entweder jeder Teil oder doch der Verpflichtete stets oder bei Eintritt des Ablösungsrechts die Aufhebung gegen Zahlung der Ablösungssumme, die ein bestimmtes Vielfaches des jährlichen Geldwertes beträgt, erzwingen. Manche Reallasten erlöschen durch Tod, andere, wie namentlich die durch Verrechnung eines Rententeils auf die Ablösungssumme zu amortisierenden Ablösungsrenten und sonstigen Tilgungsrenten, durch Zeitablauf.

Von den Arten der Reallasten sind einige typisch ausgebildete Formen hier noch zu behandeln (§ 77 u. 78). Andere gehören ins Familienrecht. Die öffentlich-rechtlichen Reallasten scheiden aus dem Privatrecht aus, stehen aber unter ähnlichen Regeln und greifen teilweise (wie die Deichlast) tief ins Privatrecht ein.

Literatur: Duncker, Die Lehre von den Reallasten, 1837. Renaud, Beiträge zur Theorie der Reallasten, 1846. Frieblieb, Die Rechtstheorie der Reallasten, 1861. v. Schwind, Die Reallastenfrage, Jahrb. f. Dogm. XXXIII 1 ff. Judeich, Die Grundentlastung, 1863.

§ 77. Grundzinse, Zehnten und Fronden.

I. Grundzinse (Bodenzinse, census) sind Reallasten, die zu wiederkehrenden festen Abgaben verpflichten. Die meisten ehemaligen Grundzinse waren Naturalzinse (in Korn, Obst, Hühnern, Eiern, Honig, Wachs, Wein u. s. w.); daneben finden sich früh Geldzinse. Die Leistung muß im Zweifel in mittlerer Qualität der auf dem Gute gewonnenen Früchte (R.Ger. I Nr. 129) zu rechter Zeit (teils an den allgemeinen Gerichtstagen, teils an bestimmten Festtagen) am rechten Orte (die Vermutung spricht für Bringzins, manche Zinse aber sind als Gatterzinse vom Zinssammler zu holen) erfolgen. Säumnis bewirkt Verzugsfolgen, bei „Gefahrzinsen" Gutsverlust, bei „Rutscherzinsen" Verdoppelung oder noch weitere Vervielfältigung der Zinsschuld.

II. Zehnten (decimae) sind Reallasten, die zur wiederkehrenden Abgabe eines Bruchteils (meist $^1/_{10}$) des Ertrages verpflichten. Die Kirche nahm den zehnten Teil der

kann. Desgleichen die Beschränkung der Ausübung durch die Unterscheidung der „offenen" und der „geschlossenen" Zeit, die „Zugordnung" und die Vorschriften über „pfleglichen" Auftrieb. Eine besondere Ausgestaltung erfuhr das Schäfereirecht, das meist dem Gutsherrn die Schafweide in der ganzen Gemarkung sicherte und oft mit dem ausschließlichen Recht der Schafhaltung über eine bestimmte Zahl (Schäfereigerechtigkeit) verbunden war. Als Nebenrechte begegnen das „Pferchrecht" (Recht auf Lagerung einer Schafherde während der Pferchzeit in einer Hürde, damit der Dung dem Grundstücke zu gute komme) und das „Stabrecht" (Recht der Hirtenbestellung für eine gemeinsame Schafherde). — Die neuere Agrargesetzgebung hat die Weiderechte auf fremdem Boden vielfach beseitigt, ja zum Teil ihre Neubegründung verboten; doch sind auch neue Weidegemeinschaften gesetzlich begründet worden.

III. Waldrechte. Die zahlreichen Nutzungsrechte am Walde, die nach der Rezeption vielfach zu Servituten wurden, zerfallen in Weiderechte, insbesondere „Blumenhut" (Waldweide) und „Mastrecht" (das nach dem Ertrage des Jahres im Umfange wechselnde Recht, die Baumfrüchte durch Schweine aufweiden zu lassen), Beholzigungsrechte (Bau-, Brenn- und Nutzholz) und kleine Waldrechte (Windbrüche, Raff- und Leseholz, Laubsammeln, Streurechen, Gräsereirecht, Plaggenhieb u. s. w., einst auch Zeidelweide, Kohlenbrennen, Harzscharren, Teerschwelen). Neuerdings wurden die meisten abgelöst. Insbesondere opferte der Staat einen Teil des Waldes als „Abfindung", um den Rest von Servituten zu befreien. Erst in neuester Zeit strebt man wieder die Erhaltung mancher sozial wichtiger Waldrechte an.

Literatur: Münter, Das Weiderecht, 2. Aufl. 1810. Pfeiffer, Z. f. d. R. XIII 165 ff. Scholz III, Das Schäfereirecht, 1837. K. Seelig, Die Ablösung der Weideberechtigungen auf fremden Grundstücken, 1851. Danckelmann, Die Ablösung der Waldservituten, 2 Bde., 1879 u. 89.

Abschnitt VII. Die Reallasten.

§ 76. Die Reallasten überhaupt. Reallast ist die dingliche Belastung eines Grundstücks mit der Verpflichtung zu einem wiederkehrenden Tun.

Die Geschichte der Reallasten, die aus den wirtschaftlichen Abgaben und Diensten der abhängigen Grundbesitzer hervorgingen, wurde durch verschiedene Entwicklungsmomente bestimmt. Das erste war die mit der Verdinglichung der Herrschafts- und Gemeindeverhältnisse eintretende Umwandlung persönlicher Pflichten in Grundlasten. Das zweite war die Verselbständigung solcher ursprünglich als Ausflüsse der herrschaftlichen und genossenschaftlichen Eigentumsordnung erscheinenden und lange noch mindestens mit einer Oberherrlichkeit des Berechtigten verknüpften Grundlasten, die zuerst in den Städten (beim Rentenkauf) für sich begründet, dann aber auch bei den älteren Verhältnissen begrifflich vom sonstigen Herrschaftsrecht geschieden wurden. Das dritte war die Entwicklung der Reallasten zu privatrechtlichen Eigentumsbeschränkungen und ihre Unterscheidung von den öffentlichen Grundlasten, mit denen sie im Mittelalter zusammenflossen. Das vierte war die Beseitigung von Reallasten, wie sie schon im Mittelalter in den Städten und in neuerer Zeit auf dem Lande um der Freiheit des Eigentums willen erfolgte. Zum Teil durch gesetzliche Aufhebung, überwiegend durch Ablösung, wie sie die Ablösungsgesetze auf Grund einseitigen Antrages unter staatlicher Vermittlung und Förderung durch Kreditanstalten (Rentenbanken) ermöglichten. Die Ablösung wird durch Umwandlung, insbesondere „Fixation" (bei unbestimmtem Inhalt) und „Adäration" (Überführung in eine feste Geldrente), vorbereitet, zum Teil auch ersetzt. Die Neubegründung unablöslicher und überhaupt gewisser Reallasten wurde vielfach verboten. Keineswegs aber sind die Reallasten als Rechtsinstitut verschwunden. Das B.G.B. läßt sie allgemein zu, gestattet jedoch ihre landesgesetzliche Einschränkung.

Ihrem Wesen nach wurden die Reallasten im deutschen Rechte stets als dingliche Lasten mit Schuldinhalt aufgefaßt; das durch sie begründete Recht galt als Herrschaftsrecht an dem die zugehörige Fahrnis, die Erträge an Früchten, Vieh oder Geldrente und die zum Dienste des Grundstücks bestimmten Arbeitskräfte einschließenden Grund-

vermögen, erschien in einer Gewere und wurde als unkörperliche Sache zum liegenden Gut gerechnet. Nach der Rezeption wurden sie oft als „servitutes in faciendo", von romanisierenden Juristen aber vielmehr als Forderungsrechte (mit bloßer Pfandhaftung der Sache, mit actio in rem scripta, mit unbestimmtem Schuldner, in sachenrechtlichem Kleide u. s. w.), neuerdings auch als gemischte Rechte konstruiert. Doch ist überwiegend die Ansicht durchgedrungen, die in ihnen eine besondere Gattung der dinglichen Rechte erblickt. Sie liegt den Gesetzen zu Grunde und beherrscht die Vorschriften des B.G.B., nach denen die Reallast als eine selbständige dingliche Schuld aufgefaßt werden muß.

Begründet wird die Reallast, wie einst durch Auflassung, so heute durch Einigung und Eintragung. Nur Ablösungsrenten können ohne Eintragung dingliche Kraft erlangen. Ersitzung, wie sie früher anerkannt war, ist nicht mehr möglich.

Die Reallastberechtigung kann Realrecht oder Personalrecht sein; im letzteren Falle ist sie entweder vererblich und übertragbar (nach Liegenschaftsrecht) oder höchstpersönlich (z. B. Leibrente, Altenteil).

Die Reallastverpflichtung trifft durch das Mittel des Grundstücks den jeweiligen Eigentümer (oder Untereigentümer). Die Last im ganzen folgt schlechthin dem Grundstück. Aber auch die Verpflichtung zur einzelnen fälligen Leistung ist eine dingliche Schuld, die vom jeweiligen Eigentümer aus dem Grundvermögen zu erfüllen ist und sich auch auf Rückstände aus der Zeit des Vorbesitzers (bis zur Verjährung) erstreckt, während sie den ehemaligen Eigentümer auch für Rückstände nicht mehr ergreift. Aus manchen Reallasten indes entspringt nach älteren und neueren Quellen daneben für den Eigentümer eine persönliche Schuld hinsichtlich der während seines Eigentums fällig werdenden Leistungen. Nach dem B.G.B. gilt dies allgemein; die accessorische persönliche Schuld ist jedoch nicht begriffswesentlich, da sie wegbedungen werden kann.

Der im gemeinen Recht und den meisten Partikularrechten bei Reallasten gewährte Besitzschutz findet nicht mehr statt, da ein Rechtsbesitz hier vom B.G.B. nicht anerkannt wird.

Die Beendigung der Reallast kann durch dingliches Rechtsgeschäft erfolgen. Bei unablöslichen Reallasten ist Willenseinigung erforderlich; bei ablöslichen kann entweder jeder Teil oder doch der Verpflichtete stets oder bei Eintritt des Ablösungsrechts die Aufhebung gegen Zahlung der Ablösungssumme, die ein bestimmtes Vielfaches des jährlichen Geldwertes beträgt, erzwingen. Manche Reallasten erlöschen durch Tod, andere, wie namentlich die durch Verrechnung eines Rententeils auf die Ablösungssumme zu amortisierenden Ablösungsrenten und sonstigen Tilgungsrenten, durch Zeitablauf.

Von den Arten der Reallasten sind einige typisch ausgebildete Formen hier noch zu behandeln (§ 77 u. 78). Andere gehören ins Familienrecht. Die öffentlich-rechtlichen Reallasten scheiden aus dem Privatrecht aus, stehen aber unter ähnlichen Regeln und greifen teilweise (wie die Deichlast) tief ins Privatrecht ein.

Literatur: Duncker, Die Lehre von den Reallasten, 1837. Renaud, Beiträge zur Theorie der Reallasten, 1846. Friedlieb, Die Rechtstheorie der Reallasten, 1861. v. Schwind, Die Reallastenfrage, Jahrb. f. Dogm. XXXIII 1 ff. Judeich, Die Grundentlastung, 1863.

§ 77. Grundzinse, Zehnten und Fronden.

I. Grundzinse (Bodenzinse, census) sind Reallasten, die zu wiederkehrenden festen Abgaben verpflichten. Die meisten ehemaligen Grundzinse waren Naturalzinse (in Korn, Obst, Hühnern, Eiern, Honig, Wachs, Wein u. s. w.); daneben finden sich früh Geldzinse. Die Leistung muß im Zweifel in mittlerer Qualität der auf dem Gute gewonnenen Früchte (R.Ger. I Nr. 129) zu rechter Zeit (teils an den allgemeinen Gerichtstagen, teils an bestimmten Festtagen) am rechten Orte (die Vermutung spricht für Bringzins, manche Zinse aber sind als Gatterzinse vom Zinssammler zu holen) erfolgen. Säumnis bewirkt Verzugsfolgen, bei „Gefahrzinsen" Gutsverlust, bei „Rutscherzinsen" Verdoppelung oder noch weitere Vervielfältigung der Zinsschuld.

II. Zehnten (decimae) sind Reallasten, die zur wiederkehrenden Abgabe eines Bruchteils (meist $^1/_{10}$) des Ertrages verpflichten. Die Kirche nahm den zehnten Teil der

Bodenerträge als Kirchensteuer in Anspruch, setzte aber trotz der Unterstützung durch fränkische Kapitularien weder ein allgemeines, noch ein ausschließliches Zehntrecht durch. So blieb der Zehnt eine auf besonderen Rechtstiteln beruhende Reallast, die nur besonders häufig als „Kirchenzehnt" begründet war, aber auch als „Laienzehnt" vorkam. Auf ursprünglichen Kirchenzehnt findet das kanonische Recht (tit. X de decimis 3, 30, in VI° 3, 13, Conc. Trid. sess. 21 c. 7 de ref.) Anwendung (besonders hinsichtlich der Veräußerung und der auf ihm ruhenden Kirchenbaulast). — Der Zehnt heißt „Universalzehnt", wenn er die ganze Gemarkung ergreift, und umfaßt dann auch den „Rottzehnt" (vom Neubruch), den aber in manchen Territorien der Fiskus in Anspruch nahm. Der „Generalzehnt" wird von jeder Fruchtart, der „Feldzehnt" von den Feldfrüchten (der „große" von Getreide, Wein, auch Heu, der „kleine" von Knollengewächsen, Gemüse, Obst), der „Blutzehnt" vom Vieh (das zehnte Tierjunge) geschuldet. Der Feldzehnt ist im Zweifel vom Berechtigten zu holen und heimzuführen (Auszählung nach Haufen). Unterläßt der Belastete die Bestellung, oder baut er eine zehntfreie Fruchtart, so entgeht dem Zehntherrn der Zehnt (anders nach Partikularrechten). Aus der Fixierung des „Zuggzehnten" ist der „Sackzehnt", aus der Abärierung der „Geldzehnt" entstanden.

III. Fronden (Dienste, Robotten, Scharwerk) sind Reallasten, die zu wiederkehrender körperlicher Arbeitsleistung verpflichten. Neben den größtenteils aufgehobenen oder abgelösten „Herrenfronden" (Gutsfronden) erhielten sich die heute weggefallenen „Staatsfronden" und die als öffentliche Reallasten (für Schul-, Kirchen- und Wegebau) noch vorkommenden „Gemeindefronden". Die Fronden waren gemessene oder ungemessene (nach Bedürfnis); ordentliche (für Ackerbestellung und Ernte) oder außerordentliche (für Bauten, Jagd, Forst- und Wachtdienst u. s. w.); „fässige" oder „walzende" (Reihefronden); Hand- oder Spanndienste (wobei der Pflichtige dort das Gerät, hier Zugvieh und Geschirr in stand halten und mitbringen muß). Die Leistung braucht nie in Person, sondern nur durch taugliche Arbeiter (Gesinde oder angenommene Leute) bewirkt zu werden. Sie wird nur auf rechtzeitige Ansage fällig. Meist schuldet der Berechtigte eine Gegenleistung (Verköstigung oder Tagelohn; möglicherweise als Reallast des Gutshofes, R.Ger. X Nr. 47). Sehr allgemein galt auch die dem Gutshofe obliegende Reallast zur Unterhaltung des Wucherviehs für die Gemeinde als Entgelt für die Dienste.

Literatur: C. Meurer, Das Zehnt- und Bodenzinsrecht in Bayern, 1898. Birnbaum, Die rechtliche Natur der Zehnten, 1831. Sicherer, Der Zehnte, 1845. Wigand, Die Dienste, 1828.

§ 78. Der Rentenkauf. In den mittelalterlichen Städten entwickelte sich aus Erbleihe und Grundzins als wichtiges Immobiliarkreditgeschäft der Rentenkauf, bei dem ein Grundeigentümer eine dingliche Rente, die er in Form der Auflassung bestellt, gegen Empfang eines Kapitals als Kaufpreis abverkauft. Der Rentenkauf verbreitete sich auch auf das Land und stand bis zum 18. Jahrhundert in voller Blüte. Die Reichsgesetzgebung erkannte ihn an, griff aber regelnd ein und verbot zur Vermeidung von Wucher, daß die Rente fünf vom Hundert des Kaufgeldes übersteige (R.P.O. v. 1577 t. 17 § 9).

Bei dem Rentenkauf erfuhr das Recht der Reallasten eine mehrseitige Fortbildung, die auch für andere als gekaufte Geldrenten bedeutungsvoll wurde. Der Gedanke einer rein dinglichen Schuld kam hier zum vollen Durchbruch. Zugleich aber verband sich damit der Gedanke des Wertrechts, der namentlich in der Zulassung einer den Mehrwert belastenden nachfolgenden Rente Ausdruck fand. Das Rentenrecht erschien als ein ausgeschiedener Grundstücksteil (Wertteil), der als selbständige unkörperliche Sache den Gegenstand einer Gewere bildete und für sich vererblich und übertragbar war. An sich war es „liegendes Gut"; zum Teil aber wurde die darüber erteilte öffentliche Urkunde (Rentenbrief) zum Wertpapier (mitunter zum Inhaberpapier) ausgestaltet. Behufs Geltendmachung hatte der Rentenberechtigte ursprünglich ein eigenmächtiges Pfändungsrecht an der auf dem Gute befindlichen Fahrnis und konnte weiterhin das Gut mit Gerichtshilfe sperren und schließen und nach Ablauf einer Frist in sein Eigentum ziehen; später bildete sich gerichtliche Vergantung aus. Während ursprünglich die Rente nur mit beiderseitigem Willen „ablöslich" war, wurde mehr und mehr der Vorbehalt des

„Wiederkaufsrechts" für den Rentenschuldner üblich und endlich sein Wiederkaufsrecht nach gehöriger Kündigung gesetzlich festgestellt; die Ablösungssumme beträgt den Kaufpreis, eventuell das Zwanzigfache der Rente. Der Rentengläubiger erlangte niemals ein Kündigungs- oder Ablösungsrecht; selbst die Ausbedingung eines solchen war nur für den Verzugsfall gestattet (R.D.A. v. 1600 § 35).

Seit dem 18. Jahrhundert ging der Rentenkauf mehr und mehr in das zinsbare Darlehen mit Pfandsatzung über und erhielt sich nur hier und da, am reinsten als „Ewiggeld" in München und als „Gült" in manchen Schweizer Kantonen, in voller Lebenskraft. Allein er lieferte wesentliche Bausteine für den Aufbau der modernen Hypothek. Das B.G.B. knüpft in seinem Grundpfandrecht durchaus an Gedanken an, die dem Rentenkauf entstammen, und kommt den Bestrebungen nach Wiederbelebung des Rentenkaufs dadurch entgegen, daß es ein Grundpfandrecht in Form der „Rentenschuld" zuläßt. Daneben bleibt die Bestellung von Renten als Reallasten möglich.

Literatur: Stobbe, Z. f. D. R. XIX 178 ff. Gobbers, Z. f. R.G. XVII 150 ff. Riedel, Das Ewiggeldinstitut in München, 1819. Huber, Schweiz. P.R. IV 780 ff.

Abschnitt VIII. Die Näherrechte.

§ 79. Die Näherrechte überhaupt. Näherrecht (ius retractus, Zugrecht, Abtrieb, Losung, Geltung, Beschüttung, Einstand) ist das Recht, eine Sache für den Fall, daß sie an einen minder nahe Berechtigten verkauft ist, von jedem Besitzer gegen Ersatz des Kaufschillings an sich zu ziehen.

Derartige Rechte entwickelten sich schon im Mittelalter aus der Abschwächung gesetzlicher Veräußerungsbeschränkungen, indem der Verkauf gestattet wurde, wenn das Gut vorher dem Zustimmungsberechtigten gehörig, aber vergeblich zum Kauf angeboten war. Daraus entstanden selbständige dingliche Rechte, die nach der Rezeption von der Jurisprudenz fortgebildet und in den Partikularrechten massenhaft ausgestaltet wurden. Die neuere Gesetzgebung hat die meisten gesetzlichen Näherrechte um der Freiheit des Eigentums willen beseitigt. Unberührt davon blieb das gleichfalls schon dem älteren deutschen Recht bekannte gewillkürte Näherrecht kraft rechtsgeschäftlicher Bestellung.

Das Näherrecht ist seinem Wesen nach ein dingliches Recht. Es gewährt freilich kein gegenwärtiges, wohl aber ein anwartschaftliches Herrschaftsrecht, indem es eintretendenfalls ein gegen jedermann wirksames und mit dinglicher Klage verfolgbares Recht auf Übereignung gegen bestimmte Gegenleistungen begründet. Nach seiner ursprünglichen, in der neueren Gesetzgebung wieder zur Entfaltung gelangten Anlage ist es ein verdinglichtes Vorkaufsrecht, wird daher nur und sofort durch einen das Vorkaufsrecht verletzenden Verkauf in Wirksamkeit gesetzt; mithin fällt einerseits seine Ausübung weg, wenn die Sache dem Näherberechtigten gehörig zum Vorkauf angeboten ist, dieser aber abgelehnt oder sich in einer bestimmten Erklärungsfrist nicht erklärt hat; andererseits kann es, sobald ein ungehöriger Verkauf zu stande gekommen ist, auch gegenüber dem Verkäufer ausgeübt und durch Rücktritt der Vertragschließenden nicht mehr vereitelt werden. Doch wurde vielfach das Näherrecht vom Vorkaufsrecht losgerissen und namentlich in der gemeinrechtlichen Theorie als selbständiges dingliches Aneignungsrecht behandelt; man ließ die Ausübungsbefugnis aus jedem Verkaufe entspringen, so daß die Ablehnung des Vorkaufangebots nur, insofern sie als Verzicht zu deuten war, entgegenstand und die Erklärungsfrist in die Verjährungsfrist überging; man gab andererseits die Klage nur gegen den dritten Erwerber nach vollzogenem Eigentumsübergange. Immer muß zwischen dem Näherrecht im ganzen und dem aus ihm entspringenden einzelnen Anspruch unterschieden werden; jenes bewirkt bereits eine dingliche Gebundenheit des Eigentums durch Verfügungsbeschränkung; der durch näherrechtswidrigen Verkauf geweckte konkrete Anspruch beschwert das Gut mit einer dinglichen Last von bestimmtem Inhalt und geht so, wie er einmal entstanden ist, gegen jeden nachfolgenden Eigentümer.

Die Ausübung des Näherrechts findet nur beim Verkaufe (nicht bei sonstiger Veräußerung, Vertauschung, Verschenkung u. s. w.) an einen nicht gleich oder noch näher

Berechtigten (meist überhaupt nicht beim Verkauf an den nächsten Erben, sogen. „Kindskauf") statt. Sie darf nur in eigenem Namen und für eigene Rechnung erfolgen. Vollzogen wird sie durch die gehörige Erklärung, das Eigentum gegen die im Kaufvertrage bedungenen Gegenleistungen (somit gegen Ersatz des gezahlten oder Übernahme des geschuldeten Kaufpreises mit Nebenkosten) erwerben zu wollen. Der erste Kaufpreis entscheidet auch gegenüber einem späteren Erwerber, der mehr oder weniger oder nichts gezahlt hat. Die Ausübungsbefugnis erlischt nach deutschem Recht durch Verschweigung in Jahr und Tag, woraus gemeinrechtlich eine kurzfristige Verjährung, partikularrechtlich meist eine (in der Regel noch kürzer bemessene) Ausschlußfrist wurde. Unter kollidierenden Näherrechten gilt zum Teil eine feste Rangordnung; bei gleichem Range entscheidet Prävention oder äußersten Falles das Los.

§ 80. Arten der Näherrechte.

I. Die gesetzlichen Näherrechte zerfallen je nach dem Rechtsgrunde der Gebundenheit des Eigentums in mehrere Gruppen. 1) Im familienrechtlichen Zusammenhange wurzelt die Erblosung (retractus gentilitius s. ex iure consanguinitatis). Hervorgegangen aus der Abschwächung des Erbenwartrechts (oben § 70), wurde die Erlosung sehr allgemein (vielfach aber nur an Erbgütern) bald den nächsten Erben, bald allen Erben eines engeren Kreises mit Vorrang der näheren zugestanden. Neuerdings ist sie beseitigt. Verwandt mit ihr ist aber das in neuester Zeit bei Anerbengütern den abgefundenen Miterben für einen bestimmten Zeitraum eingeräumte gesetzliche Vorkaufsrecht. 2) Dem genossenschaftlichen Zusammenhange entstammt die sehr verbreitete Markgenossenlosung (retractus ex iure incolatus), das Näherrecht jedes Gemeindegenossen im Falle des Verkaufes eines Grundstücks an einen Gemeindefremden. In den Städten wurde es zum Bürgerretrakt entwickelt, in manchen Territorien zur Landlosung erweitert. Die Rittergüter wurden öfter einem ritterschaftlichen, insbesondere die Güter der Reichsritter dem reichsritterschaftlichen Retrakt unterworfen. 3) Im herrschaftlichen Zusammenhange gründet sich der gemeinrechtliche Lehnsretrakt (oben § 63) und das verbreitete grundherrliche Näherrecht (§ 68). 4) Aus Gemeinschaftsrecht fließt die Ganerbenlosung (retractus ex iure condominii), das Näherrecht des Gemeiners an den Anteilen der anderen Gemeiner. Im Preuß. L.R. und anderen Partikularrechten wurde es zum gesetzlichen Vorkaufsrecht aus jeglichem Miteigentum (auch an beweglichen Sachen) erweitert. Ein besonderer Anwendungsfall war (bis zum alten H.G.B.) das Näherrecht der Mitreeder an den Schiffsparten. Das B.G.B. kennt nur im Anschluß an das französische Recht ein gesetzliches Vorkaufsrecht der Miterben an den Erbteilen. 5) Aus sachlicher Zusammengehörigkeit von Grundstücken entsprang einerseits die Nachbarlosung (Furchgenossenrecht, retractus ex iure vicinitatis) an Nachbargrundstücken (bisweilen nur an Enklaven, als „Dachlosung" nur an Häusern mit gemeinsamem Dach), andererseits die Teillosung (Gespilderecht, retractus ex iure congrui) an abgetrennten Stücken eines ehemals einheitlichen Guts (enger als „Zinslosung" nur bei fortbestehender Lastengemeinschaft). 6) In verschiedenem Umfange endlich gewähren die neueren Enteignungsgesetze ein dingliches Vorkaufsrecht aus Enteignung, das dem Enteigneten an dem enteigneten Grundstück (in Preußen nur dem Eigentümer des Restgrundstücks im Falle der Teilenteignung) zusteht.

II. Das gewillkürte Näherrecht (retractus conventionalis) dauert in dem Vorkaufsrecht an Grundstücken fort, das nach dem B.G.B. wie nach den älteren deutschen Gesetzbüchern durch dingliches Rechtsgeschäft und Eintragung bestellt werden kann. Es kann als Realrecht oder als Personalrecht (im letzteren Falle auch als vererbliches und übertragbares Recht) begründet und, während es im Zweifel nur für den ersten Verkaufsfall wirkt, auf mehrere oder alle Verkaufsfälle erstreckt werden. — Die Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechts zu einem festen Preise oder eines dinglichen Wiederkaufsrechts ist nach dem B.G.B. unzulässig, kann aber durch Landesgesetz für vorbehaltene Rechtsbereiche zugelassen werden; in Preußen ist bei Rentengütern die Bestellung eines dinglichen Wiederkaufsrechts möglich (A.G. a. 29).

Literatur: Walch, Das Näherrecht systematisch dargestellt, 3. Aufl. 1795. Renaud, Z. f. D. R. VIII 240 ff. Laband, Arch. f. civ. Pr. LII 151 ff. G. Dahlmann, De retractu legali, speciatim gentilicio, 1869. A. Steinhäuser, Das Zugrecht nach dem bündnerischen Statutarrechte, 1896.

Abschnitt IX. Das Grundpfandrecht.

§ 81. **Geschichtliche Entwicklung.** Das deutsche Recht entwickelte frühzeitig neben der Übereignung zur Sicherheit, die durch bedingte Investitur mit Einräumung entweder einer gegenwärtigen, aber im Falle der Zahlung einer Schuld rückfälligen oder einer bloß anwartschaftlichen, im Falle der Nichtzahlung einer Schuld anfallenden Gewere erfolgte, eine das Eigentum des Schuldners unberührt lassende Pfandsetzung für Schuld.

Die liegenschaftliche Satzung begründet eine Sachhaftung für Schuld. Sie beschwert das Grundstück nicht gleich dem Rentenkaufe mit einer dinglichen Schuld, sondern mit der Haftung (dem Einstehen) für eine anderweit (z. B. aus Darlehen) eingegangene Schuld. Daher diente sie auch, solange der Rentenkauf blühte, nur dem Sicherungszweck, nicht dem Zwecke nutzbringender Kapitalanlage. Die Haftung aus Pfandsetzung aber ist reine Sachhaftung, so daß der Gläubiger sich nur an das Grundstück halten kann. Eine persönliche Haftung braucht daneben nicht zu bestehen. Sie kann aber (z. B. durch „Geloben zum Pfande") besonders begründet werden.

Bei der sog. älteren Satzung wurde dem Gläubiger in liegenschaftsrechtlicher Form eine leibliche Satzungsgewere übertragen, vermöge deren er Besitz und Nutzung erlangte. Die Früchte bezieht er je nach der Abrede entweder behufs allmählicher Tilgung der Schuld durch Verrechnung („Satzung auf Totschlag") oder als Entgelt für Entbehrung seines Geldes („ewige Pfandschaft"). Mit der Tilgung der Schuld fällt das Gut pfandfrei an den Eigentümer zurück. Der Eigentümer hat mangels anderer Abrede stets das Einlösungsrecht; doch wurde die Einlösung einerseits oft an Zeitablauf oder Kündigung gebunden, andererseits oft durch die Verfallklausel (lex commissoria) befristet. Ein Verkaufsrecht hat der Pfandgläubiger nicht. — Die ältere Satzung erhielt sich, wennschon zum Teil mit der römischen Antichrese vermischt, als Nutzungspfandrecht an Grundstücken auch nach der Rezeption. Das B.G.B. kennt kein dingliches Besitzpfandrecht an Grundstücken.

Neben der älteren Satzung kam besonders in den Städten die sog. jüngere Satzung auf, bei der der Eigentümer Besitz und Nutzung behält, jedoch dem Gläubiger das Gut für den Fall der Nichtbefriedigung als Exekutionsobjekt überweist. Die Pfandsetzung erfolgt durch gerichtliche Bestellung und mehr und mehr hinzutretende Eintragung in das Grund- oder Pfandbuch, oft unter Erteilung eines Pfandbriefes. Der Pfandgläubiger kann sich eintretendenfalls im Wege der Zwangsvollstreckung in das Grundstück befriedigen; anfänglich im Wege eines gerichtlichen Übereignungsverfahrens, das dann allmählich durch ein gerichtliches Verkaufsverfahren (Vergantung) verdrängt wurde. Wird dasselbe Grundstück mehreren Gläubigern zum Pfande gesetzt, so bestimmt sich die Rangordnung nach dem Alter der gerichtlichen Bestellung oder Eintragung.

Seit der Rezeption wurde zur schweren Schädigung von Wirtschaft und Kredit das römische Pfandrecht mit seiner Gleichstellung von Liegenschaften und Fahrnis, seinen Vertrags-, Legal- und Generalhypotheken, seiner unzureichenden Fürsorge für Feststellung des Alters und seiner Durchbrechung des Altersvorzuges durch massenhafte Privilegien als gemeines deutsches Recht behandelt. Auch in den Partikularrechten erhielt sich das einheimische Recht nur selten rein (wie in Lübeck), vielfach aber wenigstens in Resten, indem gerichtliche Pfandbestellung mit oder ohne Eintragung üblich blieb und zum mindesten einen Vorrang vor bloßen Vertragshypotheken begründete. Seit Beginn des 18. Jahrhunderts erfolgte (insbesondere in Preußen durch die Konkurs- und Hypothekenordnung von 1722 und in Kursachsen durch die erläuterte Prozeßordnung von 1724 angebahnt) die Rückkehr zum deutschen Recht. Mit der Durchführung des Systems der Hypothekenbücher wurde hinsichtlich der hypothekarischen Belastung der Grundstücke das Publizitätsprinzip schon vor

seiner allgemeinen Erneuerung durch volles Grundbuchrecht wiederhergestellt (oben § 44 V). Zugleich aber mit der Bindung an die deutschrechtliche Erscheinungsform vollzog sich die innere Umbildung der römischen Hypothek zur modernen Hypothek, die trotz des fremden Namens mehr und mehr sich mit deutschrechtlichem Inhalt füllte. Die Kraft hierzu schöpfte sie aus einer im einzelnen freilich mannigfach ungleichartigen Verschmelzung der jüngeren Satzung und des Rentenkaufs. Von der jüngeren Satzung überkam sie namentlich den Charakter als Vollstreckungspfandrecht. Dem Rentenkauf aber entlehnte sie vor allem den Gedanken der dinglichen Schuld, vermöge dessen sie sich in wachsendem Maße der Reallast näherte und zuletzt in eine selbständige Grundschuld übergehen konnte. Das B.G.B. bringt diese Entwicklung zu einem freilich durch die Fassung und Anordnung seiner Rechtssätze verhüllten Abschluß.

Literatur: v. Meibom, Das deutsche Pfandrecht, 1867. v. Madai, Z. f. D. R. VIII 284 ff. Budde, ebenda IX 141 ff. Franken, Geschichte des französ. Pfandrechts I, 1879. Kohler, Pfandrechtliche Forschungen, 1882. v. Schwind, Wesen u. Inhalt des Pfandrechts, 1899. — Eine Sammlung von Bearbeitungen der vor dem B.G.B. in Geltung gewesenen deutschen Hypothekenrechte, herausgegeben von Meibom, ist seit 1871 erschienen.

§ 82. Das heutige deutsche Grundpfandrecht. Das B.G.B. regelt unter der Überschrift „Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld" verschiedene Typen von dinglichen Rechten, ohne sie unter einem Gattungsnamen zusammenzufassen. Sie sind indes sämtlich Arten eines im Kern einheitlichen Rechts, das wir „Grundpfandrecht" nennen. Ihre Wesensverwandtschaft offenbart sich untrüglich darin, daß jedes von ihnen in jedes von ihnen verwandelt werden kann. Hier haben wir nur auf die das geltende Recht beherrschenden Grundgedanken deutscher Herkunft hinzuweisen.

I. Das Publizitätsprinzip ist streng durchgeführt, so daß Grundpfandrechte nur durch Eintragung entstehen und erst durch Löschung untergehen. Auch Gesetz und Urteil können nur Pfandtitel begründen. Die Eintragung allein bestimmt den Rang.

II. Das Legalitätsprinzip gilt in gleichem Umfange wie für andere dingliche Rechte.

III. Das Spezialitätsprinzip besagt zweierlei. Einerseits sind nur Spezialpfandrechte an bestimmten Grundstücken möglich, Generalhypotheken ausgeschlossen; doch bleiben Gesamtgrundpfandrechte (Korrealhypotheken), kraft deren ein jedes von mehreren Grundstücken solidarisch haftet, zulässig. Andererseits muß bei jedem Grundpfandrecht die Haftung auf einen bestimmten Geldbetrag (nebst Zinsen und Kosten) buchmäßig festgesetzt sein; doch kann zur Sicherung unbestimmter Forderungen eine Maximalhypothek (Kautionshypothek) mit Angabe eines Höchstbetrages in Geld als Haftgrenze begründet werden.

IV. Die Grundpfandrechte sind Wertrechte, die das Grundstück nebst Zubehör und Erzeugnissen und gewissen Forderungen (Miets- und Pachtzins, Versicherungsforderungen) in Ansehung des Tauschwerts und somit das Grundvermögen als Werteinheit ergreifen. Der Berechtigte hat vor der Fälligkeit der dinglichen Schuld ein dingliches Untersagungsrecht gegen Wertverschlechterung, nach der Fälligkeit das Recht auf Befriedigung aus dem Grundvermögen im Wege der Zwangsvollstreckung (Zwangsverwertung) durch Pfändung, Zwangsverwaltung oder Zwangsversteigerung. Aus dem Erlöse werden die Berechtigten nach der Rangordnung befriedigt, während nicht gedeckte Rechte ausfallen und das Grundstück frei von ihnen auf den Ersteher übergeht.

V. Die Grundpfandrechte sind selbständige dingliche Rechte, die eine den jeweiligen Eigentümer und nur ihn treffende dingliche Schuld begründen, für die das Grundvermögen und nur das Grundvermögen haftet. Diese dingliche Schuld kann als „Grundschuld" in vollkommener begrifflicher und formaler Selbständigkeit konstituiert sein. Eine Grundschuld aber steckt auch in jeder „Hypothek", obschon die Hypothek begrifflich zur Sicherung einer Forderung bestimmt ist und formal von der eingetragenen Forderung abhängt. Denn auch ihr entspringt eine selbständige dingliche Schuld, die den Forderungsinhalt in sich aufnimmt und ohne die Forderung entstehen und fortbestehen kann. Bei der regulären Hypothek bestimmen sich, da der öffentliche Glaube des Grundbuchs in An-

sehung der Hypothek sich auf die Forderung erstreckt, die Schicksale der dinglichen Schuld unabhängig von denen des persönlichen Schuldverhältnisses nach den Regeln des Liegenschaftsverkehrs; sie ist insoweit „verkehrsfähig". Dagegen wahrt bei der „Sicherheitshypothek", bei der das Grundbuchrecht die Forderung auch in Ansehung der Hypothek nicht ergreift, die dingliche Schuld einen überwiegend accessorischen Charakter.

VI. Eine Grundeinrichtung des geltenden Systems ist das Eigentümergrundpfandrecht, das in Form der Eigentümergrundschuld von vornherein auf den Namen des Eigentümers eingetragen werden kann, im übrigen aber in allen Fällen entsteht, in denen ein auf fremden Namen eingetragenes Grundpfandrecht vom Pfandgläubiger nicht oder noch nicht erworben ist oder infolge Befriedigung des Pfandgläubigers aus pfandfreien Mitteln (Ablösung) oder sonstiger Erledigung des Gläubigerrechts kraft Gesetzes auf den Eigentümer übergeht oder aus irgend einem anderen Grunde sich mit dem Eigentum in einer Hand vereinigt. Das Eigentümergrundpfandrecht sichert dem Eigentümer den entsprechenden Wertteil des Grundvermögens für den Fall der Zwangsvollstreckung und kann von ihm durch Übertragung mit dem ihm gebührenden Range stets in ein volles Grundpfandrecht verwandelt werden. Solange es dem Eigentümer zusteht, bedeutet es nur die objektive Aussonderung eines Grundvermögensteils, der als selbständiger Vermögensgegenstand konstituiert und dem Eigentum gegenüber in Pfandrechtsform gebracht ist. In der grundsätzlichen Anerkennung und bei jeder Art des Grundpfandrechts (einschließlich der Sicherungshypothek) durchgreifenden Bedeutung des Eigentümergrundpfandrechts vollendet sich die Ausgestaltung des Grundpfandrechts zu einem selbständigen dinglichen Wertrecht. Doch hat das B.G.B. sich nicht bis zu dem System der festen Stellen vorgewagt, nach dem jedes Grundpfandrecht ein für allemal an einem bestimmten Wertabschnitt haftet. Vielmehr rücken, wenn ein Grundpfandrecht durch Löschung untergeht, die nachstehenden Rechte vor. Gerade deshalb aber ist jede Löschung ohne Zustimmung des Eigentümers unwirksam.

VII. Hypotheken und Grundschulden empfangen eine gewisse Beweglichkeit durch die Ausstellung des Hypotheken- oder Grundschuldbriefes, der die Natur eines Wertpapiers, und zwar eines Rektapapiers, hat und insbesondere ein selbständiges Übertragungsmittel für die „Briefhypothek" oder „Briefgrundschuld" bildet. Durch Ausschließung der Brieferteilung kann aber eine „Buchhypothek" oder „Buchgrundschuld" begründet werden, die nur durch Umschreibung im Grundbuche übertragbar ist; die Sicherungshypothek ist notwendig Buchhypothek. Andererseits ist eine Steigerung der Beweglichkeit bei der Grundschuld durch Ausstellung von Grundschuldbriefen auf den Inhaber möglich. Auch kann eine Sicherungshypothek für Forderungen aus Order- oder Inhaberpapieren, die dann den grundpfandrechtlichen Inhalt in sich aufnehmen, bestellt werden.

VIII. Dem römischen Recht entstammt die kapitalistische Prägung des modernen Grundpfandrechts. Einerseits begründet es eine Haftung des Grundkapitals; eine Beschränkung der Haftung auf die Grundeinkünfte (Revenuenhypothek) ist nur bei gebundenen Gütern nach Landesrecht zulässig. Andererseits ist die dingliche Schuld bei der Hypothek und der gewöhnlichen Grundschuld Kapitalschuld. Doch kann die verzinsliche Kapitalschuld durch Ausschluß oder Beschränkung des Kündigungsrechts des Gläubigers einer Rentenschuld genähert werden, wie dies namentlich bei der Beleihung von Grundstücken durch Pfandbriefverbände geschieht. Darüber hinaus hat das B.G.B. in Anlehnung an den deutschen Rentenkauf als Abart der Grundschuld die „Rentenschuld" geschaffen, bei der die dingliche Schuld grundsätzlich nur auf eine mit einer festen Ablösungssumme ablösliche Rente geht (vgl. oben § 78 a. E.).

Kapitel IV. Das Fahrnisrecht.

§ 83. Das Eigentum an fahrender Habe. Der Begriff des Eigentums im Sinne des vollen Sachherrschaftsrechts ist an Fahrnis entstanden und an ihr sowohl hinsichtlich der Einwirkung auf den Sachkörper wie hinsichtlich der Verfügung über das Recht stets vollkommener wie an Liegenschaften durchgeführt. Dafür haftete dem Fahrniseigentum

hinsichtlich des Schutzes gegen Dritte eine Schwäche an, die das Liegenschaftseigentum nicht kannte (unten § 85).

Als ursprüngliche Erwerbsart erscheint von jeher die Aneignung durch einseitige Besitzergreifung mit Eigentumserwerbswillen. Die Aneignung ist die einzige Art des Eigentumserwerbs an herrenlosen Sachen; sie kann aber auf Grund eines Aneignungsrechts auch das Eigentum an einer fremden Sache verschaffen (z. B. kraft Überhangsrechts, Kriegsbeuterechts u. s. w.). Hinsichtlich herrenloser Sachen gilt als Regel die Aneignungsfreiheit. Das deutsche Recht hat ihr jedoch die wichtigsten Arten der herrenlosen Sachen durch die Ausbildung seiner ausschließlichen Aneignungsrechte (Jagdrecht, Fischereirecht, Bernsteinregal u. s. w.) entzogen. An den Sachen, die den Gegenstand eines derartigen Aneignungsrechts bilden, verschafft die Besitzergreifung nur dem Berechtigten Eigentum. Wer sie unbefugt okkupiert, erwirbt kein Eigentum; nach einer deutschrechtlichen Auffassung fällt die Sache damit in das Eigentum des Aneignungsberechtigten, nach einer anderen, vom B.G.B. angenommenen Meinung bleibt sie herrenlos. Besondere Rechtssätze galten und gelten für ausgeflogene Bienenschwärme, die herrenlos werden, wenn der Eigentümer sie nicht bei alsbaldiger Verfolgung wieder einfängt; denn die Biene ist ein „wilder Wurm". — Auf deutschrechtlicher (schon in den Volksrechten erkennbarer) Grundlage ruht das Finderrecht. Wer eine verlorene Sache an sich nimmt, erwirbt zunächst nur Fundbesitz mit Aufbewahrungs-, Anzeige- und Rückgabepflicht, kann jedoch nicht nur Ersatz der Auslagen, sondern auch Zahlung eines Fundlohnes beanspruchen. Allein der Finder erlangt das Eigentum, wenn der Eigentümer oder sonstige Berechtigte sein Recht durch Nichtanmeldung in bestimmter Frist nach öffentlichem Aufgebot oder anderweiter gehöriger Kundmachung verschweigt. Mitunter fällt ein Teil des Fundes an den Staat oder die Gemeinde. — Hinsichtlich des Schatzes, den das ältere deutsche Recht dem Könige zusprach, ist das römische Recht durchgedrungen; doch besteht partikularrechtlich (insbesondere in Schleswig) das Schatzregal fort.

Eine weitere ursprüngliche Erwerbsart ist die Erzeugung einer Sache. Neben Verbindung, Vermischung und Verarbeitung ist im deutschen Recht besonders die Fruchterzeugung als Eigentumserwerbsgrund ausgebildet. Während nach dem römischen „Substantialprinzip" die Früchte grundsätzlich dem Eigentümer der Hauptsache gehören, sind sie nach dem deutschen „Produktionsprinzip" grundsätzlich „verdientes Gut" dessen, der Arbeit und Kosten darauf verwandt hat: „Wer säet, der mähet". Darum erwirbt an den Bodenfrüchten das Eigentum oder doch ein ausschließliches Aneignungsrecht der (nicht etwa unredliche) Besteller, sobald er die Bestellungsarbeit ganz oder überwiegend getan hat. Dies ist bei Saatfrucht der Fall, „wenn die Egge das Land bestrichen hat," bei Wein und Obst am St. Urbanstage u. s. w. Hiernach richtet sich die Auseinandersetzung zwischen dem Eigentümer und dem redlichen Besitzer, dem Nießbraucher oder dem Pächter, die Lehnssonderung u. s. w. Das Prinzip des verdienten Gutes wurde auch auf die bürgerlichen Früchte ausgedehnt (Sachsenssp. II a. 28, III a. 76). Während in manchen neueren Gesetzen das deutsche Recht festgehalten oder (wie im Preuß. L.R.) im Sinne verhältnismäßiger Verteilung fortgebildet wurde, ist das B.G.B. zum römischen Prinzip zurückgekehrt, wandelt dasselbe aber durch zahlreiche Einzelbestimmungen im Sinne des deutschen Rechtes ab.

Die Übertragung des Eigentums an Fahrnis erfolgt, soweit nicht Fahrnisstücke als Zubehör einer Liegenschaft durch Auflassung und Eintragung mit übereignet werden (B.G.B. § 926), durch dinglichen Vertrag und Übergabe oder einen die Übergabe ersetzenden Besitzvertrag. Das ältere deutsche Recht verlangte Einräumung leiblicher Gewere, sah daher namentlich das constitutum possessorium nicht als ausreichend an. Dagegen bildete es die Übergabe durch Zeichnen mit der Marke des Erwerbers aus. Deutschen Ursprungs ist auch die Übergabe mittels eines das Recht auf Herausgabe bestimmter Waren verkörpernden Wertpapiers (Waren- oder Traditionspapiers), des Konnossements, Ladescheins oder Lagerscheins. Nach der Rezeption forderte man Tradition im Sinne des römischen Rechtes, erleichterte aber den Eigentumsübergang ohne leibliche Übergabe durch Erweiterung des constitutum possessorium und anderer Formen

einer sog. „symbolischen" oder „fingierten" Tradition. Das französische Recht ließ schließlich das Erfordernis der Übergabe ganz fallen. Das B.G.B. hält es fest, erkennt aber in weitem Umfange Besitzverträge (Besitzzuweisung, Besitzauflassung, Besitzauftragung und Besitzabtretung) als Ersatz der Übergabe an.

Der Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten wurde im deutschen Recht durch die Beschränkungen der Fahrnisklage ermöglicht (unten § 85). Dagegen gab es keine Ersitzung. Mit dem römischen Recht drang die Usukapion ein. Das B.G.B. hat die ordentliche Ersitzung beseitigt und kennt nur eine außerordentliche zehnjährige Ersitzung, die gutgläubigen Besitz, aber keinen Titel fordert.

Literatur: v. Brünneck, De dominio ferarum, quae illicite capiuntur, 1862. Jähner, Der Erwerb des Eigenthums am Wilderergut, 1897. — Busch, Handbuch des Bienenrechts, 1830. Kolligs, Arch. f. civ. Pr. LXXIV 433 ff. — Delbrück, Jahrb. f. Dogm. III 1 ff. Ries, De inventione rerum casu amissarum, 1869. — Pappenheim, Eigentumserwerb an Altersfunden, Jahrb. f. Dogm. XLV 141 ff. — R. Schück, Gegensatz des röm. und des deutsch. Rechts in der Lehre vom Fruchterwerb, 1881. — Biermann, Traditio ficta, 1891.

§ 84. Begrenzte dingliche Rechte an fahrender Habe.

I. Überhaupt. Das deutsche Recht kannte auch an Fahrnis eine unbestimmte Zahl begrenzter dinglicher Rechte, die aber sämtlich leibliche Gewere voraussetzen. Wer eine Sache behufs Ausübung eines Rechtes (auch als Mieter, Pächter, Entleiher u. s. w.) in Gewere hat, hat an ihr ein entsprechendes dingliches Recht. Die deutsche Auffassung ging ins Preuß. L.R. über. Dagegen erkennt das B.G.B. im Anschluß an das römische Recht als selbständige dingliche Rechte an beweglichen Sachen nur Nießbrauch und Pfandrecht an. Doch folgt es darin dem deutschen Recht, daß es für beiderlei Rechte Erscheinung in Besitz fordert. Der Nießbrauch an einer beweglichen Sache wird nur mittels Übergabe oder eines sie ersetzenden Besitzvertrages nach Maßgabe der für die Übereignung geltenden Vorschriften erworben. Für das Pfandrecht ist das Publizitätsprinzip noch strenger durchgeführt.

II. Pfandrecht. Das deutsche Recht, das an Fahrnis als solcher nur ein Faustpfandrecht (pant, wadium) kannte, wurde zwar nach der Rezeption im gemeinen Recht durch das römische Recht mit seinen Mobiliarhypotheken verdrängt, erhielt sich aber in Partikularrechten und drang in allen neueren Gesetzen wieder vollständig durch. — Auf einer Art Verliegenschaftung beruhte im Mittelalter die Erstreckung der neuen Satzung auf Schiffe und teilweise auch auf andere geeignete Fahrnisstücke (besonders Sachinbegriffe). Daraus ist das jetzt im B.G.B. geregelte Registerpfandrecht an Schiffen („Schiffspfandrecht") hervorgegangen. Sonstige gerichtliche Fahrnisverschreibungen haben sich nur in der Schweiz behauptet.

Die Begründung des Fahrnispfandrechts erfolgt im Falle rechtsgeschäftlicher Bestellung durch dinglichen Vertrag und Übergabe. Die Herstellung eines mittelbaren Besitzes, kraft dessen ein anderer die Sache für den Pfandgläubiger in Gewahrsam hat, oder eines Mitbesitzes zur gesamten Hand (z. B. durch Mitverschluß) genügt; dagegen ist eine Besitzauftragung (Konstitut), kraft deren der Verpfänder für den Pfandgläubiger besitzt, nicht ausreichend. Darum erlischt auch das Pfandrecht durch Rückgabe der Sache. Ein Pfandrecht entsteht ferner durch Besitzergreifung im Falle erlaubter eigenmächtiger Pfändung (oben § 18) und durch richterliche Besitznahme im Falle der gerichtlichen Pfändung. Außerdem gibt es gesetzliche Pfandrechte, die aber entweder (wie das des Werkmeisters und die gesetzlichen Pfandrechte des Handelsrechts) Besitz voraussetzen oder doch (wie das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters und Verpächters) durch eine Herrschaft über das Grundstück, auf dem sich die Sachen befinden, bedingt sind.

Die Wirkung des Pfandrechts ist Haftung der Sache für die Schuld. Das deutsche Pfandrecht war auch hier selbständig und begründete reine Sachhaftung, so daß der Pfandgläubiger sich nur an die Sache halten und im Falle ihres Unterganges oder ihrer Unzulänglichkeit eine Forderung wegen des Ausfalles nicht geltend machen konnte. Doch war die Verbindung von Sachhaftung und persönlicher Haftung möglich. Unter dem Einfluß des römischen Rechts verschwand, von der Bodmerei des Seerechts abgesehen,

die reine Sachhaftung; das heutige Fahrnispfandrecht setzt eine persönlich verhaftende Forderung voraus und ist streng accessorisch.

Das Pfandrecht gewährt dem Pfandgläubiger ein Recht auf den Besitz. Ein Nutzungsrecht hat er nur, wenn es ihm eingeräumt ist. Nach deutschem Recht trug der Pfandgläubiger die Gefahr, mußte daher, wenn er die Sache dem sein Einlösungsrecht gebrauchenden Eigentümer nicht unversehrt zurückgeben konnte, Ersatz leisten; nur beim essenden Pfande stand er, wenn das Tier starb, für dessen Wert nicht über den Betrag der Forderung hinaus ein. Heute ist er nur für Verschulden verantwortlich.

Hinsichtlich der Befriedigung aus dem Pfande war der Pfandgläubiger auf den Weg der Zwangsvollstreckung angewiesen, die ursprünglich zur gerichtlichen Übereignung führte, mehr und mehr aber auf gerichtlichen Verkauf oder gerichtliche Verkaufsermächtigung behufs Befriedigung aus dem Erlöse abzielte. Doch konnte der Pfandgläubiger sich den Anfall des Eigentums für den Fall der Nichteinlösung nach bestimmter Frist ausbedingen. Im neuen Recht drang das römische Verbot der lex commissoria durch. Dagegen hielten viele Partikularrechte an der ausschließlichen Zulässigkeit des gerichtlichen Verkaufs fest. Das B.G.B. gewährt gleich dem gemeinen Recht dem Pfandgläubiger ein Selbstverkaufsrecht, bindet aber dessen Ausübung an bestimmte Voraussetzungen und Formen (regelmäßig öffentliche Versteigerung).

Ein Sonderrecht gilt für das Pfandleihgewerbe; die als gemeinnützige Anstalten eingerichteten öffentlichen Leihhäuser haben sich einzelne Privilegien bewahrt.

Als eine Abart des Fahrnispfandrechtes erscheint das Rechtspfandrecht. Dem Erfordernis der Offensichtlichkeit muß hier je nach der Beschaffenheit des Rechts in verschiedener Weise (bei Rechten an Liegenschaften durch Bucheintrag, bei wertpapiermäßig verbrieften Rechten durch Pfandbesitz an der Urkunde, bei schlichten Forderungen durch Anzeige an den Drittschuldner) genügt werden. Die Befriedigung aus dem Recht kann der Pfandgläubiger regelmäßig nur im Wege der Zwangsvollstreckung, beim Forderungspfande auch mittels Einziehung der Forderung suchen.

Literatur: Oben zu § 81. H. Meyer, Neuere Satzung von Fahrniß und Schiffen, 1903.

§ 85. Beschränkung der Rechtsverfolgung. Das deutsche Recht gewährte zur Verfolgung des Rechtes an fahrender Habe nur auf Grund unfreiwilligen Besitzverlustes eine Klage gegen jeden dritten Besitzer. Die Klage konnte als „Anefangsklage" in rechtsförmlicher Weise mit beiderseitiger Bußgefahr, aber auch mindestens später als „schlichte" Klage angestellt werden. Klagegrund ist die unfreiwillig verlorene Gewere, so daß nicht nur der Eigentümer, sondern jeder frühere Besitzer die Herausgabe der Sache erzielt, wenn der Beklagte nicht ein besseres Besitzrecht erweist. Der Besitzer muß die Sache, auch wenn er sie redlich und öffentlich („unverhohlen und unverstohlen") gekauft oder in Pfand genommen hat, umsonst herausgegeben; nur die Juden hatten das Privileg, daß sie Ersatz des Kauf- oder Pfandschillings fordern konnten. Wer dagegen eine bewegliche Sache freiwillig weggegeben (verpfändet, vermietet, verliehen, hinterlegt) hat, kann nur eine als „Forderung" bezeichnete Klage aus anvertrauter Gewere gegen den Empfänger anstellen, sobald dessen Besitzrecht erledigt ist. Es gilt der Satz „Hand wahre Hand" oder „Wo man seinen Glauben gelassen hat, da soll man ihn suchen". Die Klage geht auch gegen den Erben des Empfängers, gegen den Richter im Falle der Einziehung und meist auch gegen den Gläubiger, der die fremde Sache gepfändet hat. Dagegen versagt sie gegenüber jedem dritten Besitzer, mag die Sache durch Veräußerung oder im Wege des unfreiwilligen Besitzverlustes aus der Hand des Empfängers gekommen sein; doch geben manche Quellen dem früheren Besitzer dann die Diebstahlsklage, wenn der Bestohlene nicht klagen kann oder will. Ursprünglich brauchte selbst der unredliche dritte Besitzer dem früheren Besitzer nicht Rede zu stehen; mehr und mehr aber wurde die dingliche Klage gegen jeden unredlichen Erwerber zulässig. Sehr verbreitet ist der Ausnahmesatz, daß, wer eine Sache einem Handwerker zur Bearbeitung gegeben hat, sie, wenn der Handwerker sie veräußert hat, dem Besitzer gegen Ersatz des Arbeitslohnes abfordern kann.

Seit der Rezeption galt der römische Satz „ubi rem meam invenio ibi vindico“ als gemeines Recht und drang auch in manche Partikularrechte (sogar ins Sachsenrecht) ein. Bisweilen jedoch mit deutschrechtlichen Abwandlungen. So gewährte das Preuß. L.R. zwar die dingliche Klage gegen jedermann, gab aber stets (auch bei abhanden gekommenen Sachen) dem redlichen entgeltlichen Erwerber einen Anspruch auf Ersatz des für die Sache Geleisteten („Lösungsanspruch“). In anderen Partikularrechten erhielt sich das deutsche Recht; im französischen, österreichischen und schweizerischen Recht wurde es durchgeführt, im alten H.G.B. für Sachen, die von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes veräußert und übergeben sind, anerkannt und endlich durch das B.G.B. zu gemeinem deutschen Recht erhoben. Hierbei ist aber mehr und mehr an Stelle der Beschränkung der Rechtsverfolgung der unmittelbare Rechtsverlust des einen und der unmittelbare Rechtserwerb des anderen gesetzt.

Im heutigen Recht bedeutet also die Regel „Hand wahre Hand“, daß im rechtsgeschäftlichen Verkehr der redliche Erwerber auch vom Nichtberechtigten das dingliche Recht erwirbt, zu dessen Übertragung oder Begründung anvertrauter Besitz legitimiert. Er erwirbt also durch formgerechte Übereignung oder Belastung auch dann, wenn der Verfügende nicht Eigentümer ist, mit dem Besitz zugleich Eigentum, Nießbrauch oder Pfandrecht, während das bisherige Eigentum erlischt oder belastet wird; die ihm unbekannten dinglichen Rechte erlöschen oder treten hinter sein Recht zurück. Erforderlich ist aber stets ersichtlicher Besitzübergang; insbesondere wird hier die Übergabe nicht durch Besitzauftragung ersetzt. Den Mangel des guten Glaubens muß der Gegner beweisen. Entgeltlichkeit des Erwerbes ist nicht erforderlich; gegen den unentgeltlichen Erwerber behält aber der Geschädigte einen Bereicherungsanspruch. — An abhanden gekommenen Sachen geht in Übereinstimmung mit dem deutschen Recht Eigentum oder sonstiges Recht an der Sache auch auf den redlichen Erwerber nicht über; er hat auch keinen Lösungsanspruch (Ausnahmen bei Leihhäusern). Die Tatsache des unfreiwilligen Besitzverlustes muß der sein Eigentum oder dingliches Recht Verfolgende beweisen. Im Gegensatz zum älteren deutschen Recht gilt die Sache auch dann als dem Berechtigten abhanden gekommen, wenn sie seinem Besitzmittler abhanden gekommen ist. Jedoch hindert unfreiwilliger Besitzverlust nicht den Erwerb von Eigentum oder dinglichem Recht an Geld oder Inhaberpapieren und nicht den Erwerb bei der Veräußerung im Wege öffentlicher Versteigerung.

Literatur: Budde, De vindicatione rerum mobilium Germanica, 1837. Heusler, Die Beschränkung der Eigenthumsverfolgung um Fahrnis und ihr Motiv im deutsch. R., 1871. Franken, Gutachten für den XV. deutsch. Juristentag, 1880. Kern, Entwicklung des Grundsatzes „Hand muß Hand wahren“, 1881. London, Die Anefangsklage, 1886. H. Meyer, Entwerung und Eigenthum im deutschen Fahrnisrecht, 1902.

Viertes Buch.

Recht der Schuldverhältnisse.

Kapitel I. Allgemeine Lehren.

§ 86. Das Wesen der Schuldverhältnisse. Dem deutschen Recht waren von je Rechtsverhältnisse bekannt, vermöge deren jemand einem anderen eine bestimmte vermögenswerte Leistung schuldet. In den Volksrechten und den Rechtsbüchern begegnen Schuldverhältnisse aus unerlaubten Handlungen und aus den einfacheren Verkehrsgeschäften. Doch überwiegen die ständigen Verbindlichkeiten aus personenrechtlicher Verbindung oder aus sachenrechtlichen Verhältnissen. Eine tiefgreifende Aus- und Umbildung erfuhr das Recht der Schuldverhältnisse im städtischen Verkehr. Mit der Rezeption zog

in Deutschland das römische Obligationenrecht ein, das großartigste und zugleich universellste Werk des römischen Rechtsgenius. Allein wenn auch der Sieg des fremden Rechts auf diesem Gebiet unvergleichlich vollständiger als auf anderen Gebieten war, so mußte es sich doch eine Umschmelzung und Ergänzung durch germanische Rechtsgedanken gefallen lassen, die nicht etwa bloß Einzelheiten, sondern Kernfragen betrifft.

Das deutsche Recht geht aus vom Begriffe der „Schuld". Schuld ist rechtliches Sollen. Dem Leistensollen des Schuldners entspricht ein Empfangensollen des Gläubigers, das ursprünglich gleichfalls „Schuld", später „Forderung" (was anfangs nur Klage bedeutete) heißt. Für das Wesen solcher Schuld hat die Beschaffenheit des Gegenstandes der geschuldeten Leistung bestimmende Bedeutung. Darum berührt zunächst, je nachdem persönliche Tätigkeit (Arbeit) oder Verschaffung einer Sache (zu Eigentum oder Besitz) geschuldet wird, das Schuldverhältnis sich mit dem Personenrecht oder mit dem Sachenrecht. Im ersten Falle kann es in dem Maße, in dem es die Persönlichkeit selbst ergreift und bindet, personenrechtliche Beziehungen in sich aufnehmen oder entfalten. Dies tritt auch heute vor allem beim Dienstvertrage und beim Gesellschaftsvertrage zu Tage. Im zweiten Falle kann das Schuldverhältnis als Keim oder Vorstufe des dinglichen Rechts erscheinen. Hierauf beruhte die aus deutschrechtlichen Gedanken im kanonischen Recht entwickelte, in der älteren gemeinrechtlichen Doktrin festgehaltene und vom Preuß. Landr. übernommene Lehre von dem durch den schuldrechtlichen Erwerbstitel begründeten „Recht zur Sache" (jus ad rem), das bereits ein von Dritten zu achtendes Verhältnis zur Sache herstellt, und die im Preuß. Landr. folgerichtig durchgeführte weitere Lehre, nach der jedes Recht zur Sache durch Eintragung oder Besitz in ein dingliches Recht verwandelt wird und somit auch Miete, Pacht, Leihe u. s. w. der Verdinglichung fähig sind. Das heutige Recht hat mit dieser Auffassung gebrochen; allein im Gegensatz zum römischen Recht schlägt auch das B.G.B. Brücken vom Recht der Schuldverhältnisse zum Sachenrecht, indem namentlich durch die Eintragung einer Vormerkung ein Forderungsrecht auf Erwerb von Sachenrecht dingliche Wirksamkeit empfangen kann (oben § 45), sodann die Miete und Pacht von Grundstücken durch Besitzeinräumung ein Stück sachenrechtlicher Kraft gewinnt (unten § 93 III), endlich der Fahrnisbesitz jedem persönlichen Recht in Ansehung der Sache eine gewisse dingliche Festigkeit verleiht (oben § 43). — Je nachdem ferner bei der Leistung die Individualität des Gläubigers oder des Schuldners wesentlich ist oder nur nebenbei in Betracht kommt oder überhaupt keine Rolle spielt, ist die Forderung oder Schuld an die Person gebunden oder von ihr löslich oder ganz unpersönlich angelegt. Darum konnte das deutsche Recht eine Sondernachfolge in Forderung und Schuld ausbilden (§ 87), aber auch (besonders bei den Wertpapieren) Schuldverhältnisse mit vorläufig unbestimmten Subjekten anerkennen. Schließlich erscheinen so im Umfange ihrer Vergegenständlichung Forderungen und Schulden als unkörperliche Vermögensbestandteile und Vermögenslasten („Aktiva und Passiva"). Dies wird besonders wichtig für die Konstruktion der Sondervermögen, deren objektive Einheit gewisse Forderungen und Schulden einschließt. Darum kann ja auch, wie sich gezeigt hat, im Begriff der dinglichen Schuld das Schuldverhältnis völlig in ein rein sachenrechtliches Verhältnis übergehen.

Durchaus verschieden vom Schuldverhältnis und keineswegs ohne weiteres mit ihm gegeben war ursprünglich im germanischen Recht das Haftungsverhältnis. Haftung (Verstrickung, Bindung) ist eine im Falle der Nichterfüllung einer Schuld begründete Zugriffsmacht behufs Zwangsbefriedigung. Der Schuldner kann durch Pfandsetzung eine Sachhaftung herstellen oder durch Treugelöbnis seine Person einsetzen (sich für die eigne Schuld „verbürgen"); ebenso kann jemand für fremde Schuld eine Sache verpfänden oder als Bürge seine Person verstricken. Bei Deliktsschulden liegt in der wegen Nichterfüllung drohenden Friedlosigkeit ein mittelbarer Zwang zur Sicherung der Erfüllung durch Pfandsetzung oder Gelöbnis. Die persönliche Haftung war ursprünglich leibliche Verstrickung (Geiselschaft), so daß dem Gläubiger Leben oder Freiheit des Haftenden verfiel („Bürgen soll man würgen"). Mehr und mehr aber gewährte sie dem Gläubiger zunächst nur den Zugriff in das Vermögen (anfänglich nur in die Fahrnis) durch Pfändung,

so daß der Haftende erst, wenn er „weder Pfand noch Pfennig" hat, mit seiner Person einzustehen hat; auch trat an Stelle der Schuldknechtschaft, der er nach altem Recht verfiel, im deutschen Mittelalter die nur zu Gesindedienst verpflichtende private Schuldhaft und dann (zuerst im städtischen Schuldturm) die öffentliche Schuldhaft. Nunmehr kam auch die Haftbarmachung des ganzen Vermögens oder eines Vermögensteiles durch selbständiges Rechtsgeschäft auf. — Allmählich erfolgte die begriffliche Verbindung von Schuld und Haftung als „Obligation". Heute entspringt grundsätzlich jeder Schuld eine persönliche Haftung, die jedoch seit Aufhebung der Schuldhaft (R.Ges. v. 24. Mai 1868) nur noch Haftung mit dem ganzen Vermögen bedeutet. Allein das deutsche Recht wirkt nach. Es lebt fort in der reinen Sachhaftung für dingliche Schuld. Es liegt aber auch im Obligationenrecht überall zu Grunde, wo kraft gesetzlicher Regel oder kraft Vereinbarung eine beschränkte Haftung des Schuldners eintritt, mag nun die Haftung nur einen bestimmten Vermögensinbegriff (z. B. die Erbschaft, eine eheliche Gütermasse, das Schiffsvermögen, einen Gesellschaftsanteil) ergreifen oder (wie für den Kommanditisten und die Mitglieder einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder einer eingetragenen Genossenschaft mit beschränkter Haftpflicht) durch eine Haftsumme begrenzt sein.

Literatur: Stobbe, Zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts, 1855. Sohm, Der Begriff des Forderungsrechts, Zeitschr. f. d. Priv. u. öff. R. d. G. IV 1 ff. R. Loening, Der Vertragsbruch im deutsch. R., 1876. v. Brünneck, Ueber den Ursprung des sog. jus ad rem, 1869. v. Amira, Nordgermanisches Obligationenrecht, 1882/95. P. Puntschart, Schuldvertrag u. Treugelöbnis im sächs. R. des Mittelalters, 1896. Ehrenberg, Die beschränkte Haftung des Schuldners nach See- und Handelsrecht. 1880.

§ 87. Sondernachfolge in Forderung und Schuld.

I. Die Forderung war nach deutschem Recht nicht nur vererblich, sondern auch unter Lebenden übertragbar, jedoch ursprünglich nur mit Zustimmung des Schuldners. Die Einwilligung des Schuldners wurde aber bei Wertpapieren durch die Order- oder Inhaberklausel im voraus erteilt und fiel allmählich weg. Nach der Rezeption wurde unter dem Einfluß des deutschen Rechts die römische Zession zur Abtretung der Forderung umgebildet und als solche in allen Gesetzbüchern geregelt. Nach dem B.G.B. erfolgt sie durch abstrakten Abtretungsvertrag, während eine Anzeige an den Schuldner nur erforderlich ist, um die Wirksamkeit von Rechtshandlungen gegenüber dem alten Gläubiger auszuschließen. In vielen Fällen tritt ein Forderungsübergang kraft Gesetzes ein. Unübertragbar sind nicht nur höchstpersönliche und unpfändbare, sondern auch rechtsgeschäftlich der Übertragung entzogene Forderungen.

II. Die Schuld war nach deutschem Recht gleichfalls übertragbar. Die Schuldübernahme ging in das moderne Recht über; sie kann nach B.G.B. entweder durch Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem neuen Schuldner oder durch Vertrag zwischen dem alten und dem neuen Schuldner mit hinzutretender Genehmigung des Gläubigers erfolgen. Dabei findet eine wirkliche Sondernachfolge statt, so daß das Subjekt wechselt, während die Schuld dieselbe bleibt. Möglich ist aber auch eine Schuldmitübernahme, bei der der neue Schuldner neben den alten (bis zu dessen Entlassung durch den Gläubiger) tritt. Besondere Fälle der Schuldübernahme begegnen bei der Übertragung eines ganzen Vermögens (notwendige Mitübernahme mit Beschränkung der Haftung auf das Vermögen) oder eines Sondervermögens (vgl. über die Übernahme der Handelsschulden das Handelsrecht).

§ 88. Forderungs- und Schuldgemeinschaft.

Das deutsche Gemeinschaftsprinzip ermöglichte Schuldverhältnisse mit verbundenen Subjekten.

I. Forderungsgemeinschaft. Forderungen genossenschaftlicher Zuständigkeit und Forderungen zur gesamten Hand erhielten sich nach der Rezeption neben der römischen Korrealforderung, bei der jeder Mitgläubiger für sich die ganze Leistung fordern kann. Heute bildet die Forderungsgemeinschaft zur gesamten Hand die Regel; bald so, daß jeder die Leistung an alle gemeinschaftlich fordern kann (B.G.B. § 432), bald so, daß nur alle zusammen forderungsberechtigt sind (z. B. als Gesellschafter oder Miterben).

II. Schuldgemeinschaft. Eine genossenschaftliche Schuldgemeinschaft besteht,

wenn für die Schulden eines rechtsfähigen Vereins die Mitglieder als einzelne (wie subsidiär bei eingetragenen Genossenschaften mit unbeschränkter oder beschränkter Haftpflicht) mithaften. Eine Schuldgemeinschaft zur gesamten Hand wurde nach deutschem Recht durch Eingehung einer Verbindlichkeit mit gesamter Hand oder mit der Klausel „sammt und sonders" (besonders regelmäßig von Mitbürgen) begründet. Dabei kann nach manchen Quellen der Gläubiger sich zunächst an jeden Mitschuldner nur für seinen Anteil und erst wegen des Ausfalls an die anderen halten; nach anderen Quellen haftet jeder dem Gläubiger auf das Ganze, im Verhältnis zu den Mitschuldnern aber nur auf seinen Anteil. Beide Formen erhielten sich neben der römischen Korrealschuld und Solidarschuld und verdrängten diese in manchen Partikularrechten. Die „Gesamtschuld" des B.G.B. ist zwar nach außen Korrealschuld, nach innen aber deutsche Schuldgemeinschaft. Eine eigentümliche Verbindung einer Schuld zu gesamter Hand mit Korrealschuld der Einzelnen ist im Gesellschaftsrecht und besonders im Handelsgesellschaftsrecht ausgebildet.

Kapitel II. Schuldverhältnisse aus Verträgen.

§ 89. Der schuldrechtliche Vertrag. Schuldverhältnisse werden nach deutschem Recht vor allem durch Vertrag (Gedinge) begründet. Die schuldbegründende Kraft des Vertrages beruht auf der Heiligkeit des Versprechens; was man einem anderen zu leisten versprochen hat, das soll man ihm leisten. Das deutsche Recht legt daher das Hauptgewicht auf das schuldnerische Versprechen und läßt den Vertrag durch dessen Angebot und Annahme zu stande kommen; der umgekehrte Weg der römischen Stipulation ist ihm fremd. Im Zusammenhange hiermit stehen gewisse, vom modernen Recht übernommene Grundsätze. 1) Zunächst die bindende Kraft des Antrages, die gegenüber dem römischen Recht in Partikularrechten und im Handelsrecht festgehalten und durch das B.G.B. wieder zu gemeinem Recht erhoben wurde. Schon das Versprechensangebot erzeugt eine „Gebundenheit ans Wort" (kein Leistensollen, aber ein Haltensollen) und bleibt trotz Widerrufs annahmefähig, bis es durch Ablauf der Annahmefrist oder Ablehnung erlischt. 2) Sodann die schöpferische Bedeutung des einseitigen Versprechens, das namentlich, wenn es für eine noch unbestimmte Person hingestellt wird, bereits den objektiven Bestand eines Schuldverhältnisses herstellt und auslöst, so daß die Aneignung durch eine dazu berufene Person genügt, um das Schuldverhältnis zu stande zu bringen. Neuerdings wird in solchen Fällen, wie insbesondere bei der Auslobung und der Schuldverschreibung auf Inhaber, vielfach überhaupt der Begriff des Vertrages durch den eines einseitigen Kreationsgeschäfts ersetzt; doch liegt nur eine Verselbständigung von Antrag und Annahme vor. 3) Weiter die schuldbegründende Kraft des abstrakten Versprechens, das den Verpflichtungsgrund in sich trägt und daher unabhängig von Dasein oder Gültigkeit eines Versprechensgrundes bindet. Im gemeinen Recht zurückgedrängt, wurde das abstrakte Schuldversprechen (nebst Schuldanerkenntnis und Anweisungsaccept) im Handelsrecht festgehalten und durch das B.G.B. im Falle schriftlicher Erteilung wieder allgemein für verbindlich erklärt. 4) Endlich die Wirksamkeit des Versprechens der Leistung an einen Dritten (unten § 92).

Literatur: Siegel, Das Versprechen als Verpflichtungsgrund, 1873.

§ 90. Form der Schuldverträge. Nach deutschem Recht begründete zwar das formlose Versprechen eine Schuld. Allein es bedurfte einer Form, um eine Haftung für die Schuld und damit deren Erzwingbarkeit zu begründen. Die allgemeine Form für die Herstellung einer persönlichen Haftung war das Treugelöbnis (die „wadiatio" oder „Wette", die fränkische „fides facta", das sächsische „Geloben"). Dabei setzte der Schuldner durch Wort und Sinnbild seine Person zum Pfande ein; er gab ein an sich wertloses Unterpfand der Treue (das „wadium", bei den Salfranken eine „festuca") in die Hand des Gläubigers, der die Einlösung des Wahrzeichens durch Erfüllung des Versprechens (ähnlich wie heute noch beim Pfänderspiel) verlangen konnte; oder er gelobte mit Erhebung der Hand (bei den Sachsen mit gekrümmten Fingern) und verstrickte sich dann durch Handschlag dem Gläubiger. Überdies aber wurde, wenn von der einen Seite

gegen ein Versprechen von der anderen Seite eine Leistung gemacht war, für die Erfüllung des Versprechens mindestens mit dem Empfangenen gehaftet; so bei Realverträgen (Leihe, Darlehen, Verwahrungsvertrag) für das Versprechen der Rückgabe, bei gegenseitigen Verträgen (Kauf, Tausch, Miete u. s. w.) für das Versprechen der Gegenleistung. Diese Haftung wurde dann ausgedehnt, so daß bei Nichterfüllung Pfändung zulässig wurde, und auch an eine bloß teilweise Vorleistung geknüpft, die zu einer rein symbolischen Gabe werden konnte. So entstand das Haftgeld (arrha), aus dem sich der Weinkauf oder Litkauf (Befestigung des Vertrages durch Zahlung einer gemeinsam mit den Zeugen vertrunkenen Summe), der Gottespfennig (ein an die Kirche zu zahlendes Haftgeld), das Herd- oder Schlüsselgeld (Zahlung an die Ehefrau des Grundstücksverkäufers) und das Strick- oder Halftergeld (Zahlung an den Knecht beim Pferde- oder Viehkauf) entwickelten. Darüber hinaus war die Anwendung teils der Schriftform, teils der gerichtlichen Form für die Sicherung des Beweises üblich und in gewissen Fällen unentbehrlich.

Seit der Rezeption wurde der deutschrechtliche Grundsatz, daß das formlose Versprechen eine Schuld erzeugt, unter der Einwirkung des kanonischen Rechts und naturrechtlicher Lehren zu gemeinrechtlicher Geltung erhoben, bedeutete aber nunmehr, da die Bedeutung der deutschrechtlichen Formen für die Haftung und die prozessuale Geltendmachung wegfiel, die volle Klagbarkeit und Erzwingbarkeit formloser Schuldverträge. Obschon die Partikularrechte reagierten (insbesondere das Preuß. L.R. bei einem Gegenstande über 50 Taler zur Klagbarkeit, der Code civ. bei einem Gegenstande über 50 Frank zur Beweisbarkeit Schriftform verlangte), wurde die gemeinrechtliche Formfreiheit zuerst für Handelsgeschäfte und durch das B.G.B. für alle Verträge zur Regel erhoben. Heute sind daher nur einzelne Arten von Schuldverträgen durch gesetzliche Ausnahmevorschriften an eine Form gebunden.

Literatur: Stobbe, Neurecht und Vertragsschluß nach altdeutschem Recht, 1876. Korn, De obnexatione et wadio, 1863. Val de Lièvre, Launegild und Wadia, 1877. Siegel, Handschlag und Eid (Sitzungsberichte der Wiener Akademie CXXX), 1894. L. Seuffert, Zur Geschichte der obligatorischen Verträge, 1881.

§ 91. Bestärkungsmittel bei Verträgen. Teils aus ursprünglichen Formen, teils aus besonderen Nebenvereinbarungen gingen Bestärkungsmittel der Verträge hervor; insbesondere erschienen als solche, seitdem Schuld und Haftung verbunden waren, die eine verstärkte Haftung begründenden Abreden. Dahin gehört neben Pfandsetzung und Bürgschaft die (oben § 18 erwähnte) Pfändungsklausel, durch die sich der Schuldner der eigenmächtigen Pfändung unterwarf. Ferner die Verpfändung der Ehre durch das Ehrenwort (Gelübde bei „Treue und Ehre"), wobei der Schuldner für den Fall der Nichterfüllung den Zugriff auf seine Ehre (durch Spottverse und Schandgemälde u. s. w.) gestattete; die R.P.O. von 1577 t. 37 § 7 verbot die Beleidigung in solchem Falle; seitdem behielt das Ehrenwort nur soziale Bedeutung. Weiter die Verpfändung der Freiheit („Einlager", „Einreiten", „Geiselschaft", „obstagium"), kraft deren der Schuldner sich verpflichtet, im Falle der Nichterfüllung sich als Gefangener an einen bestimmten Ort (eine Burg, ein Wirtshaus) zu begeben und dort (behufs Druckes auf die Sippe oder die Landstände) beträchtlichen Aufwand zu treiben („Geiselmahl köstlich Mahl"); die Abrede wurde (mit einer Ausnahme für Holstein) durch die R.P.O. von 1577 verboten. Sodann die Verpfändung des Seelenheils durch eidliches Versprechen, das nach kanonischem Recht jede nicht gegen die guten Sitten verstoßende Zusage bindend macht, heute dagegen keine rechtliche Verstärkungskraft hat. Ferner die Draufgabe (Toppgeld, Handgeld), die auch heute regelmäßig Haftgeld ist, das die Bindung sichtbar macht und den Rücktritt abschneidet, aber auch als Reugeld vorkommt. Endlich die Vertragsstrafe, die im älteren deutschen Recht neben den (an Stelle von Verzugszinsen) verwirkten gesetzlichen Verzugsbußen eine erhebliche Rolle spielte, indem durch besonderes Schadengedinge der für den Verzugsfall zu leistende Ersatz festgestellt oder dessen Feststellung dem schlichten Wort des Gläubigers überlassen oder durch sonstiges Strafgedinge ein anderer Nachteil (z. B. Verdoppelung der Schuld, Verwirkung des

Rechts aus Teilleistungen) vereinbart wurde. Heute kann die Vertragsstrafe gleichfalls als Verzugsstrafe neben der Erfüllung oder statt der Erfüllung als Mindestbetrag des Interesses bedungen sein; im letzteren Falle hat im Zweifel der Gläubiger die Wahl, ob er Erfüllung oder Strafe fordern will; das Strafgeld kann aber auch als Reugeld (Wandelpön) gemeint sein, so daß der Schuldner die Wahl hat. Das Strafgedinge wurde vielfach durch gesetzliche Begrenzung der zulässigen Höhe der Strafe eingeschränkt; das heutige Recht gewährt dafür bei übermäßig hoher Vertragsstrafe ein richterliches Ermäßigungsrecht (B.G.B. § 343).

§ 92. Verträge zu Gunsten Dritter. Das deutsche Recht erkannte stets das Versprechen der Leistung an einen Dritten als wirksam an und ließ daraus ein unmittelbares Forderungsrecht des Dritten entstehen; die Verpflichtung des Salmannes oder Treuhänders zu der versprochenen Herausgabe oder Leistung an einen Dritten (oben § 16) und die Kraft der Order- und Inhaberklausel (oben § 41) beruhten auf diesem Prinzip. Dem römischen Recht gegenüber erhielt sich das deutsche Recht offen oder verhüllt (auch in den romanischen Ländern), wurde nach zeitweiliger Verdrängung unter Beihilfe des Naturrechts im gemeinen Recht wieder anerkannt und liegt dem B.G.B. zu Grunde. Das Versprechen der Leistung an einen Dritten erzeugt für den Dritten (der auch ein künftiges Rechtssubjekt sein kann) unmittelbar ein eigenes Recht auf Leistung aus dem Vertrage, insoweit dies von den Vertragschließenden gewollt ist; bei manchen Verträgen (z. B. Lebensversicherungs- und Leibrentenverträgen, Vermögens- und Gutsübernahmeverträgen mit Abfindung Dritter) spricht eine Vermutung für einen darauf gerichteten Willen. Der Erwerb des Rechts durch den Dritten kann von dessen Aneignung abhängig gemacht sein oder vorbehaltlich rückwirkender Ablehnung von selbst eintreten; er kann durch Bedingung oder Befristung hinausgeschoben werden. Vor dem Erwerbe kann das Recht des Dritten im Zweifel durch die Vertragschließenden (aber nicht mehr durch die Erben des Versprechensempfängers) aufgehoben oder geändert werden. Neben dem Dritten hat im Zweifel der Versprechensempfänger ein Recht, die Leistung an den Dritten (aber nur an ihn) zu fordern; irgend ein eigenes Interesse hieran braucht er nicht darzutun.

Literatur: Gareis, Die Verträge zu Gunsten Dritter, 1869. Unger, Die Verträge zu Gunsten Dritter, 1869. Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte, 1899.

§ 93. Einzelne Schuldverträge.

I. Schenkung. Die Schenkung gab im ältesten deutschen Recht nur ein beschränktes, im Zweifel wenigstens bei Grundstücken unveräußerliches und unvererbliches, unter Umständen (besonders bei Untreue) widerrufliches Recht. Nach langobardischem Recht wurde sie nur durch eine kleine Gegengabe, das „Launegild", voll bindend. Später erhielt sich die Neigung zur Vermehrung der Widerrufsgründe. Das B.G.B. ist im wesentlichen römisch. Die Schenkung ist heute Realvertrag (Handgeschenk) oder Konsensualvertrag (Schenkungsversprechen); das Schenkungsversprechen bedarf gerichtlicher oder notarieller Form; der Formmangel wird aber durch Übergabe geheilt.

II. Kauf und Tausch wurden gleich behandelt; sie waren als Realverträge (mit Haftung aus Vorleistung) oder Konsensualverträge (mit Haftung aus formellem Versprechen) möglich; nach der Rezeption wurden beide zu reinen Konsensualverträgen. Dem deutschen Recht entstammt die in Partikularrechten erhaltene und durch das B.G.B. verallgemeinerte Regel, daß die Gefahr erst mit der Übergabe auf den Käufer übergeht. Der Verkäufer hatte nach deutschem wie nach heutigem Recht Eigentum oder sonst zugesagtes Recht zu verschaffen und haftete daher für Mängel im Recht. Für Mängel der Sache haftete er dagegen im allgemeinen nach der Übergabe nicht („Augen auf, Kauf ist Kauf"); nur beim Viehkauf mußte er in gewissem Umfange für Gewährsmängel einstehen. Nach der Rezeption wurde das ädilizische Edikt aufgenommen und liegt auch dem B.G.B. zu Grunde. Jedoch erhielt sich das deutsche Recht vielfach beim Viehhandel, bei dem auch nach B.G.B. der Verkäufer nur für bestimmte Hauptmängel, wenn sie in der „Gewährfrist" hervortreten und rechtzeitig angezeigt werden, einzustehen hat und der Käufer nur die Wandlung, nicht die Minderung verlangen kann.

III. Miete und Pacht unterscheiden sich nach deutschem Recht, je nachdem bloß der Gebrauch oder auch Fruchtgenuß gegen Entgelt eingeräumt wird. Gegenüber dem römischem Recht erhielt sich in Partikularrechten die deutschrechtliche Bindung des Sondernachfolgers des Vermieters oder Verpächters („Kauf bricht nicht Miete"); das B.G.B. erhebt für Grundstücke und Wohnräume, sobald der Besitz überlassen ist, den gesetzlichen Eintritt des Sondernachfolgers in die Rechte und Pflichten des Vermieters oder Verpächters zu gemeinem Recht. Eine Reihe besonderer Rechtssätze entwickelte das deutsche Recht namentlich für Wohnungsmiete, Landgüterpacht und Viehpacht. Hervorzuheben ist der Eisernviehvertrag, bei dem der Pächter die Gefahr einer gepachteten Viehherde übernimmt („eisern Vieh stirbt nie"); er wurde auf das gesamte mitverpachtete Gutsinventar übertragen.

IV. Leihe und Darlehen, in den Volksrechten zusammengefaßt, wurden später unterschieden; doch trug auch bei der Leihe der Entleiher während seiner Gewere die Gefahr. Beide Verträge waren Realverträge. Das verzinsliche Darlehen wurde trotz des kanonischen Zinsverbots schon im Mittelalter (besonders in Form der öffentlichen Anleihe) üblich, später partikularrechtlich und seit 1654 reichsrechtlich ausdrücklich gestattet. Doch wurde nunmehr die Höhe der zulässigen Zinsen (reichsrechtlich auf 5 vom Hundert) beschränkt. Zuerst für Kaufleute und dann allgemein (R.Ges. v. 14. Nov. 1867) wurden die Zinstaxen (außer für gewerbliche Pfandleiher) aufgehoben; doch steht bei Zinsen über 6 vom Hundert dem Schuldner ein unausschließbares Recht halbjähriger Kündigung zu. Die Vereinbarung von Zinseszins ist regelmäßig unzulässig geblieben. Im übrigen greifen die Wuchergesetze ein; nach dem B.G.B. § 138 ist jedes wucherische Geschäft, auch wenn es nicht strafbar ist, privatrechtlich nichtig.

V. Verwahrungsvertrag. Der Verwahrungsvertrag war im deutschen wie im römischen Recht als Realvertrag ausgestaltet; die besonderen Typen des Depotgeschäfts, des Lombardgeschäfts und des Lagergeschäfts gehören dem Handelsrecht an.

VI. Arbeitsverträge. Die Arbeitsverträge gewannen im deutschen Recht, weil die Arbeit frei wurde, auch freie Arbeit aber als ihres Lohnes wert galt, eine völlig andere Bedeutung als im römischen Recht.

Der heutige Dienstvertrag umfaßt jede Art entgeltlicher persönlicher Dienstleistung. Doch gelten Besonderheiten, wenn Dienstleistungen höherer Art (z. B. bei Anstellungsverträgen von Privatbeamten und bei sog. Honorarverträgen), wenn ständige Dienstleistungen mit Eintritt in die Hausgemeinschaft (z. B. bei Hauslehrern), wenn Dienstleistungen, die den Inhalt der ganzen Berufstätigkeit bilden, in Frage stehen. Für viele Gattungen derartig qualifizierter Dienstverträge gilt überdies ein umfassendes Sonderrecht. Schon seit dem Mittelalter wurde ein Sonderrecht für den Gesindevertrag ausgebildet, bei dem mit dem Eintritt in die Hausgemeinschaft familienrechtliche Beziehungen (Hausgewalt, aber auch Fürsorge- und Vertretungspflicht des Dienstherrn) entstanden, eigenartige Formen des Abschlusses („Mietsgeld") und zum Teil besondere Beendigungsgründe (z. B. Gelegenheit zur Heirat nach dem Satz „Freite geht vor Miete" und Tod des Dienstherrn) anerkannt waren, später auch die öffentliche Gewalt mit gesindepolizeilichem Zwang und Schutz eingriff. Das Gesinderecht ist auch heute in landesgesetzlichen Gesindeordnungen, die das ältere Recht zum Teil festhalten (z. B. preuß. v. 8. Nov. 1810), zum Teil reformiert haben, besonders geregelt. Schon im Mittelalter ferner hat das Gewerberecht den Vertrag mit Handwerkslehrlingen und Handwerksgesellen besonders ausgestaltet; das neuere Gewerberecht schuf mehr und mehr ein umfassendes Sonderrecht für den gewerblichen Arbeitsvertrag überhaupt und innerhalb dieses Rahmens neben dem Handwerkerrecht ein Sonderrecht für Fabrikarbeiter, Werkbeamte u. s. w. Das Bergrecht hat für die Dienstverträge mit Bergleuten (oben § 54), das Handelsrecht für die mit Handlungslehrlingen und Handlungsgehilfen, sowie mit Agenten, das Seerecht für die mit dem Schiffer und der Schiffsmannschaft ein Sonderrecht hervorgetrieben. In allen diesen Sonderrechten spielen neben subsidiären gesetzlichen Regeln zwingende Vorschriften, die um des Schutzes der Persönlichkeit willen die Vertragsfreiheit einschränken, eine gewaltige Rolle.

Arbeitsvertrag ist auch der Werkvertrag; besondere Typen deutschrechtlicher

Herkunft sind der Mäkeleivertrag, das Kommissions-, das Speditions- und das Frachtgeschäft.

VII. Bürgschaft. Die Bürgschaft war im deutschen Recht Haftungsübernahme für fremde Schuld und forderte daher die Form des Treugelöbnisses; nach der Rezeption wurde sie formfrei, blieb aber nach Partikularrechten an eine Form gebunden; nach dem B.G.B. muß sie schriftlich erteilt werden. Ursprünglich haftete der Bürge vor, dann neben, endlich hinter dem Schuldner; doch blieb die Einrede der Vorausklage der Handelsbürgschaft fremd und im übrigen verzichtbar. Die Bürgschaftshaftung war ursprünglich unvererblich; daher war die Verbürgung mehrerer zu gesamter Hand (oft mit Übernahme der Verpflichtung zur Stellung eines Ersatzmannes bei Wegfall eines Mitbürgen) überaus üblich. Heute ist die Bürgschaftsschuld vererblich. Der Bürge, der geleistet hat, hat nach älterem deutschem und nach heutigem Recht ohne weiteres ein Rückgriffsrecht gegen den Hauptschuldner und tritt von Rechts wegen in die Rechte des Gläubigers ein.

VIII. Spiel und Wette waren ursprünglich bindend und klagbar, nur ging die Schuld nicht auf die Erben über. Im Mittelalter (zuerst in den Städten) entwickelte sich der Satz, daß Spiel und Wette keine Forderung begründen, daß aber (außer bei verbotenem Spiel) auch die Rückforderung der geleisteten Schuld ausgeschlossen ist („Spielschulden sind Ehrenschulden"). Nach der Rezeption erhielt sich das deutsche Spielrecht (bestritten), die Wette dagegen wurde klagbar. Nach dem Vorgange anderer Gesetzbücher ist das B.G.B. zum deutschen Recht zurückgekehrt; die viel erörterte Grenzfrage zwischen Spiel und Wette ist damit bedeutungslos geworden. Spiel ist auch das Differenzgeschäft (vgl. Handelsrecht). Spiel ist ebenso der Lotterievertrag, Spiel verbunden mit Kauf der Ausspielvertrag; beide aber werden durch staatliche Veranstaltung oder Genehmigung bindend und klagbar.

IX. Versicherungsverträge. Der Versicherungsvertrag, die entgeltliche Übernahme des Ersatzes eines aus einem nach Eintritt oder Wirkung ungewissen Ereignisse drohenden Schadens, hat sich geschichtlich aus zwei Wurzeln entwickelt. Die eine war die germanische Gilde mit satzungsmäßiger Gefahrgemeinschaft, die andere die spekulative Gefahrübernahme gegen eine Gefahrprämie (so schon im Mittelalter beim Geleitsgelde, besonders aber bei der Seeversicherung). Auch heute wird die Versicherung von Vereinen im großen teils als „Versicherung auf Gegenseitigkeit" in genossenschaftlicher Form, teils als „Versicherung gegen Prämie" in Form eines Erwerbsgeschäftes betrieben. Das selbständige rechtliche Wesen des Versicherungsvertrages ist erst allmählich erkannt; lange stellte man ihn zu den Glücksverträgen; allein mit Hilfe der Assoziation wirkt er auf Grund der Wahrscheinlichkeitsrechnung vielmehr im Sinne der Behebung vorhandener Ungewißheit durch die Gewißheit eines bestimmten Erfolges. Heute ist das Versicherungsrecht ein eigenes, vielverzweigtes Rechtsgebiet geworden. Man unterscheidet Sachversicherung (Feuer-, Hagel-, Glas-, Vieh-, Transport-, auch Kredit- und Rückversicherung) und Personenversicherung (Lebens-, Unfall-, Alters-, Invaliditäts-, Aussteuerversicherung u. s. w.). Gegenstand aber ist stets das Interesse an dem Nichteintritt eines wirtschaftlichen Nachteils. Bei der Sachversicherung darf die bedungene Ersatzleistung nicht den wirklichen Schaden übersteigen, so daß Überversicherung unverbindlich ist; bei der Personenversicherung kann eine feste Summe oder Rente versprochen werden. Zum Abschluß ist oft die Aushändigung einer Urkunde (Police) erforderlich, die Wertpapier sein kann. Die Gegenleistung des Versicherungsnehmers besteht bei der Versicherung auf Gegenseitigkeit in dem verhältnismäßigen Beitrage zu den Gesamtleistungen der versichernden Genossenschaft (nach Deckungs- oder Umlageprinzip), bei der Prämienversicherung in einer festen (meist jährlichen) Prämie. Üblich sind Verwirkungsklauseln, nach denen der Versicherungsanspruch durch Zahlungsverzug, Unterlassung wahrheitsgemäßer Angaben und rechtzeitiger Schadensanzeigen u. s. w. verloren geht. Häufig ist Versicherungsnahme zu Gunsten eines Dritten; die einfache Lebensversicherung erfolgt stets zu Gunsten eines Dritten (im Zweifel der Erben), weshalb die Versicherungssumme nicht zum Nachlaß gehört.

X. Leibrentenvertrag ist der Vertrag, durch den sich jemand zur Zahlung einer wiederkehrenden Rente für die Lebenszeit des Empfängers oder eines anderen ver-

pflichtet. Das Versprechen bedarf nach dem B.G.B. der Schriftform. Schon seit dem Mittelalter ist insbesondere der Leibrentenverkauf (Zusage einer Leibrente gegen Hingabe von Kapital) ausgebildet, der von Gesellschaften im großen nach Art der Versicherungsgeschäfte betrieben wird.

XI. Verlagsvertrag. Von dem seit Anerkennung des Urheberrechts entwickelten Verlagsvertrag, der in seiner regelmäßigen Form Vertrag über eine vom Verleger zu bewirkende Arbeitsleistung in Verbindung mit der erforderlichen Abtretung von Urheberrecht (Verlagsrecht) ist, aber mancherlei Abwandlungen erfahren kann, wird an anderer Stelle gehandelt.

XII. Gesellschaftsvertrag. Der Gesellschaftsvertrag ist im deutschen Rechte wegen seines personenrechtlichen Gehalts und der hierdurch erwirkten Gemeinschaft zur gesamten Hand eigentümlich gestaltet; im Handelsrecht ist er auch äußerlich aus dem Obligationenrecht ausgeschieden.

Literatur: Fr. Conze, Kauf nach hanseatischen Quellen, 1889. Sachsenhauser, Die Lehre von der Nachwährschaft für verkaufte Hausthiere nach deutsch. R., 1857. Scheerer, Viehwährschaftsrecht, 2. Aufl. 1891. Dieckerhoff, Gerichtliche Thierarzneikunde, 2. Aufl. 1899. — v. Brünneck, Zur Geschichte der Miethe und Pacht in den deutsch. u. german. Rechten des Mittelalters, Z. f. R.G. XIV. Drechsler, Der landwirthschaftliche Pachtvertrag, 1871. Huck, Die Viehverstellung, Z. f. R.G. V. — M. Neumann, Geschichte des Wuchers in Deutschland, 1865. Funk, Geschichte des kirchlichen Zinsverbots, 1876. — G. Hertz, Die Rechtsverhältnisse des freien Gesindes nach den Rechtsquellen des Mittelalters, 1879. Suchsland, Das Recht des Gesindes, 1895. W. Endemann, Die Behandlung der Arbeit im Privatr., 1896. Lotmar, Der Arbeitsvertrag nach dem Privatr. des Deutsch. Reichs, Bd. I, 1902. — Platner, Die Bürgschaft, 1857. Heusler, Bürge u. Selbstzahler, Zeitschr. f. schweiz. R. IX. — Wilda, Z. f. D. R. II 133 ff. (Spiel), VIII 200 ff. (Wette). Bruck, Ueber Spiel und Wette, 1868. Schuster, Das Spiel, seine Entwicklung u. Bedeutung im deutsch. R., 1878. Bender, Die Lotterie, 2. Aufl. 1841. F. Endemann, Beitr. zur Geschichte der Lotterie u. zum heutigen Lotterierecht, 1882. Grolmann, Entwicklung der rechtlichen Natur des Ausspielgeschäfts, 1817. Lange, Die Rechtstheorie des Ausspielgeschäfts, 1818. — Malß, Studien über Versicherungsr., Z. f. H.R. VI, VIII u. XIII. Endemann, ebenda IX u. X. L. Cohn, Der Versicherungsvertrag, 1873. W. Lewis, Lehrbuch des Versicherungsrechts, 1889. V. Ehrenberg, Versicherungsrecht, Bd. I, 1893. Hecker, Zur Lehre von der rechtlichen Natur der Versicherungsverträge, 1894. Ehrenberg, Die Rückversicherung, 1885. Staudinger, Die Rechtslehre vom Lebensversicherungsvertrage, 1858. Huppert, Der Lebensversicherungsvertrag, 1896. — L. Rückert, Der Leibrentenvertrag, 1857.

Kapitel III. Schuldverhältnisse aus unerlaubten Handlungen.

§ 94. Verantwortlichkeit für rechtswidriges Handeln überhaupt. Nach älterem deutschem Recht war, wer rechtswidrig handelte, für den dadurch verursachten Schaden verantwortlich. Dies galt auch im Falle einer rechtswidrigen Unterlassung (Sachsenſp. II a. 38). Verschulden war nur zur Strafbarkeit erforderlich. Doch wurde in manchen Fällen auch die Ersatzschuld durch den Nachweis eines unabwendbaren Zufalles ausgeschlossen. Wer in rechter Notwehr handelt, verletzt kein Recht und schuldet daher, falls er für gehörige Feststellung sorgt, keinen Ersatz (Sachsenſp. II a. 14, 62, III a. 84 § 1). Nach der Rezeption erhielt sich gegenüber dem römischen Recht, das nur eine Haftung aus Verschulden, und zwar allgemein nur aus dolus, in den Fällen der lex Aquilia und bei anderen speziellen Delikten auch aus culpa kennt, vielfach eine weitergehende Haftung deutscher Herkunft. Die großen Gesetzbücher lassen zunächst allgemein aus jeder schuldhaften unerlaubten Handlung oder Unterlassung eine Schadensersatzpflicht entspringen; so auch das B.G.B. im Falle der Rechtsverletzung, während es bei bloßer Verletzung einer gesetzlichen Schutzvorschrift eine Haftung aus Fahrlässigkeit nur insoweit, als auch diese mit Strafe bedroht ist, und bei bloßer Verletzung des Sittengesetzes eine Haftung nur aus vorsätzlicher Schadenszufügung eintreten läßt. Darüber hinaus aber kennt das geltende Recht mancherlei Fälle einer Haftung aus unverschuldeter Schadensverursachung. In Übereinstimmung mit dem älteren deutschen Recht muß, wer im Zustande der Unverantwortlichkeit rechtswidrig gehandelt hat, den verursachten Schaden insoweit ersetzen, als dies der Billigkeit entspricht und ihm dadurch nicht die Mittel zu standesgemäßem

Unterhalt entzogen werden. Ferner tritt eine Schadensersatzpflicht ohne Verschulden aus objektiv unberechtigter Selbsthilfe ein. Hierher gehört auch die Ersatzpflicht aus unverschuldeter Täuschung des berechtigten Vertrauens im rechtsgeschäftlichen Verkehr (bei irrtümlicher oder nicht ernstlicher Willenserklärung und bei vollmachtlosem Handeln in fremdem Namen). Sodann haftet der Unternehmer einer Eisenbahn oder eines gleichgestellten Betriebes reichsrechtlich für Tötungen und Körperverletzungen und landesrechtlich auch für Sachbeschädigungen im Betriebe, bis er höhere Gewalt oder eigenes Verschulden des Geschädigten als Schadensursache nachweist. Endlich erfolgt in vielen Fällen mindestens eine Umkehrung der Beweislast, so daß der Schädigende den Mangel eines Verschuldens beweisen muß.

§ 95. Verantwortlichkeit für Andere und für Sachen.

I. Für Andere. Nach älterem deutschem Recht mußte der Hausherr für rechtswidrige Handlungen von Hausangehörigen (Familiengliedern, Gästen, Gesinde, Unfreien) einstehen; zum Teil konnte er sich von der Haftung für Unfreie durch Hingabe und später von der Haftung für freies Gesinde durch sofortige Entlassung befreien. Gegenüber dem gemeinen Recht, das eigenes Verschulden des Hausherrn fordert, wurde eine weitergehende Haftung partikularrechtlich (besonders im Gesinderecht) festgehalten. Das französische Recht (Code civ. a. 1384) macht die Eltern für minderjährige, bei ihnen wohnende Kinder, den Dienstherrn für das Gesinde, den Lehrer für den Zögling, den Meister für den Lehrling bis zum Nachweise, daß sie die schädigende Handlung nicht verhindern konnten, verantwortlich. Dagegen kennt das B.G.B. nur eine Haftung aus Verabsäumung der Aufsichtspflicht, legt aber dem Aufsichtspflichtigen den Beweis auf, daß er seiner Aufsichtspflicht genügt hat oder der Schaden auch bei gehöriger Aufsicht entstanden wäre (§ 832).

Das deutsche Recht kannte auch eine Haftung des Geschäftsherrn für den von seinen Gehilfen in Ausführung ihrer geschäftlichen Verrichtungen einem Dritten zugefügten Schaden. Das heutige Recht erkennt grundsätzlich nur eine Haftung für das Verschulden von Gehilfen bei Erfüllung von Verbindlichkeiten an (§ 278), während es für den Ersatz des Schadens aus einer vom Gehilfen bei Ausführung seiner Verrichtungen begangenen unerlaubten Handlung als solcher den Geschäftsherrn nur bis zum Nachweise eigener Schuldlosigkeit verantwortlich macht (§ 831). Dagegen trifft eine Haftung für fremdes Verschulden nach dem Reichshaftpflichtgesetz, soweit nicht die reichsgesetzliche Unfallversicherung an die Stelle getreten ist, den Unternehmer einer Fabrik, eines Bergwerks oder eines gleichgestellten Betriebes (aus der von einem Beamten oder Angestellten schuldhaft verursachten Tötung oder Körperverletzung). Unbedingt, aber nur mit dem Schiffsvermögen, haftet der Reeder für das Verschulden einer Person der Schiffsbesatzung (insbesondere auch bei Schiffszusammenstößen).

Ein weiterer Fall der Haftung für fremdes Verschulden ist die landesgesetzliche Haftung der Gemeinden für die bei einem Aufruhr angerichteten Schäden (vgl. z. B. preuß. Ges. v. 11. März 1850).

II. Für Sachen. Auf gemeinarischer Grundlage beruht die ursprünglich als Haftung für fremdes Verschulden aufgefaßte Haftung des Herrn eines Tieres für den durch dieses verursachten Schaden. Sie findet sich auch im älteren deutschen Recht, tritt aber nur bei wilden Tieren oder bei Verschulden des Tierherrn unbedingt ein, während sie bei Haustieren oft auf einen Teil des Schadens beschränkt ist, meist auch durch noxae datio abgewandt werden kann, dies aber regelmäßig nur, wenn der Tierherr nach erlangter Kunde das Tier nicht mehr gehaust und gefüttert hat. Nach der Rezeption galt das römische Recht als gemeines Recht. Das deutsche Recht erhielt sich aber im gemeinen Sachsenrecht und wirkte auf die Partikularrechte ein. Die neueren Gesetzbücher stellten zum Teil alles auf eigenes Verschulden des Tierherrn und schafften die noxae datio ab (Preuß. L.R. I 6 §§ 70—73; Österr. G.B. § 1320; Schweiz. O.R. a. 65 mit Umkehrung der Beweislast). Andere behielten die Haftung ohne eigenes Verschulden bei, ließen aber dann die noxae datio zu (Cod. civ. a. 1385; Sächs. G.B. a. 1565;

das Bad. L.R. a. 1385[a] gibt stets die noxae datio). Das B.G.B. ist strenger als irgend ein bisheriges Recht, indem es den Halter eines Tieres schlechthin für jede Tötung, Körperverletzung oder Sachbeschädigung durch das Tier (daneben den Aufsichtspflichtigen bis zur Führung des Entschuldigungsbeweises) haftbar macht (§§ 833—834). Als Haftung für Tiere regelt es auch die Verpflichtung zum Ersatz des Wildschadens (oben § 53 a. E.).

Auch eine Haftung für leblose Sachen (z. B. fallende Bäume) ist dem deutschen Recht nicht fremd und trifft heute in gewissem Umfange den Besitzer eines mangelhaft eingerichteten oder in stand gehaltenen Gebäudes (B.G.B. §§ 836–838).

§ 96. Schadensersatz und Buße. Nach dem altgermanischen Kompositionensystem entsprang aus der Rechtsverletzung ein Anspruch des Verletzten auf eine feste Buße (bei der Tötung für die Sippe auf das Wergeld), wobei die Gedanken der Ersatzleistung und der Privatstrafe zusammenflossen. Mehr und mehr aber wurde der Anspruch auf Schadensersatz von den Bußen unabhängig und neben ihnen anerkannt. Schon vor der Rezeption verfiel das Bußensystem. Doch erhielt sich auch nach der Rezeption im Sachsenrecht das Wergeld und eine feste Buße (Sachsenbuße) für widerrechtliche Gefangenhaltung. Auch entwickelte sich an Stelle der Buße bei Körperverletzungen der im gemeinen Recht festgehaltene Anspruch auf Schmerzensgeld (unvererblich, da der Schmerz mit dem Verletzten stirbt). Die römischen Privatstrafen wurden nur teilweise aufgenommen und meist wieder abgestoßen; ihre letzten Reste beseitigte das Reichsstrafgesetzbuch.

Nach heutigem Recht entspringt regelmäßig aus der unerlaubten Handlung nur ein Anspruch des Verletzten auf Ersatz des Vermögensschadens. Der Anspruch geht unabhängig vom Grade des Verschuldens stets auf Ersatz des vollen Schadens, kann aber durch eigene Mitschuld nicht nur ausgeschlossen, sondern auch im Umfange herabgemindert werden. Im Falle der Tötung ist für den Verlust von Unterhaltsansprüchen oder Ansprüchen auf Dienstleistung in Haus oder Geschäft, im Falle der Körperverletzung für Verlust oder Minderung der Erwerbsfähigkeit Ersatz durch eine Geldrente zu leisten.

Bei gewissen unerlaubten Handlungen (Körperverletzung, Freiheitsberaubung, Verführung einer Frauensperson mit Hinterlist, Drohung oder Mißbrauch eines Abhängigkeitsverhältnisses, Vergehen wider die Geschlechtsehre) kann auch eine billige Entschädigung für immateriellen Schaden (in dieser Form daher auch Schmerzensgeld und Sachsenbuße) zuerkannt werden; hier mischt sich der Gedanke der Genugtuung ein.

Endlich kann bei der strafbaren Verletzung mancher Persönlichkeitsrechte (Körperverletzung, Kreditverleumdung, Urheberrechts-, Erfinderrechts- und Zeichenrechtsverletzung, unlauterem Wettbewerb) neben öffentlicher Strafe vom Strafrichter dem Schuldigen eine an den Verletzten zu zahlende Buße bis zu einem gesetzlichen Höchstbetrage auferlegt werden. Diese moderne Buße, die an Stelle der Entschädigung tritt, aber Schadensnachweis nicht voraussetzt, verbindet Elemente des Schadensersatzes und der Privatstrafe.

Literatur: A. B. Schmidt, Die Grundsätze über den Schadensersatz in den Volksrechten, 1885. O. Hammer, Die Lehre vom Schadensersatz nach dem Sachsensp. u. den verwandten Rechten, 1885. — Wäntig, Ueber die Haftung für fremde unerlaubte Handlungen, 1875. J. Unger, Handeln auf eigne Gefahr, 2. Aufl. 1893. Endemann, Die Haftpflicht der Eisenbahnen u. s. w., 2. Aufl. 1876. Eger, Reichshaftpflichtgesetz, 4. Aufl. 1896. H. Hoffmann, Die Haftung für außerkontraktliche Beschädigung durch Thiere, 1896. H. Isay, Die Verantwortlichkeit des Eigenthümers für seine Thiere, Jahrb. f. Dogm. XXXIX 209 ff. — E. Steinbach, Die Grundsätze des heutigen Rechts über den Ersatz von Vermögensschäden, 1888. C. G. v. Wächter, Die Buße bei Beleidigungen u. Körperverletzungen, 1874. A. Graf zu Dohna, Die Stellung der Buße im reichsrechtlichen System des Immaterialgüterschutzes, 1902.

Fünftes Buch.

Familienrecht.

Kapitel I. Das Familienrecht überhaupt.

§ 97. Die Organisation der Familie. Die germanische Familie kam in den sich kreuzenden Organisationen des Hauses und der Sippe zur Erscheinung.

Das Haus war ein herrschaftlicher Verband, der den Hausherrn und die seiner Munt unterworfenen Hausangehörigen umfaßte (oben § 35). In der häuslichen Gemeinschaft wurzelten die Rechtsverhältnisse zwischen Ehegatten, zwischen Eltern und Kindern und zwischen Vormund und Mündel, die gegenüber den sonstigen der Hausherrschaft entsprungenen Rechtsverhältnissen sich als Familienrechtsverhältnisse ausgestalteten. Darum war vor allem die Munt über die Ehefrau, die Kinder und den Mündel das bildnerische Prinzip des deutschen Familienrechts. Daneben aber griff das Prinzip der gesamten Hand rechtsbildend ein (oben § 34). Der häusliche Verband ist noch heute eine personenrechtliche Gemeinschaft mit einzelnen familienrechtlichen Wirkungen; die meisten aus ihm hervorgegangenen Verhältnisse aber sind ihm gegenüber verselbständigt.

Die Sippe (Geschlecht, Magschaft) war die Genossenschaft der durch gemeinsame eheliche Abstammung verbundenen Blutsfreunde. Sie war ursprünglich eine geschlossene Friedens- und Rechtsgenossenschaft mit einer Fülle öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Funktionen. Im Laufe der Zeit aber gab sie ihre wichtigsten Funktionen an andere Verbände ab und büßte ihre Geschlossenheit ein. Nur im hochadligen Hause konstituierte sie sich in neuer Form als Einheit; partikularrechtlich (besonders in Preußen) empfing sie auch in Gestalt der zu einem Familienschluß in Ansehung von Lehen, Stammgütern und Familienstiftungen befähigten Familie wieder eine gesetzliche Organisation. Im übrigen blieb nur die zwischen Einzelpersonen bestehende Verwandtschaft als ein Rechtsverhältnis mit einzelnen familienrechtlichen und erbrechtlichen Wirkungen zurück. Zu den familienrechtlichen Wirkungen gehört die gegenseitige Unterhaltspflicht, die aber das B.G.B. nur noch zwischen Verwandten gerader Linie anerkennt. Träger des Sipperechts waren ursprünglich nur die „Schwertmagen" („Agnaten" im Sinne des deutschen Rechts), d. h. die durch Männer verwandten Männer (der „Mannsstamm"). Schon nach den Volksrechten aber haben auch die „Spillmagen" (Kunkelmagen, Kognaten), d. h. die Weiber und die durch Weiber verwandten Männer, am Sipperecht teil. Doch erhielten sich bis heute im hohen Adel und bei den gebundenen Gütern Vorzugsrechte der Schwertmagen. Zum Teil war auch der Unterschied von „Vatermagen" und „Muttermagen" bedeutungsvoll. Bei der Berechnung der Verwandtschaft ging das deutsche Recht von der Schichtung der Sippe in Parentelen (Stämme, Ordnungen) aus; eine Parentel wird durch ein Stammelternpaar und dessen Nachkommen gebildet, so daß also in Bezug auf jeden die erste Parentel aus seinen Nachkommen, die zweite aus seinen Eltern und deren Nachkommen, die dritte aus seinen Großeltern und deren Nachkommen u. s. w. besteht; in jeder Parentel bestimmt sich die Nähe der Verwandtschaft zwischen zwei Personen nach der Entfernung vom Stammhaupte, so daß gleich Nahe einander gleichstehen („Vetterschaft"), bei ungleicher Entfernung auf beiden Seiten aber eine Verwandtschaft nach ungleichen Graden (bei der es im Erbrecht auf die Stellung des Erben, bei Ehehindernissen auf die längere Reihe ankommt) vorliegt. Diese Berechnungsart ging in das kanonische Recht über, wurde aber im allgemeinen durch die römische Gradzählung nach der Zahl der vermittelnden Zeugungen verdrängt und ist nur für das Erbrecht bedeutungsvoll geblieben. Mit der Schichtung nach Parentelen kreuzt sich die Scheidung eines engeren (meist Nachkommen, Eltern und Geschwister, mitunter auch Elterngeschwister umfassenden) und eines weiteren Verwandtenkreises („Busen" und „Magen"). Die Sippe endete in einem bestimmten (meist siebenten) Gliede. — Neben der Verwandtschaft gewann früh auch die Schwägerschaft rechtliche Bedeutung.

Literatur: Kraut, Die Vormundschaft nach den Grundsätzen des deutschen Rechts, 1835/59. Rosin, Der Begriff der Schwertmagen, 1877. U. Stutz, Das Verwandtschaftsbild des Sachsenspiegels, 1890. Die unten zu § 118 angeführten Schriften.

§ 98. Rechtsverhältnisse des Familienrechts. Als Rechtsverhältnisse familienrechtlicher Art gelten heute die Ehe nebst dem sie vorbereitenden Verlöbnis, die Verwandtschaft nebst der Schwägerschaft und die Vormundschaft. Ihr gemeinsames rechtliches Wesen beruht darin, daß sie eine personenrechtliche Verbundenheit setzen und mit Rechtswirkungen ausstatten. Sie sind daher in ihrem Kern personenrechtliche Verhältnisse, die gegenseitige Rechte an der Person mit entsprechenden Pflichten begründen. Doch erzeugen sie zugleich vermögensrechtliche Beziehungen (Familiengüterrecht), die sich aus sachenrechtlichen und schuldrechtlichen Bestandteilen zusammensetzen, aber als Ausflüsse eines umfassenden und im Kern personenrechtlichen Gesamtverhältnisses eigenartig gefärbt und von den Vermögensbeziehungen des Verkehrsrechts unterschieden bleiben. Die Familienrechtsverhältnisse sind privatrechtlicher, aber nicht individualrechtlicher, sondern sozialrechtlicher Natur. Denn sie knüpfen an die im Gattungsleben der Menschen gegebenen organischen Gemeinschaften an, die den Einzelnen dauernden Lebenszusammenhängen einordnen. Daraus erklärt sich eine Fülle von Besonderheiten der Familienrechte, wie ihre Durchmischung mit Pflichten, ihre Unverzichtbarkeit, ihre Unübertragbarkeit, ihre Einschränkung durch Verbot des Mißbrauchs und ihre Verwirkbarkeit; Besonderheiten, die großenteils sich auch auf die vermögensrechtlichen Ausflüsse erstrecken. Darauf beruhen ferner die Besonderheiten des Rechtsschutzes der Familienrechte, wie die eigenartigen Formen des Zivilprozesses in Ehesachen und Streitigkeiten über eheliche Kindschaft und elterliche Gewalt, die vielfach unter Ausschluß des Rechtsweges stattfindende verwaltungsgerichtliche Entscheidung durch das Vormundschaftsgericht und die völlige Versagung des Rechtszwanges für manche Verhältnisse. Daraus entspringt endlich eine starke Einwirkung des öffentlichen Rechts, die sich vor allem in der staatlichen Obervormundschaft äußert. Hervorgegangen aus der als „Munt" aufgefaßten Schutzgewalt des germanischen Königs, ist die Obervormundschaft heute eine vom Vormundschaftsgericht ausgeübte staatliche Schutzgewalt, die nicht bloß über der Vormundschaft steht, sondern auch in das Eltern- und Kinderrecht und in das Eherecht eingreift und somit das gesamte Familienrecht durchdringt.

Kapitel II. Das Eherecht.

§ 99. Eingehung und Endigung der Ehe. Seitdem die Kirche das persönliche Eherecht auf Grund der Lehre von der Sakramentsnatur der Ehe in Besitz genommen hatte, wurden für Eingehung und Endigung der Ehe statt der einstigen volksrechtlichen Sätze die Vorschriften des kanonischen Rechts maßgebend. Auch nach der Rezeption behauptete das kirchliche Recht die Herrschaft; neben das katholische Eherecht trat aber nunmehr ein besonderes protestantisches Eherecht (für Juden das mosaische Recht). Erst die neueren Gesetzbücher (zuerst das Preuß. A.L.R.) schufen ein vom Religionsbekenntnis unabhängiges bürgerliches Eherecht, das aber stofflich an das kanonische Recht oder das aus ihm entwickelte neuere katholische oder protestantische Recht anknüpft. Auch die Vorschriften des B.G.B. über die Erfordernisse der Eheschließung und die Ehehindernisse, über Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe und über die neben der Auflösung durch den Tod mögliche Auflösung der Ehe durch Ehescheidung beruhen auf den vom kirchlichen Recht geschaffenen Grundlagen. In vielen Punkten indes hat dabei neben dem römischen Recht das germanische Recht gestaltend eingewirkt. Insbesondere gilt dies von der volksrechtlichen Ehebegründung durch Kauf der Munt, worauf hier noch hinzuweisen ist.

Die echte Ehe wurde durch die Verlobung eingeleitet. Die Verlobung war ein vom Bräutigam ursprünglich mit dem Muntwalt der Braut unter Mitwirkung ihrer Sippe, seit Ende der fränkischen Zeit mit der Braut selbst unter Zustimmung ihres Muntwalts geschlossener Vertrag über den Muntkauf. Dabei wird der gesetzlich feststehende Muntpreis (Mundr, Muntschatz, meta, Wittum, dos) entweder in Wettform

oder unter Zahlung eines Angeldes, besonders eines Ringes, versprochen; seit die Braut sich selbst verlobt, erhält sie den Ring („ist der Finger beringt, so ist die Jungfer bedingt") und gibt bald auch ihrerseits dem Bräutigam einen Ring. Die Verlobung begründet bereits eine personenrechtliche Verbundenheit mit Treupflicht und Unverbrüchlichkeit für Dritte und ist wesentliche Grundlage der Ehe. Der alte Begriff der Verlobung wirkte auf das kanonische Recht (namentlich in der Lehre von den sponsalia de futuro und de praesenti und der Umwandlung der ersteren in letztere durch Beischlaf) und auf das protestantische Eherecht (bei der Behandlung der Brautkinder als ehelicher Kinder und der Zwangstrauung) ein, wurde aber im neueren Recht unter dem Einfluß des römischen Rechts mehr und mehr umgebildet. Heute ist das Verlöbnis unwesentlich, formfrei und begründet keine Klage auf Eingehung der Ehe, sondern nur bei unberechtigtem Verlöbnisbruch gewisse Ersatzansprüche. Immer aber ist es noch ein familienrechtlicher Vertrag, der eine personenrechtliche Verbundenheit erzeugt.

Vollzogen wurde die Eheschließung durch die Trauung. Sie ist Übergabe der Braut an den Mann, später Selbstübergabe durch den von ihr ermächtigten Muntwalt oder gewählten Vertreter. Dabei empfängt ursprünglich der Muntwalt den Muntschatz, nach den meisten Volksrechten aber nur noch einen Teil oder überhaupt nichts; der Muntschatz wird nun der Frau selbst als Wittum zugewandt (unten § 107). Mit der Trauung ist die ehemännliche Munt begründet, während die eheliche Genossenschaft erst mit der feierlichen Beschreitung des Ehebetts (unter Fackelgeleit) eintritt (Sachsenſp. III a. 45 § 3). Nach kanonischem Recht kommt die Ehe durch bloße Konsenserklärung zu stande; die Kirche forderte aber kirchliche Einsegnung, der oft die Trauung durch den von der Braut darum ersuchten Geistlichen voranging. Das Tridentiner Konzil band die Konsenserklärung an eine Form (coram competente parocho et duobus testibus). Dagegen bildete das protestantische Kirchenrecht die kirchliche Trauung als Eheschließungsform aus, woran sich das Preuß. L.R. und andere Gesetze anschlossen. In neuerer Zeit wurde die bürgerliche Eheschließung vor dem Standesbeamten zur alleinigen Eheschließungsform erhoben; im Personenstandsgesetz der Trauung nachgebildet (mit ehebegründendem Ausspruch des Standesbeamten), ist sie im B.G.B. (durch Verlegung der ehebegründenden Kraft in die Erklärung der Verlobten) der Tridentiner Form angenähert.

Literatur: Friedberg, Das Recht der Eheschließung, 1865. Sohm, Das Recht der Eheschließung, 1875. Friedberg, Verlobung und Trauung, 1876. Sohm, Trauung und Verlobung, 1876. Habicht, Die altdeutsche Verlobung, 1879. U. Stutz, Die Rechtsnatur des Verlöbnisses, 1900. H. Dittenberger, Das Verlöbnißrecht, 1901. H. Zihlmann, Der Verlöbnißbruch im modernen Recht, 1902.

§ 100. Personenrechtliche Ehewirkungen. Die Ehe begründet nach deutschem Recht eine auf das natürliche und sittliche Verhältnis der Geschlechter gegründete volle Lebensgemeinschaft („Mann und Weib sind ein Leib"). Die eheliche Gemeinschaft verbindet, während sie im übrigen die Sonderpersönlichkeit unberührt läßt, für ihren Bereich die Ehegatten dauernd zum Ehepaar. Mann und Frau sind einander „Genossen"; sie bilden nach außen eine Personeneinheit, die sich in Einheit des Namens, Standes, Wohnsitzes u. s. w. ausdrückt, und haben nach innen einen gegenseitigen Anspruch auf Zusammenleben und Treue. Die Gemeinschaft wird voll nur von beiden zusammen dargestellt. In gewissem Umfange aber ist jeder Gatte für sich zum Träger der Gemeinschaft berufen. Und hierbei ist ihre Stellung ungleich.

Der Mann ist Gemeinschaftshaupt. Im deutschen Recht fand seine Herrscherstellung ihren Ausdruck in der ehemännlichen Munt, die sich als ehemännliche Vogtei, Vormundschaft oder Gewalt vielfach (insbesondere auch im preuß. und französ. Recht) erhielt, jedoch gemeines Recht nicht wurde und durch das B.G.B. beseitigt ist. Kraft der Munt war nach außen der Mann zur gerichtlichen und außergerichtlichen Vertretung der Frau befugt und verpflichtet, die Frau in ihrer selbständigen Handlungsfähigkeit beschränkt. Nach dem B.G.B. entbehrt der Mann jeder gesetzlichen Vertretungsmacht und tritt für die Frau keinerlei Beschränkung der Geschäftsfähigkeit ein; doch hat der Mann

bei Verträgen, durch die sich die Frau zu persönlichen Leistungen verpflichtet, ein (bei Mißbrauch wegfallendes) unbefristetes Kündigungsrecht. Auch nimmt die Frau Namen, Stand, Staatsangehörigkeit und Wohnsitz des Mannes an. Nach innen hat der Mann das entscheidende Wort; er bestimmt Wohnsitz, Wohnung, Einrichtung des Haushaltes u. s. w. (jedoch nur, insoweit er das Recht nicht mißbraucht). Dafür hat er in erster Linie die ehelichen Lasten zu tragen und die Frau standesgemäß zu unterhalten.

Die Frau ist Mitträgerin der Gemeinschaft in der Stellung der Hausfrau. Nach außen vertritt sie innerhalb ihres häuslichen Wirkungskreises das Ehepaar und bindet und verpflichtet vermöge ihrer „Schlüsselgewalt" den Mann durch die in diesen Bereich fallenden Geschäfte. Nach innen hat sie Recht und Pflicht der Leitung des gemeinsamen Hauswesens, je nach den Lebensverhältnissen auch die Pflicht der Mitarbeit. Im Notfalle muß sie auch dem Manne nach Maßgabe ihres Vermögens und ihrer Erwerbsfähigkeit Unterhalt gewähren.

§ 101. Das eheliche Güterrecht. Das deutsche Recht ging stets von dem Gedanken aus, daß die personenrechtliche Verbindung der Ehegatten auch auf ihr Vermögen vereinigend wirke. Ursprünglich scheint das System der Eigentumseinheit in der Hand des Mannes gegolten zu haben, so daß alles Ehevermögen dem Manne gehörte, sein Eigentum aber familienrechtlich gebunden war. Seitdem aber die Frauen im Erbrecht besser gestellt wurden und mehr Vermögen einbrachten, entwickelten sich zwei andere Systeme. Das eine war die in den meisten Volksrechten anerkannte und besonders in Süddeutschland und Ostsachsen festgehaltene bloße Verwaltungsgemeinschaft, bei der das Frauengut Eigentum der Frau bleibt, aber mit dem Gute des Mannes zu einer einheitlich verwalteten und benutzten Masse vereinigt wird. Das andere war die namentlich im fränkischen und westfälischen Recht entwickelte Gütergemeinschaft, bei der das Vermögen beider Gatten zu einem gemeinschaftlichen Gesamtgut verschmilzt. Vielfach aber kam es nur zu teilweiser Gütergemeinschaft. Neue Bildungen (mit Rücksicht auf die wachsende Bedeutung der Fahrnis) brachten die Stadtrechte; im ganzen neigten sie zur Gütergemeinschaft. Schon gegen Ende des Mittelalters trat eine außerordentliche Zersplitterung ein, die sich nach der Rezeption steigerte. Neben die deutschen Systeme trat nun das römische Dotalsystem der grundsätzlichen Gütertrennung mit bloßem Beitrag zu den Ehelasten, das als gemeines Recht ausgegeben wurde, aber nur selten durchdrang. Die deutschen Systeme selbst wurden umgebildet und oft willkürlich verändert; in den Gesetzbüchern traten neue Formen hinzu. Das B.G.B. hat diesem bunten Rechtszustande ein Ende bereitet. Es hat ein einheitliches gesetzliches Güterrecht für ganz Deutschland geschaffen (Verwaltungsgemeinschaft, in Ausnahmefällen Gütertrennung), zugleich aber mehrere vertragsmäßige Güterstände (drei Arten der Gütergemeinschaft und die Gütertrennung) eingehend geordnet. Für die älteren Ehen gilt an sich das bisherige Recht fort; durch Landesgesetz ist aber in den meisten Staaten ihr Güterrecht in den nächstverwandten Güterstand des B.G.B., wennschon mit mancherlei Vorbehalten, übergeleitet worden.

Das eheliche Güterrecht der einzelnen Ehe bestimmt sich nach dem gesetzlichen Güterstande, den das Personalstatut des Mannes im Augenblicke der Eheschließung ergibt. In manchen Landschaften war bisher der gesetzliche Güterstand für die verschiedenen Stände ungleich. Durch Veränderung des Personalstatuts (mit Verlegung des Wohnsitzes oder Wechsel der Staatsangehörigkeit) wandelt sich nach der in dieser berühmten Streitfrage durchgedrungenen Ansicht das Güterrecht nicht. Dagegen tritt nach manchen Rechten mit der Geburt eines Kindes oder mit Ablauf von Jahr und Tag ein Wandel des Güterrechts im Sinne engerer Gemeinschaft ein; oder es gilt (wie nach lüb. Recht) ein ungleiches Güterrecht für unbeerbte und beerbte Ehen. Immer kann aus bestimmten Gründen eine bestehende Gemeinschaft (die Verwaltungsgemeinschaft nur auf Antrag der Frau, die Gütergemeinschaft auch auf Antrag des Mannes) gerichtlich aufgehoben werden; dann tritt Gütertrennung an die Stelle. Mit Auflösung der Ehe endet das eheliche Güterrecht, wirkt aber in mancherlei Gemeinschaftsverhältnissen nach und

ferner in oſtfäliſchen und mecklenburgiſchen Städten, in Hamburg, in Bremen und für beerbte Ehen nach lübiſchem Recht; ſodann in Pommern im Geltungsbereiche der Bauerordnungen und in Oſt- und Weſtpreußen kraft Provinzialrechts. Das Preuß. A.L.R. ſtellte für ſie ſubſidiäre Regeln auf, die prinzipale Geltung in der Provinz Poſen erlangten. Im B.G.B. iſt ſie als vertragsmäßiger Güterſtand ausführlich geregelt.

Ihrem *rechtlichen Weſen* nach iſt ſie eine das ganze beiderſeitige Vermögen der Zuſtändigkeit nach verſchmelzende Gemeinſchaft zur geſamten Hand mit ungeſonderten und während beſtehender Gemeinſchaft unwirkſamen Anteilen. Durch romaniſierende Theorien, die ſie für eine modifizierte „societas“ oder doch „communio“ erklärten oder ein Alleineigentum des Mannes annahmen oder mit dem Eigentum einer juriſtiſchen Perſon operierten, vielfach verdunkelt, wurde das Prinzip der geſamten Hand gerade für die allgemeine Gütergemeinſchaft in der Lehre vom deutſchrechtlichen Geſamteigentum zuerſt wieder in zunächſt unklarer Weiſe erneuert und endlich (auch im B.G.B.) von neuem rein durchgeführt.

Dem *Umfange* nach ergreift die Gemeinſchaft von Rechts wegen alles gegenwärtige und künftige Vermögen der Ehegatten, das infolge der perſonenrechtlichen Ehegemeinſchaft zum „Geſamtgut“ verſchmilzt; auch Grundſtücke werden ohne Übereignungshandlung gemeinſchaftlich, die Eintragung iſt nur zur Wirkſamkeit gegen gutgläubige Dritte erforderlich. Nur Gegenſtände, die nicht der freien Verfügung des Ehegatten unterliegen (z. B. ein Familienfideikommiß), bleiben der Subſtanz nach Sondergut, während die Einkünfte in das Geſamtgut fallen (B.G.B. § 1431). Geſetzliches Vorbehaltsgut gibt es nicht; doch kann durch Ehevertrag oder Zuwendung eines Dritten Vorbehaltsgut nicht nur der Frau, ſondern auch des Mannes begründet werden.

Das *Geſamtgut* unterliegt der Verwaltung des Mannes als Haupt der Gemeinſchaft (ehemals kraft ſeiner durch die geſamte Hand keineswegs aufgehobenen Munt), jedoch mit Vertretungsmacht der Frau im Bedürfnisfalle. Zur Verfügung über die Subſtanz ſind grundſätzlich nur die Ehegatten gemeinſchaftlich befugt. Nach dem B.G.B. kann der Mann verfügen, bedarf aber der Zuſtimmung der Frau, wenn es ſich um das Vermögen im ganzen oder einen Bruchteil, um die Veräußerung oder Belaſtung eines Grundſtücks oder um eine Schenkung handelt. Dies entſpricht dem bisherigen Durchſchnittsrecht, während in manchen Rechten (z. B. im weſtfäliſchen) die einſeitige Verfügungsmacht des Mannes weiter bemeſſen, in anderen enger begrenzt iſt.

Die allgemeine Gütergemeinſchaft begründet zugleich eine *Schuldengemeinſchaft*, indem für die beiderſeitigen Schulden (mit Ausnahme der von der Frau während der Ehe ohne Zuſtimmung des Mannes rechtsgeſchäftlich eingegangenen Verbindlichkeiten) den Gläubigern das Geſamtgut haftet („Geſamtgutsverbindlichkeiten“). Eine perſönliche Haftung für die Schulden des anderen Ehegatten trifft nach dem B.G.B. nur den Mann, nach anderen Rechten auch die Frau, jedoch regelmäßig mit Vorbehalt der Befreiung durch Preisgabe des Anteils am Geſamtgut. Bei der Auseinanderſetzung werden die im inneren Verhältnis nur einen Gatten belaſtenden Schulden (z. B. Deliktsſchulden), ſoweit ſie aus dem Geſamtgut bezahlt ſind, auf deſſen Anteil angerechnet.

Im Falle der *Beendigung* der Gemeinſchaft bei Lebzeiten beider Ehegatten (durch gerichtliche Aufhebung oder Eheſcheidung) zerfällt das Geſamtgut ſtets in Anteile, und zwar regelmäßig in Hälften (vorbehaltlich des oben § 101 erwähnten Wahlrechts bei der Scheidung). Bei der Auflöſung der Ehe durch den Tod aber entwickelte das deutſche Recht zwei ungleiche Syſteme. 1) Nach dem *Teilungsſyſtem* zerfällt auch hier das Geſamtgut in geſonderte Anteile, deren einer zum Nachlaß des verſtorbenen Ehegatten gehört, während der andere den Auseinanderſetzungsanteil des überlebenden Ehegatten bildet. Nach älteren Rechten ſind die Anteile ungleich, indem der Überlebende einen größeren Anteil (z. B. $^2/_3$) oder auch der Witwer mehr als die Witwe erhält; neuerdings drang die Hälftenteilung durch, jedoch mit Voraus, Übernahmerechten und Erbrecht des Überlebenden. Das Teilungsſyſtem gilt nach B.G.B. wie nach vielen bisherigen Rechten bei unbeerbter Ehe. Oft gilt es auch bei beerbter Ehe, dann aber nicht ſelten in Verbindung mit Leibzuchtsrecht des Überlebenden an den Anteilen der Kinder.

2) Nach dem Konsolidationssystem gehört der Anteil des Verstorbenen nicht zu dessen Nachlaß, ist daher auch einseitiger Verfügung von Todes wegen entzogen. Vielmehr tritt entweder Anwachsung an den Überlebenden („längst Leib, längst Gut", „der Letzte macht die Thür zu") oder Fortsetzung der Gemeinschaft ein. Ersteres besonders bei unbeerbter Ehe. Nach fränkischem Recht aber fällt auch bei beerbter Ehe dem Überlebenden das Alleineigentum an, jedoch beschränkt durch das „Verfangenschaftsrecht", kraft dessen die Liegenschaften den Kindern verfangen und nur mit ihrer Zustimmung veräußerlich sind, oder durch das spätere „Teilrecht", das den Kindern feste anwartschaftliche Anteile sichert. Nach anderen Rechten rücken die Kinder in die Gemeinschaft ein, die nun als fortgesetzte Gütergemeinschaft weiter besteht (unten § 110). In dieser Gestalt gilt das Konsolidationssystem bei beerbter Ehe nach dem B.G.B.

Literatur: Scherer, Die verworrene Lehre der ehelichen Gütergemeinschaft, 1799. Hasse, Revision der Theorie der ehel. G.G., 1808. Phillips, Die Lehre von der ehel. G.G., 1830. Runde, Das eheliche Güterrecht, 1841. Sandhaas, Das fränkische eheliche Güterrecht, 1866. Euler, Zeitschr. f. d. R. X 1 ff. Welter, Handb. über das ehel. Güterr. in Westfalen, 1861. Petersen, Das ehel. Güterr. in Osnabrück, 1863. Hänel, Die ehel. G.G. in Ostfalen, Z. f. R.G. I 273 ff.

§ 104. Die Errungenschaftsgemeinschaft. Die Errungenschaftsgemeinschaft ist ein Güterstand, bei dem nur das während der Ehe durch Arbeit oder Vermögensnutzung erworbene Vermögen (selten auch der Erwerb von Todes wegen oder aus Schenkung) Gesamtgut wird. Bei den Rheinfranken und den Westfalen schon in den Volksrechten (lex Rib. 37, 2, lex Sax. 9) bezeugt, erhielt sich die Errungenschaftsgemeinschaft in fränkischen, hessischen und altwestfälischen Rechten, kommt mehrfach auch in friesischen Rechten vor, wurde nach der Rezeption in Württemberg und anderen Ländern eingeführt und ist im B.G.B. als vertragsmäßiger Güterstand geregelt. Die Rechtsverhältnisse hinsichtlich des Gesamtguts richten sich nach gleichen Regeln wie bei der allgemeinen Gütergemeinschaft; bei der Beendigung gilt regelmäßig das Teilungsprinzip (nach Hälften, jedoch in manchen rheinfränkischen Rechten, wie schon in der lex Rib., nach Schwert- und Kunkelteil von $^2/_3$ und $^1/_3$). Neben dem Gesamtgut aber gibt es Sondergut des Mannes wie der Frau; am Sondergut der Frau hat der Mann gleiche Rechte wie bei der Verwaltungsgemeinschaft, nur fließen die Einkünfte in das Gesamtgut. Außerdem kann Vorbehaltsgut der Frau begründet werden. Die Schuldenverhältnisse sind verwickelt; Gesamtgutsverbindlichkeiten sind hier nicht nur die Gemeinschaftsschulden, sondern auch die Sonderschulden des Mannes und gewisse Sonderschulden der Frau; im Verhältnis der Ehegatten zueinander aber entstehen Ersatz- und Ausgleichungsansprüche, die sich als objektive Schuldverhältnisse zwischen den verschiedenen Massen darstellen.

Literatur: Euler, Z. f. d. R. X 28 ff. J. Held, Die partikuläre Gütergemeinschaft, 1858.

§ 105. Die Fahrnisgemeinschaft. Die Fahrnisgemeinschaft ist aus der Erweiterung der Errungenschaftsgemeinschaft auf alles bewegliche Vermögen hervorgegangen; in fränkischen, aber auch nordischen Rechten (z. B. im Jüt. Low) ausgebildet, ist sie vor allem vom Code civil und vom Badischen Landrecht als gesetzlicher Güterstand eingeführt. Im B.G.B. ist sie als vertragsmäßiger Güterstand geregelt. Gesamtgut ist hier die Errungenschaft und alles bewegliche Vermögen. Sondergut eines Ehegatten sind daher nur eingebrachte und während der Ehe von Todes wegen oder durch Schenkung erworbene Grundstücke und zum unbeweglichen Vermögen gerechnete Rechte. Daneben kann auch hier Vorbehaltsgut der Frau begründet werden. Für das Gesamtgut gelten die Regeln der allgemeinen Gütergemeinschaft; doch tritt fortgesetzte Gütergemeinschaft nur kraft besonderer Vereinbarung ein. Hinsichtlich der Schuldenverhältnisse und der Auseinandersetzung zwischen den verschiedenen Vermögensmassen ergeben sich ähnliche Verwicklungen wie bei der Errungenschaftsgemeinschaft.

Literatur: Schneider Die eheliche Gütergemeinschaft nach französ. R., 1853.

§ 106. Die Gütertrennung. Die Gütertrennung wurde bei uns erst nach der Rezeption in Gestalt des römischen Dotalsystems heimisch, das in einzelnen Gegenden

(Herzogtum Westfalen, Teilen von Hannover, Braunschweig, Waldeck) allgemein, in anderen (z. B. Lippe) für den Adel oder (wie in Mecklenburg, Neuvorpommern, Kurhessen) für Adel und Beamte als gesetzliches Güterrecht durchdrang, meist aber starke deutschrechtliche Abwandlungen erfuhr. Eine der Verwaltungsgemeinschaft angenäherte Gütertrennung gilt in Österreich. Nach dem B.G.B. tritt Gütertrennung von Rechts wegen im Falle der Heirat einer beschränkt geschäftsfähigen Frau ohne Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters und infolge Aufhebung einer Verwaltungs- oder Gütergemeinschaft ein und bildet im übrigen einen vertragsmäßigen Güterstand. Das Wesen der Gütertrennung besteht darin, daß die Ehe grundsätzlich auf das Vermögen nicht einwirkt. Doch schuldet die Frau zu dem ehelichen Aufwande, den an sich der Mann zu tragen hat, einen angemessenen Beitrag aus ihrem Vermögen oder Arbeitserwerbe; gewährt sie mehr, so wird vermutet, daß sie Ersatz nicht begehrt. Und wenn die Frau dem Manne die Verwaltung ihres Vermögens freiwillig überläßt, wird vermutet, daß der Mann freie Verwaltung ohne Rechenschaftspflicht über die Verwendung der Einkünfte haben soll.

§ 107. Besondere Güterarten. Im deutschen Recht finden sich bei verschiedenen Güterrechtssystemen besondere Güterarten, die kraft Eherechts eigenartige Rechtsschicksale haben. Dahin gehören: 1) Die Aussteuer (Brautschatz, Brautwagen, Heimsteuer, Mitgift), d. h. die nach alter Sitte von der Frau für ihren persönlichen Gebrauch und für Einrichtung des Hauswesens mitgebrachte Fahrnis. Sie ist eingebrachtes Frauengut; als ihr Äquivalent erscheint die Gerade (oben § 102). 2) Die Morgengabe (donum matutinum, bisweilen dos), d. h. ein nach alter Sitte vom Manne der Frau am Morgen nach der Hochzeitsnacht gemachtes (frühzeitig als Gabe für die geopferte jungfräuliche Ehre aufgefaßtes und darum der heiratenden Witwe versagtes) Geschenk. Die Morgengabe wird entweder gegeben oder versprochen; in manchen Quellen ist ihr Höchstmaß festgesetzt. Meist geht sie auf die Erben der vorversterbenden Frau über; oft aber nur bei beerbter Ehe. Dagegen steht der im Adelsrecht oft ausgebildete gesetzliche Anspruch auf Morgengabe nur der Witwe zu. 3) Das Wittum (dos), d. h. die aus dem alten Muntschatz (oben § 99) hervorgegangene Vergabung des Mannes an die Frau. Das Wittum wurde entweder als Eigentum (ursal) oder als Leibgedinge (Leibzucht an einem Grundstück oder lebenslängliche Rente) bestellt; die Bestellung erfolgte bei der Eheschließung, das Recht der Frau ruhte aber während der Ehe; durch Wiederverheiratung büßte die Witwe ihr Leibgedinge nicht ein. Nach der Rezeption erhielt sich als Wittum i. e. S. (vidualitium) eine der Frau für den Fall der Witwenschaft zugewandte Versorgung in Gestalt eines Leibgedinges (Witwensitzes), eines Nießbrauches, einer Natural- oder Geldrente, später auch des Einkaufes in die Witwenkasse; zum Teil entwickelte sich ein Rechtsanspruch auf Wittum; meist aber erlosch nun das Wittum durch Verrückung des Witwenstuhls. Daneben entstand schon im Mittelalter aus einer Umbildung des Wittums die Widerlage (Gegenvermächtnis, contrados), eine vom Manne in Höhe des eingebrachten Heiratsgutes zugesicherte Gegengabe, die mit dem Heiratsgut an die Witwe fällt, während dafür der Mann im Falle des früheren Todes der Frau das Heiratsgut behält; auch findet sich ein gesetzlicher Anspruch der adligen Witwe auf „Besserung des Brautschatzes" um die Hälfte. Endlich ging aus der Vermischung des alten Leibgedinges mit der Widerlage das sächsische Leibgedinge (dotalitium) hervor, kraft dessen die adlige Witwe zwischen Herausgabe des Heiratsgutes nebst Widerlage und einer zehnprozentigen Rente des Gesamtbetrages wählen kann; wählt sie die Rente, so verliert sie das Kapital („Leibgut schwindet Hauptgut"), so daß „reiche Witwen arme Kinder machen". 4) Hochzeitsgeschenke gehören im Zweifel den Ehegatten gemeinsam; wechselseitige (Malschatz) sind im Falle der Scheidung zurückzugeben. 5) Nadelgelder (Trüffel-, Spielgelder) sind eine vom Manne der Frau zu völlig freier Verwendung ausgesetzte Rente; sie sind namentlich im hohen Adel üblich.

Kapitel III. Eltern- und Kinderrecht.

§ 108. Personenrechtliche Verhältnisse. Das Eltern- und Kindesverhältnis wird durch eheliche Geburt in rechter Ehe begründet. Seit dem 13. Jahrhundert drang allmählich die Gleichstellung der „Mantelkinder" (durch nachfolgende Ehe legitimierten unehelichen Kinder) mit den ehelichen Kindern im Landrecht und meist auch im Lehnrecht durch; nur dem Rechte des hohen Adels blieb sie fremd. Die Legitimation durch Reskript tilgte nur den Makel der unehelichen Geburt und wurde erst später zur Ehelichkeitserklärung erweitert. Mit dem römischen Recht wurde die Adoption aufgenommen, jedoch zur Annahme an Kindesstatt umgebildet; dem hohen Adel blieb auch sie unbekannt.

Das deutsche Recht schrieb früh den Eltern ein gemeinschaftliches, mit Pflichten verbundenes *Elternrecht* an den Kindern zu; dem Vater gewährte es die Munt, der Mutter aber einen Anteil an der Herrschaft und Fürsorge und beim Wegfall des Vaters entweder eine mütterliche Munt oder doch eine verwandte Macht. Nach der Rezeption wurde die römische väterliche Gewalt dem Namen nach aufgenommen; sie blieb aber inhaltlich die deutschrechtliche Munt. Daneben erhielt sich ein selbständiges Recht der Mutter (in manchen Quellen als „mütterliche Gewalt" bezeichnet). Das B.G.B. hat an die Stelle der väterlichen Gewalt die „elterliche Gewalt" gesetzt, die Recht und Pflicht der Fürsorge für die Person und das Vermögen des Kindes und in beiderlei Hinsicht gesetzliche Vertretungsmacht enthält, daher durchaus die Natur der Munt hat und obervormundschaftlicher Aufsicht und Mitwirkung unterliegt. Die elterliche Gewalt steht zunächst dem Vater zu; die Mutter aber ist neben ihm zur selbständigen Mitausübung der Personensorge (insbesondere bei der Erziehung) berufen, wenn auch dem Vater das entscheidende Wort gebührt. Im Falle der Verhinderung des Vaters oder des Ruhens seiner Gewalt hat die Mutter die volle Ausübung der elterlichen Gewalt. Mit dem Tode des Vaters erlangt die Mutter die alleinige elterliche Gewalt, so daß ein Vormund nicht bestellt wird. Ihre Gewalt unterscheidet sich von der des Vaters nur dadurch, daß ihr auf väterliche Anordnung, eigenen Antrag oder bei besonderem Bedürfnis ein Beistand zu setzen ist, und daß sie durch Wiederverheiratung die Gewalt bis auf die Personensorge einbüßt.

Die *Beendigung* der elterlichen Gewalt trat nach deutschem Recht mit dem Ausscheiden des Kindes aus der Hausgemeinschaft ein. Im gemeinen Recht erhielt sich die Begründung eines eigenen Hausstandes („eigen Feuer und Rauch") als Beendigungsgrund der väterlichen Gewalt (sog. emancipatio tacita s. Saxonica). Ebenso blieb die Heirat der Tochter als Beendigungsgrund der väterlichen Gewalt anerkannt. Das B.G.B. hat beide Beendigungsgründe beseitigt, läßt dagegen die elterliche Gewalt stets mit Eintritt der Volljährigkeit des Kindes enden. Doch hört einerseits mit der Heirat der minderjährigen Tochter die elterliche Personensorge auf. Andererseits behalten, wenn das volljährige Kind unselbständig im Hause bleibt, die Eltern den Anspruch auf häusliche Dienste des Kindes; auch wird in diesem Falle vermutet, daß das Kind, wenn es Beiträge zu den Kosten des Haushaltes leistet, keinen Ersatz fordern und, wenn es sein Vermögen der elterlichen Verwaltung überläßt, freie Verfügung über die Einkünfte einräumen will. Die elterliche Gewalt kann auch verwirkt werden. In gewissen Fällen ruht sie. Endlich ist ihre inhaltliche Einschränkung oder Entleerung durch obervormundschaftliche Entziehung elterlicher Rechte (insbesondere auch des Erziehungsrechts) möglich. — Unabhängig von der elterlichen Gewalt besteht die gegenseitige Unterhaltspflicht zwischen Eltern und Kindern fort.

Das *uneheliche Kind* tritt nur zur Mutter in ein rechtliches Kindschaftsverhältnis; doch hat die Mutter ihm gegenüber keine elterliche Gewalt, sondern nur Personensorge, so daß ein Vormund bestellt werden muß. Im Gegensatz zum älteren deutschen Recht und zum Preuß. L.R. ist das uneheliche Kind auch mit den Verwandten der Mutter in gleicher Weise wie das eheliche Kind verwandt. Dagegen besteht zwischen ihm und dem Vater und dessen Verwandten keine Verwandtschaft im Rechtssinne. Doch

steht in Ansehung der Ehehindernisse die natürliche Verwandtschaft der rechtlichen gleich. Außerdem entspringt ihr ein schon im älteren deutschen Recht entwickelter, im gemeinen Recht erhaltener und im B.G.B. stark erweiterter einseitiger Unterhaltsanspruch des Kindes gegen seinen Erzeuger. Der Beweis der Vaterschaft, den das französische Recht abschneidet (la recherche de la paternité est interdite) und auch deutsche Partikulargesetze (z. B. preuß. v. 24. Apr. 1854) einschränkten, ist unbeschränkt zulässig; nur scheitert er schon an der Feststellung der Unsicherheit der Vaterschaft (infolge des Umganges der Mutter mit mehreren in der Empfängniszeit), während die eheliche Vaterschaft des in der Ehe geborenen Kindes nur durch den Nachweis ihrer Unmöglichkeit widerlegt werden kann.

§ 109. Vermögensrechtliche Wirkungen. Nach deutschem Recht ist das Kind vollkommen erwerbs- und vermögensfähig, sein Vermögen aber bildet, solange es dem Hause angehört, einen Teil des Hausvermögens und unterliegt der vormundschaftlichen Gewere des Vaters und nach seinem Tode der Mutter. Nach der Rezeption mit dem römischen Pekulienrecht vermischt, kam das deutsche Recht mehr und mehr wieder zur Geltung. Heute fließt aus der elterlichen Gewalt sowohl für den Vater wie für die Mutter Verwaltung und Nutznießung am Kindesgut. Die Verwaltung ist obervormundschaftlich beschränkt, aber freier als die des Vormundes gestellt. Die Nutznießung ist ähnlich der ehemännlichen Nutznießung gestaltet, kann aber einerseits bei Wegfall der Verwaltung fortbestehen, andererseits (durch Entziehung, Heirat, Verzicht) selbständig enden. Der elterlichen Nutznießung entzogen ist das freie Vermögen des Kindes.

Dem Kinde stand am Elterngut nach der Idee des Hausvermögens bereits ein anwartschaftliches Recht zu, das sich im Erbenwartrecht äußerte und nach manchen Rechten als ein fester Anteil, durch dessen Ausscheidung der Vater sich freie Verfügung über den Rest verschaffte, aufgefaßt wurde. Allmählich schränkte sich das Recht des Kindes auf den Unterhaltsanspruch und den Anspruch auf eine angemessene Ausstattung (Ausrichtung) beim Ausscheiden aus dem Hause ein. Nach heutigem Recht hat nur die heiratende Tochter einen klagbaren Anspruch auf eine Aussteuer. Doch gilt sonstige Ausstattung, soweit sie nicht maßlos ist, nicht als Schenkung. Das Kind mußte sich das Empfangene stets auf seinen Erbteil anrechnen lassen; als Abfindung vom Erbe wirkte die Ausstattung nur in Verbindung mit einem Erbverzicht, der aber nach manchen Rechten im Zweifel angenommen wurde.

§ 110. Fortgesetzte Hausgemeinschaft. Nach uralter Sitte wurde beim Tode eines Ehegatten die Hausgemeinschaft ohne Vermögensauseinandersetzung zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Kindern fortgesetzt; sie blieben in „ungeteilter Were" sitzen, der überlebende Ehegatte als Haupt der Gemeinschaft, die Kinder als an Stelle des verstorbenen Ehegatten eingerückte Teilhaber. Dabei wirkte das eheliche Güterrecht nach und rief vielfach die Fortdauer der Gemeinschaft bis zum Tode des überlebenden Ehegatten hervor.

Fortgesetzte Verwaltungsgemeinschaft ergab sich daraus, daß der überlebende Ehegatte stets bis zum Ausscheiden der Kinder aus dem Hause, oft aber vorbehaltlich der Ausstattungspflicht lebenslänglich oder bis zur Wiederverheiratung Verwaltung und Nutznießung („Beisitz") am Kindererbe behielt. Nach dem B.G.B. hört jedes Recht des Vaters am Muttererbe und der Mutter am Vatererbe mit der Volljährigkeit des Kindes auf. Sehr häufig aber wird auch heute durch Verfügung von Todes wegen dem überlebenden Ehegatten der Nießbrauch zugewandt.

Fortgesetzte Gütergemeinschaft findet sich in drei Formen. 1) Wo das Gesamtgut in Anteile zerfällt, behält oft gleichwohl der überlebende Ehegatte kraft eines Beisitzrechtes an den Erbteilen der Kinder Verwaltung und Nutzung am Hausvermögen (so namentlich bei der Errungenschaftsgemeinschaft). 2) Wo das Gesamtgut dem überlebenden Ehegatten anfällt, erscheinen trotzdem die Kinder kraft ihrer Anwartschaftsrechte als Teilhaber (so bei der fränk. allg. G.G., oben § 103 a. E.). 3) Echte fortgesetzte

Gütergemeinschaft entsteht, wenn die Kinder und ihre Nachkommen nach Stämmen in die Gemeinschaft einrücken und diese als Gemeinschaft zur gesamten Hand mit ungesonderten Anteilen fortbesteht; der überlebende Ehegatte sitzt mit den Kindern „auf Gedeih und Verderb", so daß auch sein späterer Erwerb in das Gesamtgut fällt, während das sonstige Vermögen und der Erwerb der Kinder ihr Sondergut bilden; er hat die Verwaltung und Nutzung des Gesamtgutes, ist dagegen hinsichtlich der Verfügung in gleicher Weise durch die Kinder beschränkt, wie während der Ehe der Mann durch die Frau. Die fortgesetzte Gütergemeinschaft in dieser Gestalt tritt nach dem B.G.B. bei der allgemeinen Gütergemeinschaft mangels anderer Vereinbarung von Rechts wegen, bei der Fahrnisgemeinschaft kraft Vereinbarung ein.

Die fortgesetzte Hausgemeinschaft wird durch *Ausscheiden* eines Kindes nicht beendigt. Stirbt ein Kind, so findet Erbfolge in sein Sondergut statt; sein anwartschaftlicher oder unausgeschiedener Anteil am Gemeinschaftsgut aber wird nicht vererbt, wächst vielmehr, falls nicht Nachkommen an die Stelle treten, den übrigen Gemeinern (nach B.G.B. den anderen Kindern, in Ermangelung solcher dem überlebenden Ehegatten) an. Scheidet ein Kind aus dem Hause, so pflegt es eine Ausstattung, die es sich auf seinen Anteil anrechnen lassen muß, zu empfangen, behält aber sein Anrecht am Hausvermögen. Möglich ist jedoch die Abschichtung eines Kindes, indem es das ihm Gebührende als Abfindung erhält. Die Abfindung bezieht sich im Zweifel nur auf das vom verstorbenen Ehegatten ererbte Vermögen (verspätete Erbfolge). Bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft aber gilt sie meist als Abfindung vom ganzen Hausvermögen und somit auch vom künftigen Nachlaß des überlebenden Ehegatten (verfrühte Erbfolge). Hierauf beruht die besonders im Lübecker und Hamburger Recht ausgebildete Regel, nach der die abgefundenen Kinder durch die in der Gemeinschaft verbliebenen Kinder vom Erbe des überlebenden Ehegatten und der Geschwister ausgeschlossen werden: „Was in der Were verstirbt, erbt wieder an die Were". Hinsichtlich des Gesamtguts tritt nach B.G.B. der gleiche Erfolg ein, wenn ein Kind (gegen Abfindung oder ohne solche) auf seinen Anteil verzichtet; denn dann wächst der erledigte Anteil wie bei erblosem Tode an.

Beendigt wird die fortgesetzte Hausgemeinschaft durch Tod des überlebenden Ehegatten, durch seine jederzeit zulässige Aufhebungserklärung, durch gerichtliche Aufhebung auf Antrag eines Kindes und durch Wiederverheiratung des überlebenden Ehegatten. Die Auseinandersetzung (Schichtung) erfolgt nach Maßgabe der zur Zeit bestehenden Rechtsverhältnisse; das Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft wird nach Hälften zwischen dem Ehegatten und den Kindern geteilt. Im Falle der Wiederverheiratung lassen manche Rechte eine Teilung auf dem Papier mit bloßer Sicherstellung der Schichtteile der Kinder („Ausspruch") zu.

Literatur: Oben zu § 103. *Freund*, Was in der Were verstirbt, erbt wieder an die Were, 1880.

§ 111. Einkindschaft. Unter dem Namen Einkindschaft (unio prolium) begegnet seit dem 13. Jahrhundert besonders in gütergemeinschaftlichen Rechtsgebieten ein bei Eingehung einer zweiten Ehe geschlossener Vertrag, durch den die Kinder aus früherer Ehe den aus der neuen Ehe zu erwartenden Kindern gleichgestellt werden. Die Einkindschaft wurde in vielen Gesetzen (auch im Preuß. L.R.) anerkannt und geregelt, von anderen Gesetzen aber abgeschafft. Das B.G.B. kennt sie nicht; ältere Einkindschaftsverträge aber sind in Kraft geblieben. Der Vertrag bedurfte gerichtlicher Bestätigung. Seinem rechtlichen Wesen nach ist er ein familienrechtlicher Vertrag, durch den Kinder verschiedener Ehen so gestellt werden, als seien sie Kinder aus *einer* Ehe. Er begründet daher Eltern- und Kinderrecht zwischen dem Stiefvater oder der Stiefmutter und den vereinkindschafteten Kindern und gewährt den Stiefkindern gleiches Erbrecht (gesetzliches Erbrecht mit Pflichtteilsrecht) wie leiblichen Kindern; nach manchen Rechten erzeugt er auch elterliches, vereinzelt auch geschwisterliches Erbrecht. Schon seit dem 17. Jahrhundert aber kam eine in viele Gesetze übergegangene andere Auffassung auf, die in der Einkindschaft einen Erbvertrag erblickt und daher die familienrechtlichen Wirkungen verneint oder beschränkt, den unierten Kindern aber ein im ganzen Umfange unentziehbares

Vertragserbrecht zuspricht (so auch R.Ger. VI Nr. 43, aber nur im Zweifel, vgl. R.Ger. XVII Nr. 32). Vertragsmäßige Abwandlungen begegnen namentlich durch Ausbedingung eines Voraus für die Vorkinder (nach Preuß. L.R. obligatorisch) oder die Kinder der neuen Ehe. Die Einkindschaft endet durch Tod beider Eltern oder aller Kinder, durch gerichtliche Aufhebung, bisweilen auch durch Kinderlosigkeit der zweiten Ehe und durch Ehescheidung (gemeinrechtlich nicht, Seuff. XLI Nr. 194). Eigene Kinder kann man in dritter und weiterer Ehe vereinkindschaften, durch Einkindschaft gewonnene Kinder nicht.

Literatur: Ringelmann, Ueber die historische Ausbildung und rechtliche Natur der Einkindschaft, 1825. Hillebrand, Z. f. d. R. X 420 ff. H. Meyer, Die Einkindschaft, 1900.

Kapitel IV. Vormundschaft.

§ 112. **Altersvormundschaft.** Das altgermanische Vormundschaftsrecht war reines Familienrecht und beruhte auf dem Anfall der Munt an die zum Ersatz des Vaters berufenen Personen. Schon seit der fränkischen Zeit aber entwickelte sich eine ergänzende königliche Obervormundschaft, die von den Richtern gehandhabt wurde. In der zweiten Hälfte des Mittelalters erfuhr die Altersvormundschaft, besonders zuerst in den Städten, wo der Rat die Obervormundschaft übernahm, tiefgreifende Wandlungen im Sinne einer Abschwächung der Munt zu bloßer Vertretungs- und Verwaltungsmacht. Dieses jüngere deutsche Recht wirkte auf das rezipierte römische Recht umbildend ein. Seit dem 18. Jahrhundert nahm der Staat zum Teil das Vormundschaftswesen völlig in seine Hand und bildete es zu öffentlichem Recht mit Beamtenstellung der Vormünder um (am schroffsten Preuß. A. L.R. II 18). Dagegen gestaltete der Code civil das Vormundschaftsrecht mit stark germanischen Einflüssen mehr als Familienrecht aus. In neuerer Zeit ergingen in Deutschland neue Vormundschaftsordnungen vermittelnder Richtung. So vor allem die preußische vom 5. Juli 1875. Sie liegt dem B.G.B. zu Grunde, das das Vormundschaftsrecht als Teil des Familienrechts regelt.

Begründet wurde die Vormundschaft im älteren deutschen Recht durch den (einst durch Anfall an die Sippe vermittelten, dann von Rechts wegen eintretenden) Anfall der Munt über unmündige Waisen an den nächsten und ältesten ebenbürtigen Schwertmagen, den „geborenen" oder „rechten" Vormund. Daneben gab es gekorene Vormünder (oben § 21 II). Im Bedürfnisfall aber wurde ein Vormund gerichtlich gesetzt. In den Städten wurde die gerichtliche Bestätigung auch des geborenen und gekorenen Vormunds üblich. Nach der Rezeption wurde der römische Berufungsgrund der letztwilligen Ernennung durch den Vater aufgenommen, dieses Recht aber auch der Mutter eingeräumt. Allein in allen Fällen wurde die richterliche Bestellung (confirmatio iuris Germanici) nach erfolgter Prüfung zu dem die Vormundschaft begründenden Akt (R.P.O. von 1577 t. 32). Nur im hohen Adel erhielt sich altgermanisches Recht. Das B.G.B. kennt nur bestellte Vormünder, hält aber an den hergebrachten Berufungsgründen fest.

Seiner rechtlichen Stellung nach hatte der geborene Vormund Gewalt an der Person und vormundschaftliche Gewere am Vermögen; er bezog die Nutzungen, hatte aber dafür den Mündel zu unterhalten und zu erziehen; bei der Beendigung hatte er das Stammvermögen unversehrt zurückzugeben und darüber Rechenschaft zu legen; zu Substanzveräußerungen war er nicht befugt. Dagegen hatte der gesetzte Vormund stets nur Vertretung und Verwaltung und mußte über die Einkünfte Rechnung legen. Im späteren Mittelalter wurde dies allgemein; nur die Bewilligung eines Honorars aus den Einkünften blieb zulässig. Nach der Rezeption wurde die römische Unterscheidung von tutela impuberum und cura minorum beseitigt und die Stellung des Vormunds einheitlich geregelt. Das B.G.B. gewährt dem Vormunde eine personenrechtliche Stellung, kraft deren er Recht und Pflicht der Sorge für die Person und das Vermögen des Mündels und in beiderlei Hinsicht Vertretungsmacht hat.

Die Obervormundschaft, die zeitweilig den Vormund jeder Selbständigkeit beraubte, äußert sich heute nur in einer ständigen Aufsicht über die Personensorge und

die Vermögensverwaltung des Vormunds und in der Genehmigungsbedürftigkeit bestimmter Vertretungshandlungen. Zum Teil genügt an Stelle der obervormundschaftlichen Mitwirkung die Mitwirkung eines Gegenvormundes oder Mitvormundes. In gewissem Umfange kann durch väterliche oder mütterliche Anordnung der Vormund von den gesetzlichen Beschränkungen befreit werden. An die ehemaligen Funktionen der Sippe knüpft die französisch-rechtliche Einrichtung des Familienrats an; das B.G.B. ermöglicht die Bildung eines Familienrats, der als ein unter Vorsitz und Leitung des Vormundschaftsrichters beschließendes Kollegium zur Führung der Obervormundschaft berufen werden kann. Als ein besonderes Organ zur Unterstützung des Vormundschaftsgerichts (besonders hinsichtlich der Personensorge) fungiert der Gemeindewaisenrat.

Die Beendigung der Vormundschaft tritt mit der Volljährigkeit des Mündels, dagegen nicht mehr, wie nach dem im französischen Recht und vielen deutschen Partikularrechten festgehaltenen älteren deutschen Recht, mit dessen Verheiratung ein („Heirat macht mündig"). Die Stellung als Vormund kann schon nach den mittelalterlichen Quellen durch den Richter wegen Untreue entzogen werden („balemunden", Sachsenſp. I a. 41). Das B.G.B. kennt neben der Entlassung des Vormunds auf Antrag oder wegen Untauglichkeit auch die Entziehung einzelner Rechte.

Literatur: Kraut in dem oben zu § 97 angeführten Werk. Rive, Geschichte der deutschen Vormundschaft, 1862/75. Graf Chorinski, Das Vormundschaftsrecht Niederösterreichs vom 16. Jahrh. an, 1878.

§ 113. Sonstige Vormundschaft. Der Altersvormundschaft ist die schon im deutschen Mittelalter bekannte Vormundschaft über Entmündigte (Geisteskranke und Geistesschwache, Verschwender, Trunksüchtige) nachgebildet. Eine Vormundschaft mit Fruchtgenuß erhielt sich in der Vormundschaft über Abwesende, die namentlich das sächsische Recht mit der Einweisung des nächsten Erben in das Vermögen eines Verschollenen verknüpfte (oben § 20 II). Die Geschlechtsvormundschaft über unverheiratete mündige Frauen, die ihrem nächsten ebenbürtigen Schwertmagen zustand, über die Witwe aber, falls ihr der Mann nicht unebenbürtig gewesen war, dem nächsten ebenbürtigen Schwertmagen des Mannes anfiel, bedeutete schon nach den Rechtsbüchern nur gerichtliche Beistandschaft. Auch konnte schon im Mittelalter die Frau regelmäßig ihren Vormund beliebig entlassen und wählen. Nach der Rezeption erhielt sich vielfach eine „cura sexus", die aber immer nur als Beistandschaft im Prozeß und oft auch bei einzelnen Rechtsgeschäften wirksam wurde und keinerlei Vertretungs- oder Verwaltungsmacht gab. Ihre letzten Reste waren schon vor dem B.G.B. beseitigt.

Der Vormundschaft für ihren Bereich gleichartig und somit gleich ihr ein personenrechtliches Verhältnis ist die Pflegschaft. Ein Pfleger wird neben einem Träger elterlicher Gewalt oder einem Vormunde im Bedürfnisfalle bestellt, um einzelne Angelegenheiten des Kindes oder Mündels zu besorgen. Nur eine Pflegschaft (hier auch von generellem Umfange) ist für gebrechliche Personen, die in ihrer Geschäftsfähigkeit nicht beschränkt sind, möglich. Dazu tritt die Pflegschaft für Abwesende, für eine Leibesfrucht (als mögliches künftiges Rechtssubjekt), für unbekannte Beteiligte, für ein der Verwaltung entbehrendes Sammelvermögen (d. h. die Sammlergemeinschaft).

Sechstes Buch.
Erbrecht.

Kapitel I. Allgemeine Grundsätze.

§ 114. Das Wesen der deutschen Erbfolge. Die deutsche Erbfolge war ihrem Wesen nach das kraft der Rechtsordnung sich vollziehende Einrücken der nächstverbundenen

Personen in die durch den Tod gerissenen Lücken. Nach der Aufnahme des römischen Rechts haben Gedanken, die im deutschen Erbrecht wurzeln, teils sich behauptet, teils sich neue Geltung verschafft.

I. Das deutsche Erbrecht fließt aus *personenrechtlicher Gemeinschaft*; in erster Linie als Familienrecht aus Verwandtschaft und Ehe, subsidiär aus genossenschaftlicher und herrschaftlicher Verbindung. Im Gegensatz zum römischen Erbrecht ist es menschlicher Willkür grundsätzlich entzogen.

Der *Wille des Erblassers* hatte ursprünglich keine Macht über die Erbfolge (solus Deus heredem facere potest, non homo). Einen Ersatz schufen Rechtsgeschäfte unter Lebenden (unten § 121), die aber ihre Schranke hinsichtlich der Liegenschaften am Erbenwartrecht (oben § 70), hinsichtlich der Fahrnis an der Unwirksamkeit der Verfügungen auf dem Siechbett (oben § 21 IV) fanden. Im späteren Mittelalter kamen Verfügungen von Todes wegen auf, aber nur zur Ergänzung der gesetzlichen Erbfolge (unten § 124). Mit der Rezeption drang das römische Testament ein und entwickelte sich daneben der Erbvertrag. Aber immer blieb für die deutsche Anschauung die gesetzliche Erbfolge die Regel („Wer will wohl und selig sterben, der lasse sein Gut den rechten Erben"), die gewillkürte Erbfolge deren Abwandlung für den Einzelfall. Unsere gesetzliche Erbfolge ist keine „Intestaterbfolge" und darf nicht auf den mutmaßlichen Willen des Erblassers gegründet werden.

Auch der *Wille des Erben* entbehrt der schöpferischen Kraft für den Erbgang; der Erbe rückt von Rechts wegen ein (unten § 115).

II. Die deutsche Erbfolge ist *Nachfolge in die Hinterlassenschaft*. Sie bewirkt den Anfall von Vermögen im Sinne einer objektiven Einheit. Der römische Gedanke der Universalsuccession als Eintritt in die subjektive Einheit, die das Vermögen im Erblasser hatte, war dem deutschen Recht fremd. Wir haben den römischen Gedanken uns zu eigen gemacht, aber nur mit wesentlichen Einschränkungen.

Die deutsche Erbfolge spaltete sich nach *Sondervermögen*, in die der Nachlaß zerfiel. Ungleich wurden vielfach Liegenschaften und Fahrnis vererbt. Unter den Liegenschaften gehen Eigen und Lehen oder hofrechtliches Erbe, Stammgüter und Kaufgüter ihre eigenen Wege. Aber auch aus der Fahrnis werden Sondervermögen ausgeschieden. Der Mann vererbt das Heergewäte (den Inbegriff der kriegerischen Ausrüstung) besonders an die nächsten Schwertmagen (mit Vorzugsrecht des ältesten am Schwert). Die Frau vererbt die Gerade (Gegenstände des weiblichen Gebrauchs und zum Teil auch die Hauseinrichtung) besonders an die nächste Niftel (weibliche und durch Weiber Verwandte). Doch wurde frühzeitig, was nicht ausgesondert wird, als „Erbe" zusammengefaßt (Sachsenſp. I a. 24). Und in den Städten begann die Vereinheitlichung der Erbmasse. Mit der Rezeption drang sie grundsätzlich durch. Doch erhielt sich die Sondererbfolge in gebundene Güter (unten Kap. IV). Partikularrechtlich blieben Heergewäte und Gerade (noch im Preuß. L.R. II 1 § 502 ff. geregelt) in Kraft, sind aber jetzt verschwunden.

Die deutsche Erbfolge war aber Nachfolge in einen *Vermögensinbegriff als Ganzes*, also nicht Sondernachfolge in einzelne Gegenstände, sondern Sondergesamtnachfolge. Daher gingen auch Forderung und Schulden, aber nur mit dem Sondervermögen, zu dem sie gehörten, und die Schulden ohne persönliche Haftung über. Auch in diesem Punkte konnte die römische Universalsuccession das deutsche Recht nicht völlig überwinden (unten § 116).

Literatur: Beseler, Erbverträge Bd. I, 1835. v. Sydow, Darstellung des Erbrechts nach dem Sachsenſp., 1828. Siegel, Das deutsche Erbrecht, 1828.

§ 115. Erwerb der Erbschaft. Der berufene Erbe erwirbt mit dem Tode des Erblassers die Erbschaft von Rechts wegen: „Der Tote erbt den Lebendigen." Er erlangt zugleich die Gewere („le mort saisit le vif"); feierliche Besitzergreifung (anevang) war nur für die leibliche Gewere wichtig. Dieser Satz des deutschen Rechts stammt aus der ursprünglichen Gestalt der Hausgemeinschaft, in der die Kinder bereits als Teilhaber erscheinen, deren anwartschaftliches Recht am Hausvermögen mit dem Wegfall des Familien-

hauptes in gegenwärtiges Recht übergeht; er wurde dann bei aller Erbfolge festgehalten. Eine Steigerung erfuhr er in doppelter Richtung. Einmal bei der Gemeinschaft zur gesamten Hand, bei der, soweit nicht Nachkommen einrücken, Anwachsung stattfindet und somit überhaupt das Erbrecht durch Anwachsungsrecht ersetzt wird. Sodann bei der Lehns- und Fideikommißfolge, bei der das Erbrecht als Ausfluß eines vom ersten Erwerber zugleich für alle seine Nachkommen begründeten anwartschaftlichen Rechts erscheint. Doch ist es unrichtig, alle germanische Erbfolge entweder auf ein ursprüngliches Gesamteigentum oder auf den Erwerb der Gewere für die Nachkommen zurückzuführen.

Der Satz „Der Tote erbt den Lebendigen" wurde im gemeinen Recht durch das röm. R. verdrängt, erhielt sich aber in Partikularrechten, ging in das Preuß. L.R. und (hier nur für die gesetzliche Erbfolge) den Code civil über und liegt dem B.G.B. zu Grunde. Somit vollzieht sich auch heute der Erwerb der Erbschaft durch den Erben von Rechts wegen ohne Wissen und Wollen im Augenblicke des Erbfalls. Gleichzeitig geht der Besitz über. Es gibt keine ruhende Erbschaft. Vielmehr ist stets ein Erbe vorhanden, wenn es auch ungewiß oder unentschieden sein kann, wer der Erbe ist. Soweit ein Bedürfnis vorliegt, wird ein Nachlaßpfleger zur Vertretung des Erben bestellt. Für den römischen Unterschied von Inkapazität und Indignität ist kein Raum; es gibt nur eine Erbunwürdigkeit, die den Anfall der Erbschaft ausschließt (vgl. schon Sachsenfp. III a. 84). Überlebt der Erbe den Erblasser nur um einen Augenblick, so vererbt er (ohne daß es der römischen Transmission bedarf) die Erbschaft auf seinen Erben. Der Erbe braucht jedoch nicht Erbe zu bleiben, kann sich vielmehr der Erbschaft mit der Wirkung entschlagen, daß sein Erwerb rückgängig wird und die Erbschaft als im Augenblicke des Erbfalles vom Nächstberufenen erworben gilt. Doch verliert er dieses Recht nicht nur durch Versäumnis der gesetzlichen Ausschlagungsfrist, sondern auch durch (ausdrückliche oder stillschweigende) „Annahme", die somit Verzicht auf Ausschlagung bedeutet. — Deutschen Ursprungs ist der vom Nachlaßgericht als Zeugnis über das Erbrecht erteilte Erbschein, der eine Vermutung für das Erbrecht begründet und kraft des ihm zu Gunsten Dritter beigelegten öffentlichen Glaubens Legitimationskraft im Verkehr besitzt.

Literatur: Cosack, Der Besitz des Erben, 1877. Behrend, Anevang und Erbengewere, 1885.

§ 116. Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten. Nach älterem deutschen Recht waren, weil die Schulden nur als Passivbestandteile des Vermögens übergingen, nur solche Schulden vererblich, für die ein Gegenwert in das Vermögen gekommen war; somit z. B. nicht Schulden aus Delikt, Spiel, Schenkungsversprechen, Veräußerungsversprechen. Heute ist die Vererblichkeit der Schulden die Regel.

Eine Sonderung der Schulden ergibt sich aus ihrer Zugehörigkeit zu einer besonderen Vermögensmasse. Für die gemeinen Schulden haftete nach dem Recht des deutschen Mittelalters der Erbe nur mit der fahrenden Habe (Sachsenfp. I a. 6 § 2). In süddeutschen Rechten früh und allgemein in den Städten wurde die Haftung der Grundstücke für alle Nachlaßschulden durchgeführt. Bis heute erhielt sich die Nichthaftung der Lehen und Stammgüter für Allodialschulden und dafür die Anerkennung besonderer Lehns- und Fideikommißschulden.

Stets haftete nach deutschem Recht der Erbe nur mit dem Nachlaß; eine persönliche Haftung lud er nur auf sich, wenn er unvorsichtig die Massen vermischte oder sonst Pflichten gegen die Gläubiger verletzte. Im gemeinen Recht drang das römische Prinzip der persönlichen Schuldenhaftung des Erben, abgeschwächt durch das beneficium inventarii, durch. Dagegen erhielt sich in Partikularrechten die beschränkte Erbenhaftung des deutschen Rechts. Auch nach dem B.G.B. haftet der Erbe an sich nur mit dem Nachlaß, muß aber zur Vermeidung persönlicher Haftung bestimmte Maßnahmen behufs Durchführung der beschränkten Haftung ergreifen (der Regel nach Nachlaßverwaltung oder Nachlaßkonkurs; dazu Gläubigeraufgebot und Inventarerrichtung).

Literatur: Lewis, Die Succession des Erben in die Obligationen des Erblassers, 1865.

§ 117. Miterben. Mehrere Erben (Ganerben) bilden nach deutschem Recht eine Gemeinschaft zur gesamten Hand; die einzelnen Rechte und Pflichten gehen ungeteilt auf die Miterben insgesamt über, jedem Miterben aber steht ein Anteil an der Erbschaft als einem Ganzen zu. Im gemeinen Recht drang das römische Recht durch, demzufolge die Miterben an den einzelnen Sachen Miteigentum nach Bruchteilen erlangen, Forderungen und Schulden aber sich von selbst im Verhältnis der Erbanteile spalten. Dagegen erhielt sich in Partikularrechten (besonders im Preuß. L.R.) das deutsche Recht. Auch nach B.G.B. ist die Erbengemeinschaft eine Gemeinschaft zur gesamten Hand; nur über seinen Anteil an der Erbschaft im ganzen kann jeder Miterbe für sich (vorbehaltlich des oben § 80 I 4 erwähnten dinglichen Vorkaufsrechtes der anderen Miterben) verfügen.

Der Miterbe kann Teilung der Gemeinschaft verlangen. Doch war im älteren Recht vertragsmäßiger Ausschluß des Teilungsanspruches möglich und bei bäuerlichen Gemeinderschaften und ritterlichen Ganerbschaften (oben § 34) üblich. Auch nach B.G.B. kann die Teilung vertragsmäßig (vorbehaltlich des Teilungsanspruches aus wichtigem Grunde) oder durch Anordnung des Erblassers (auf 30 Jahre) ausgeschlossen werden. Aufgeschoben wurde das Recht auf Auseinandersetzung durch das Rechtsinstitut des Dreißigsten, das bis zum dreißigsten Tage nach dem Tode den Fortbestand des bisherigen Besitzstandes im Sterbehause sicherte; das B.G.B. hat den Dreißigsten in Gestalt einer gesetzlichen Vermächtnisauflage zu Gunsten im Hause lebender Familienangehöriger aufgenommen (§ 1969). Eine besondere Teilungsart entsprang dem sächsischen Kürrecht, kraft dessen der ältere Miterbe die Teile zu machen, der jüngere zu wählen hat. Bei unteilbaren Sachen begegnet das Recht eines Miterben, die Sache auf ein Geld zu setzen, d. h. einen Schätzungspreis zu bestimmen, für den er die Sache dann nehmen oder überlassen muß. Das B.G.B. kennt gesetzliche Übernahmerechte für den Ehegatten oder die Kinder (bei Landgütern nach dem Ertragswert). Unter Nachkommen galt nach deutschem wie römischem Recht eine Ausgleichungspflicht wegen des Vorausempfangenen; sie ist im B.G.B. unter Einwirkung des deutschen Rechts geregelt.

Literatur: Oben zu § 34. Homeyer, Der Dreißigste, 1864.

Kapitel II. Die gesetzliche Erbfolge.

§ 118. Verwandtenerbfolge. Grundlage der gesetzlichen Erbfolge ist vor allem die Blutsfreundschaft. Nach dem Recht des deutschen Mittelalters mußte sie durch rechte Ehe vermittelt sein. Doch erlangten uneheliche Kinder früh ein Erbrecht gegen die Mutter (anders noch Sachsenſp. I a. 51 § 2) und nach der Rezeption auch gegen die Verwandten der Mutter (anders noch Preuß. L.R.). Dagegen haben sie das vielfach errungene subsidiäre Erbrecht gegen den Vater wieder eingebüßt (auch Brautkinder). Das deutsche Recht fordert ferner Ebenbürtigkeit mit dem Erblasser, was sich nur im hohen Adel erhalten hat. Es berief schließlich Verwandte nur bis zu einem bestimmten (meist dem 7.) Gliede; Partikularrechte hielten an einer Erbrechtsgrenze fest (das österr. R. beruft nur 6 Parentelen); das B.G.B. kennt gleich dem gemeinen Recht keine Grenze.

Die Reihenfolge, in der die Verwandten berufen wurden, bestimmte sich im allgemeinen nach der Parentelenordnung, die freilich durch den Einfluß der Hausgemeinschaft und die damit zusammenhängende Unterscheidung eines engeren und eines weiteren Erbenkreises vielfach abgewandelt wurde, aber überall als Grundprinzip durchschimmert. Die Parentelenordnung, deren Geltung im älteren Recht freilich bis heute von angesehenen (unter sich wieder uneinigen) Germanisten bestritten wird, überwiegend aber anerkannt ist, erhielt sich gegenüber der im gemeinen Recht durchgedrungenen Justinianischen Erbfolgeordnung in einzelnen Partikularrechten, wirkte auf neuere Gesetze (auch auf das Preuß. L.R.) ein und wurde zuerst vom Österr. G.B. wiederhergestellt. Das B.G.B. hat sie zu gemeinem deutschen Recht erhoben. Die Parentelenordnung knüpft an die Gliederung der Sippe in Parentelen (oben § 97) an und beruht somit auf der Ausgestaltung aller Erbfolge als Nachkommenfolge; das Erbe fließt abwärts wie das

Blut, es „klimmt nicht“ oder klimmt doch nicht höher, als erforderlich ist, um wieder einen Erben zu finden. Darum sind, solange Verwandte einer näheren Parentel des Erblassers vorhanden sind, die Verwandten einer ferneren Parentel ausgeschlossen; die Nachkommen gehen allen anderen Verwandten, die Eltern, Geschwister, Geschwisterkinder u. s. w. den Großeltern und deren Nachkommen, diese den Urgroßeltern und deren Nachkommen vor und so fort. Innerhalb der nächsten Parentel ist der dem Erblasser nächststehende Verwandte berufen. Dabei war ursprünglich dem deutschen Recht ein Eintrittsrecht unbekannt; auch in der ersten Parentel wurden die Nachkommen verstorbener Kinder durch lebende Kinder ausgeschlossen und mehrere Enkel oder Urenkel nach Köpfen berufen. Allmählich aber wurde die (aus der Sitte der Abfindung heiratender Kinder erklärliche, in vielen Fällen jedoch als unbillig empfundene) Zurücksetzung der Enkel überwunden und das Eintrittsrecht, nachdem es unter Otto I. durch ein Gottesurteil zunächst für Sohnessöhne erkämpft war, unter Nachkommen allgemein durchgeführt. Später drang das Eintrittsrecht auch in die zweite Parentel ein, in der es jedoch oft nur beschränkt galt (so entschied ja auch für das gemeine Recht der Speierer R.A. v. 1529 § 31, wenn nur Geschwisterkinder erben, für Kopfteilung). Das Österr. G.B. dehnt das Eintrittsrecht auf alle Parentelen aus. Nach B.G.B. gilt das Eintrittsrecht in den drei ersten Ordnungen; in allen drei wird nach Stämmen, in der zweiten und dritten auch nach Linien geteilt. Dagegen unterscheidet von der vierten Ordnung an lediglich Gradesnähe.

Abwandlungen der Parentelenordnung ergaben sich: 1) Aus dem *Geschlechtsvorzuge*. Schon nach den Volksrechten waren die Weiber erbberechtigt, überall aber (außer bei den Westgoten) zurückgesetzt. Bei manchen Stämmen war das liegende Gut überhaupt (l. Sal. 59) oder doch zunächst (l. Angl. et Wer. 1) dem Mannesstamme vorbehalten; dies schränkte sich später auf Stammgüter ein und gilt noch heute bei Haus- und Stammgütern und regelmäßig bei Familienfideikommissen. Bei vielen Stämmen gingen überhaupt im engsten Erbenkreise unter gleich nahen Erbendie Männer vor, so daß (abgesehen von der Gerade) Söhne vor Töchtern, der Vater vor der Mutter, Brüder vor Schwestern erben, dagegen das näher berufene Weib stets den entfernteren Mann ausschließt und im ferneren Kreise das Geschlecht unerheblich ist (Sachsenfp. I a. 17). Zuerst in den Städten und seit dem 14. Jahrhundert allgemein drang die Gleichstellung der Töchter mit den Söhnen u. s. w. im gemeinen Erbrecht durch; nur bei der Erbfolge in Bauergüter erhielt sich der Geschlechtsvorzug unter gleich nahen Erben. Nach manchen Rechten (z. B. fries. u. schweizer.) empfingen die Männer einen größeren Erbteil als die Weiber; so noch nach dem Zürch. G.B. bis zur Revision v. 1887. 2) Ein *Altersvorzug* unter gleich nahen Erben war dem deutschen Recht ursprünglich fremd und wurde nur langsam bei der Sondererbfolge im Adels- und Bauernrecht entwickelt. 3) Aus der Parentelenordnung ergab sich der *Schoßfall*, d. h. der Vorrang der Eltern vor den Geschwistern („Das Kind fällt in der Mutter Schoß“); er erhielt sich vielfach nach der Rezeption (auch im Preuß. L.R.); nach dem B.G.B. gilt er, wenn beide Eltern leben, während, wenn eines von ihnen verstorben ist, dessen Nachkommen kraft Eintrittsrechts miterben. Ebenso werden in den ferneren Parentelen zunächst die Stammhäupter, jedoch nach dem B.G.B. in der zweiten Ordnung Großeltern nur zusammen mit den Nachkommen weggefallener Großeltern und erst in der vierten Ordnung Urgroßeltern allein berufen. Vereinzelt ist aus der Ausdehnung des Schoßfalls ein der Parentelenordnung widersprechender Vorrang aller Aszendenten vor Seitenverwandten hervorgegangen. 4) In fränkischen Gegenden galt vielfach das *Fallrecht*, kraft dessen bei kinderlosen Ehen die Liegenschaften nach dem Tode des überlebenden Ehegatten an die Sippe, von der sie herstammten, zurückfielen. Dies wurde oft zu einem allgemeinen Rückfall der Güter an die Vater- oder Muttermagen erweitert (paterna paternis, materna maternis), in französ. Coutumes und im Code civ. aber in Hälftenteilung zwischen Vater- und Muttermagen verwandelt. Nach dem B.G.B. ergibt sich in der dritten Ordnung aus Linienteilung und Eintrittsrecht das gleiche. Im langob. und alemann. R. begegnet umgekehrt ein Vorzug der Vatermagen vor den Muttermagen, der sich in schweizer. Rechten erhielt. 5) *Halbbürtige* Verwandtschaft steht nach manchen Quellen unter Geschwistern

(Sachsenſp. II a. 20 § 1), nach anderen unter Seitenverwandten überhaupt hinter vollbürtiger Verwandtſchaft um einen Grad zurück. Nach dem B.G.B. bringt in der zweiten und dritten Ordnung das Eintrittsrecht eine ungleiche Behandlung vollbürtiger und halbbürtiger Verwandter mit ſich. 6) Die wichtigſten Abwandlungen der Parentelenordnung bewirkt der Einfluß der Abſchichtung aus der Hausgemeinſchaft (oben § 109 u. 110).

Literatur: Majer, Germaniens Urverfaſſung (Entdeckung der Parantelenordnung), 1798; Deutſche Erbfolge, 1805. Homeyer, Die Stellung des Sachſenſp. zur Parentelenordnung, 1860. Brunner, Das anglonormanniſche Erbfolgeſyſtem 1870. Kohler, Zur Lehre von der Parentelenordnung 1875. — Waſſerſchleben, Das Prinzip der Succeſſionsordn., 1860; Die germaniſche Verwandtſchaftsberechnung, 1864; Das Prinzip der Erbenfolge, 1870. Siegel, Die germaniſche Verwandtſchaftsberechnung, 1853. v. Amira, Erbenfolge und Verwandtſchaftsgliederung nach den niederdeutſchen Rechten, 1874. Schanz, Die Erbfolgeordnung des Sachſenſp. u. das Magd. R., 1883. G. Seelig, Die Erbfolgeordn. des Schwabenſp., 1890. Ficker, Unterſuchungen zur Erbenfolge des oſtgerm. R., 1891/99. — Rosin, Commentatio ad tit. l. Sal. 59 de alode, 1875. O. Opet, Die erbrechtliche Stellung der Weiber zur Zeit der Volksrechte, 1888. Brunner, Z. f. R.G. XXXIV 1 ff. — H. Schulze, Das Recht der Erſtgeburt, 1854. — E. Heymann, Die Grundzüge der Verwandtenerbfolge nach dem Entw. des B.G.B., 1896.

§ 119. Eheliche Erbfolge. Das deutſche eheliche Güterrecht ſorgte ſtets dafür, daß der überlebende Ehegatte mehr empfing, als ſeine Erben empfangen hätten, wenn er zuerſt geſtorben wäre. Manche eherechtliche Vorteile wurden frühzeitig erbrechtlich aufgefaßt, andere nach der Rezeption in erbrechtliche Vorteile verwandelt. Seitdem das röm. R. mit ſeiner kümmerlichen Bedenkung des überlebenden Ehegatten (bonorum possessio unde vir et uxor und Quart der armen Witwe) als gemeines Recht galt, bezeichnete man das in allen Partikularrechten anerkannte ſtärkere Erbrecht des Ehegatten als successio conjugum statutaria oder ſtatutariſche Portion. Die neueren deutſchen Geſetzbücher gewähren meiſt dem überlebenden Ehegatten ein vom ehelichen Güterrecht unabhängiges geſetzliches Erbrecht. Das B.G.B. erhebt es zu gemeinem Recht. Die eheliche Erbfolge, die nach bisherigem Recht bald Geſamtnachfolge in einen Anteil oder das Ganze, bald Sondernachfolge in einen Nießbrauch an einem Anteil oder am Ganzen war, iſt nach B.G.B. ſtets Geſamtnachfolge. Der Ehegatte erbt neben Nachkommen (ohne Rückſicht auf die bisher meiſt erhebliche Kinderzahl) ein Viertel, neben Verwandten der zweiten Ordnung oder neben Großeltern die Hälfte nebſt den kraft geſetzlichen Vorausvermächtniſſes ihm gebührenden Haushaltungsgegenſtänden und Hochzeitsgeſchenken, darüber hinaus das Ganze. Doch iſt das eheliche Erbrecht nicht, wie regelmäßig die ſtatutariſche Portion, im ganzen Umfange unentziehbar; vielmehr hat der Ehegatte nur einen Pflichtteilsanſpruch auf die Hälfte, der ihm aus den Eheſcheidungsgründen entzogen werden kann. Durch Eheſcheidung wird das Erbrecht auch für den ſchuldloſen Teil zerſtört.

§ 120. Heimfallsrechte. In Ermanglung eines berufenen Erben galten im deutſchen Recht Heimfallsrechte, aus denen zum Teil geſetzliche Erbrechte hervorgingen. An den Grundſtücken im Markenverbande war urſprünglich nur ein Erbrecht der männlichen Nachkommen anerkannt, in deren Ermanglung der Heimfall an die Gemeinde (die vicini) eintrat; allmählich wurde das Erbrecht erweitert und das Heimfallsrecht der Gemeinde eingeſchränkt und zuletzt beſeitigt. An den Gütern im hofrechtlichen Verbande blieb das Erbrecht ſtets durch herrſchaftliche Heimfallsrechte beim Fehlen naher Erben beſchränkt; auch nahen Erben gegenüber behauptete der Herr vielfach einen Erbanteil (Beſthaupt). Auch geſetzliche Erbrechte von Körperſchaften am Vermögen ihrer Mitglieder entwickelten ſich; heute noch haben einzelne juriſtiſche Perſonen ein Erbrecht am Nachlaſſe der von ihnen verpflegten oder unterſtützten Perſonen (E.G. a. 139). — Soweit ein näheres Anrecht nicht beſtand, fiel erbloſer Nachlaß an den König. Später kam das Recht auf den erbloſen Nachlaß an die Gerichtsherrn und wurde ſehr zerſplittert. Nach der Rezeption wurde es mehr und mehr mit der Landeshoheit verknüpft und ſteht auch heute dem einzelſtaatlichen Fiskus zu. Doch haben einzelne Städte und Körperſchaften es kraft

Privilegs behauptet (vgl. E.G. a. 140). Im B.G.B. ist das Heimfallsrecht als ein echtes gesetzliches Erbrecht ausgestaltet; nur kann der Fiskus nicht ausschlagen, gilt also stets, wenn andere Erben fehlen oder wegfallen, als endgültiger Erbe vom Augenblicke des Erbfalles an.

Literatur: Gierke, Erbrecht und Vicinenrecht im Edikt Chilperichs, Zeitschr. f. R.G. XII 430 ff. Tomaschek, Das Heimfallsrecht, 1882.

Kapitel III. Gewillkürte Erbfolge.

§ 121. Vergabungen von Todes wegen. Das älteste deutsche Recht kannte eine künstliche Erbenschaffung durch gerichtliche Ansippung unter gleichzeitiger Übertragung bedingter Gewere am Vermögen oder einem Vermögensteil. So die zu Händen eines Salmannes vollzogene fränkische Affatomie oder Anbusung (L. Sal. 16, Rib. 48, 49, Marculf II 18) und die langobardische thingatio (Ed. Rothar. 171, 173, 174). Hieraus entwickelte sich, indem die familienrechtliche Seite verschwand, die rein sachenrechtliche Vergabung von Todes wegen. Sie wurde gleichfalls durch bedingte Investitur eines Grundstücks oder des ganzen Vermögens und oft unter Verwendung von Salmannen vollzogen. Die gesetzlichen Erben waren gegen Verletzung ihres Wartrechts durch ihr Beispruchsrecht geschützt. Die Vergabung von Todes wegen war ein Rechtsgeschäft unter Lebenden mit Wirkung für den Todesfall. Entweder wurde sofortige (oft durch einen kleinen Anerkennungszins betätigte) Eigengewere mit Vorbehalt der Leibzucht eingeräumt oder nur anwartschaftliche Eigengewere, die mit dem Tode des Vergabenden in Wirksamkeit treten sollte, übertragen. Die Vergabungen von Todes wegen, die namentlich auch als gegenseitige Vergabungen vorkommen, waren noch im 16. Jahrhundert allgemein üblich. Dann gingen sie entweder in Erbverträge oder (durch Vermittlung von Widerrufsvorbehalten) in Testamente über. Nur im Bauernrecht blieben sie in einzelnen Landschaften als Gutsabtretung mit Vorbehalt der lebenslänglichen Herrschaft gebräuchlich (Seuff. XXXVII Nr. 51, XLV Nr. 198, XLVI Nr. 34).

Literatur: Pappenheim, Launegild und Garethinx, 1882. R. Schmidt, Die Affatomie der l. Salica, 1891. F. Schupfer, Thinx e Affatomia, 1892. R. Hübner, Die donationes post obitum und die Schenkungen mit Vorbehalt des Nießbrauchs, 1888.

§ 122. Erbverträge. Eine vertragsmäßige Begründung von Erbrecht wurde schon im Mittelalter durch Eheverträge und Einkindschaftsverträge mittelbar herbeigeführt. In Süddeutschland nahmen auch die Vergabungen von Todes wegen frühzeitig die Natur von erbrechtlichen Verträgen an. Allgemein wurden solche Vergabungen von der Jurisprudenz als Erbverträge aufgefaßt und anfangs bekämpft, schließlich aber anerkannt und demgemäß umgebildet. So wurden die Erbverträge ein gemeinrechtliches Institut. Auch die neueren Gesetzbücher lassen sie zu (der Code freilich nur bei Gelegenheit von Eheverträgen zum Vorteil der Ehegatten und ihrer Kinder, das Öst. G.B. nur unter Ehegatten.) So auch das B.G.B.

Seinem rechtlichen Wesen nach ist der Erbvertrag eine vertragsmäßige Verfügung von Todes wegen; zum Unterschiede vom Testament ist er keine „letztwillige" Verfügung, sondern bindender Vertrag; zum Unterschiede von der Vergabung hat er nicht sachenrechtliche, sondern erbrechtliche Wirkungen.

Der Abschluß setzt auf seiten des Erbgebers die Fähigkeit, sich vertragsmäßig zu verpflichten, und die Fähigkeit, von Todes wegen zu verfügen, auf seiten des Erbnehmers Erwerbsfähigkeit voraus. Der Erbvertrag, der gemeinrechtlich formfrei war, bedarf nach B.G.B. gerichtlicher oder notarieller Testamentsform.

Inhaltlich kann der Erbvertrag als Erbeinsetzungsvertrag Erbrecht schaffen oder sichern; er kann einseitiges Erbrecht eines Vertragsteils oder gegenseitiges Erbrecht oder Erbrecht eines Dritten begründen; er kann bedingtes, befristetes oder beliebig beschwertes Erbrecht herstellen. Der Erbvertrag kann aber auch als Vermächtnisvertrag einen bloßen Vermächtnisanspruch begründen; der Vermächtnisvertrag hat die

römische Schenkung von Todes wegen verdrängt. Der Vertragserbe kann eine Gegenleistung (z. B. lebenslängliche Verpflegung) zusagen. Im Erbvertrage können auch einseitige Verfügungen (z. B. Ernennung eines Vormunds oder Pflichtteilsentziehung) getroffen werden, die aber widerruflich bleiben.

Die Wirkung des Erbvertrages ist Schaffung eines vertragsmäßigen Erbrechtes, das der Erbgeber, soweit er sich dies nicht vorbehalten hat, einseitig nicht entziehen, belasten oder schmälern kann. In der Verfügung über sein Vermögen durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden bleibt er unbeschränkt; doch gewährt das bisherige Recht dem Vertragserben ein Anfechtungsrecht gegenüber arglistigen Schenkungen, das B.G.B. einen Bereicherungsanspruch gegen den Beschenkten. Mit dem Tode des Erbgebers tritt das bedungene Erbrecht in gleicher Weise wie auf Grund letztwilliger Verfügung ein.

Die Aufhebung des Erbvertrages erfolgt durch Vertrag in gleicher Form (unter Ehegatten auch durch wechselseitiges Testament); durch einseitigen Rücktritt kraft Vorbehalts oder eines gesetzlichen Rücktrittsgrundes; durch Tod des Vertragserben vor dem Erbfalle, da das Erbrecht unvererblich ist; unter Verlobten auch durch Auflösung des Verlöbnisses, unter Ehegatten durch Nichtigkeitserklärung der Ehe und durch Ehescheidung.

Als Erbverträge wurden auch die Erbverbrüderungen zwischen hochadligen Häusern, — ursprünglich durch ständige Verbrüderung mit gegenseitiger Vergabung begründete Gemeinschaften zur gesamten Hand, denen anwartschaftliche Anfallsrechte entsprangen, — seit der Rezeption mehr und mehr aufgefaßt und eingekleidet. Ihre Besonderheit liegt darin, daß die Häuser als solche einander ein Erbrecht einräumen. Der Erbfall tritt also erst ein, wenn eines der Häuser im Mannesstamme erlischt. Das verbrüderte Haus succediert in dem nach Maßgabe seines eignen Hausrechtes berufenen Haupte.

Literatur: G. Beseler, Die Lehre von den Erbverträgen, 1835/40.

§ 123. Erbverzichte. Der Erbverzicht, der im ältesten deutschen Recht nur als Bestandteil einer feierlichen Absippung begegnet (l. Sal. 60), war schon im Mittelalter zu einem selbständigen Rechtsgeschäft, dem gerichtlichen „Verloben" des Erbes, ausgebildet (Sachsenſp. I a. 13). Nach der Rezeption wurde er zuerst angefochten, dann aber als eine Art des Erbvertrages gemeinrechtlich zugelassen. Alle deutschen Gesetzbücher und mit ihnen das B.G.B. erkennen ihn an. Dagegen schließt ihn der Code civ. (a. 791) schlechthin aus.

Der Abschluß des Erbverzichtes erfolgt durch Vertrag zwischen dem Erblasser und dem Erben. Nicht nur auf gesetzliches Erbrecht, sondern auch auf Erbrecht oder Vermächtnis aus Testament oder Erbvertrag (hier aber nur seitens eines bedachten Dritten) kann verzichtet werden. Nach gemeinem Recht und den meisten Partikularrechten formfrei, fordert der Erbverzicht nach B.G.B. gerichtliche oder notarielle Form. Wird der Verzicht gegen eine Abfindung erklärt, so wird die Abfindung nicht als Erbteil, sondern aus besonderem Titel unter Lebenden erworben.

Die Wirkung ist erbrechtlich: der Verzicht zerstört das Erbrecht. Doch kann diese Wirkung auf den Fall des Erbewerdens bestimmter anderer Personen beschränkt werden; der Verzicht eines Abkömmlings gilt im Zweifel stets nur als Verzicht zu Gunsten der anderen Abkömmlinge und des Ehegatten. Der Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht schließt den auf das Pflichtteilsrecht ein; möglich ist auch Verzicht auf das Pflichtteilsrecht allein. Während nach gemeinem Recht der Verzicht nicht auf das Erbrecht der Nachkommen erstreckt werden konnte, ist nach B.G.B. wie nach den meisten Partikularrechten eine solche Erstreckung nicht nur zulässig, sondern in dem Verzicht eines Abkömmlings auf sein gesetzliches Erbrecht im Zweifel stets zu finden. Der Verzicht auf eine Zuwendung aus Verfügung von Todes wegen wirkt immer nur für die einzelne Verfügung.

Die Erbverzichte adliger Töchter nahmen bei dem hohen Adel und der Reichsritterschaft durch die Einwirkung der Familienautonomie Besonderheiten an. Seit dem 13. Jahrhundert als Mittel benutzt, um die vordringende Gleichstellung der Töchter

abzuwehren, wurden sie nach der Durchsetzung der Erbfolge des Mannesstammes zu mehrerer Sicherheit beibehalten. Die Töchter wurden nun verpflichtet, bei der Verheiratung eine Verzichtungsurkunde auszustellen. Dieser „notwendige" Verzicht ist an sich überflüssig (filia non renuncians pro renunciata habetur); mit ihm kann sich aber ein „freiwilliger" Verzicht (z. B. auf Muttergut) verbinden. Die Erbverzichte der adligen Töchter wirkten stets auch für die Nachkommen. Meist lauten sie aber nicht absolut, sondern nur zu Gunsten des Mannsstammes („bis auf den ledigen Anfall"). Tritt der Fall ein, in dem Spindelmagen berufen werden, so entsteht die vielerörterte Frage, die nicht nur zahlreiche Prozesse, sondern auch blutige Kriege entfacht hat, ob die Erbfolge auf den Regredienterben (den Nächstberufenen vom Stamme der verzichtenden Tochter) zurückspringt oder der Erbtochter (der Tochter oder dem sonstigen nächsten Verwandten des letzten Besitzers) gebührt. Die Entscheidung ist im allgemeinen zu Gunsten der Erbtochter gefallen. In der Tat können Vorbehalte bei notwendigen Verzichten den regelmäßigen Erbgang nicht hindern. Bei freiwilligen Verzichten kommt es auf Willensauslegung an; im Zweifel aber ist auch hier Regredienterbschaft nicht als gewollt anzusehen.

Litteratur: Reyscher, Die Erbverzichte der adligen Töchter, Z. f. D. R. XV 1 ff. v. Neurath, Von der Regredienterbschaft, 1807. R. Friedrich, Die Succession der Regredienterbin und Erbtochter, 1884.

§ 124. Testamente. Letztwillige Verfügungen begegnen im deutschen Recht zuerst in Gestalt der Seelgeräte (Verfügungen pro anima, Gottesgaben), durch die der Erblasser einen Teil der Fahrnis der Kirche oder einer milden Stiftung zuwandte. Sie wurzeln in dem alten Totenteil, der einst dem Toten selbst anfiel und für ihn verwandt oder mit ihm begraben oder verbrannt wurde, dann aber als Seelenteil die Bestimmung empfing, für sein Seelenheil zu dienen. Darum mußten die Erben die Verfügung über den Seelenteil anerkennen; vielfach erhielt sich die Anschauung, daß auch ohne Verfügung „der Seele ihr Teil" gebühre (Schwabensp. L. c. 165). In der zweiten Hälfte des Mittelalters wurden darüber hinaus einseitige und widerrufliche Verfügungen von Todes wegen in Gestalt vor Gericht oder Rat errichteter „Geschäfte" oder „Gemächte" als rechtsverbindlich anerkannt; doch ließen auch sie den gesetzlichen Erbgang unberührt und legten nur den Erben einzelne Vermächtnisse auf. Im weiteren Umfange als das weltliche Recht suchte das kirchliche Recht den Testamenten, für die es eine kanonische Form (coram parocho et duobus testibus) ausbildete, Anerkennung zu verschaffen. In das weltliche Recht fanden Testamente im römischen Sinne erst mit der Rezeption Eingang. Dem heutigen Recht liegt das römische Testamentsrecht zu Grunde, das aber wesentliche Abwandlungen erfahren hat.

Gegenüber der gesetzlichen Erbfolge greift im Gegensatz zu dem römischen Satze „nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest" die Erbfolge aus Testament nur soweit Platz, als letztwillig verfügt ist; ein Anwachsungsrecht gilt nur unter den auf einen gemeinschaftlichen Erbteil eingesetzten Erben und bei ausdrücklicher Ausschließung der gesetzlichen Erbfolge.

Als Testamentsform wurde im gemeinen Recht das römische Privattestament rezipiert, im Leben aber fast verdrängt durch die deutsche gerichtliche Form (persönliche Erklärung des letzten Willens vor Gericht oder persönliche Übergabe eines offenen oder versiegelten Schriftstücks mit der Erklärung, daß dieses den letzten Willen enthalte). Die gerichtliche Form wurde in manchen Partikularrechten (z. B. im Preuß. L.R.) zur alleinigen ordentlichen Testamentsform erhoben. Anderswo wurde ihr die notarielle Form gleichgestellt. Das B.G.B. hat die gerichtliche und die notarielle Form als gleichwertige öffentliche Testamentsformen ausgestaltet. Daneben aber hat es nach dem Vorgange des französischen und österreichischen Rechts die private Form des eigenhändigen (d. h. eigenhändig geschriebenen, unterschriebenen und datierten) Testaments eingeführt. Von den außerordentlichen Testamentsformen ist namentlich das bei Gefahr im Verzuge zulässige Testament vor dem Gemeindevorsteher und zwei Zeugen deutschen Ursprungs. Daneben

ist das Testament an abgesperrten Orten (mündlich vor drei Zeugen), das Militärtestament und das Schiffstestament erleichtert.

Für den Inhalt des Testaments war nach gemeinem wie römischem Recht eine Erbeseinsetzung wesentlich. Während das Preuß. L.R. und das Österr. G.B. hieran noch festhielten, ohne freilich viel mehr als einen Namensunterschied zwischen „Testamenten" und „Kodizillen" zu machen, behandelt das B.G.B. nach dem Vorgange deutscher Partikularrechte und des französischen Rechts alle letztwilligen Verfügungen mit und ohne Erbeseinsetzung gleichmäßig als „Testamente". Die Erbeseinsetzung durch Testament wie Erbvertrag beruft zur Gesamtnachfolge in den Nachlaß oder einen Bruchteil desselben. Sie kann aber im Gegensatz zum römischen Recht nicht nur aufschiebend, sondern auch auflösend bedingt oder befristet sein, so daß anstatt der fideikommissarischen Substitution die Einsetzung eines „Nacherben" hinter dem „Vorerben" möglich ist und die gesetzlichen Erben, wenn die Erbeseinsetzung aufschiebend bedingt oder befristet ist, als Vorerben, wenn sie auflösend bedingt oder befristet ist, als Nacherben eintreten. Doch ist die Bindung des Nachlasses zwar nicht hinsichtlich der Zahl der Nachberufungen, wohl aber zeitlich (30 Jahre oder längere Lebensdauer der Beteiligten) beschränkt. Das Vermächtnis begründet nach dem B.G.B. immer nur eine Forderung gegen den Erben (kein Vindikationslegat). Aus der Auflage entspringt eine Klage auf Vollziehung, bei öffentlichem Interesse auch für die zuständige Behörde.

Mit dem römischen Recht wurde dessen Noterben- und Pflichtteilsrecht in das gemeine Recht aufgenommen. Die Gesetzbücher schafften das formelle Noterbenrecht ab und kennen nur ein materielles Pflichtteilsrecht. Nach B.G.B. steht ein solches den Nachkommen, Vorfahren und Ehegatten, nicht mehr, wie nach gemeinem Recht bei Bevorzugung einer persona turpis und nach Preuß. L.R. unbedingt, Geschwistern zu. Der Pflichtteil wurde gegenüber dem gemeinen Recht vielfach erhöht; nach B.G.B. beträgt er stets die Hälfte des gesetzlichen Erbteils. Der Pflichtteilsberechtigte hat nach B.G.B., wie dies auch für das Preuß. L.R. angenommen wurde (R.Ger. XXI Nr. 50), lediglich eine reine Geldforderung in Höhe des Wertes der Erbteilsquote. Die Entziehung oder Schmälerung des Pflichtteils kann nur aus bestimmten Gründen durch letztwillige Verfügung erfolgen. — Näher an das germanische Recht schließen sich das französische Gesetzbuch (a. 718 sq.) und schweizerische Gesetze (auch Entw. § 495 ff.) an, indem sie dem Erblasser überhaupt nur die Verfügung über den nicht den nächsten Erben vorbehaltenen „verfügbaren Teil" gestatten, so daß der Pflichtteilsberechtigte, wenn er nicht aus einem gesetzlichen Grunde enterbt ist, immer Miterbe ist.

Literatur: Brunner, Der Totenteil in germanischen Rechten, Z. f. R.G. XXXII 107 ff. Auffroy, Évolution du testament en France, 1899. v. Wyß, Z. f. schweiz. R. XIV 68 ff. K. Thomas, Das kanonische Testament, 1897.

§ 125. Gemeinschaftliche Testamente. Als ein Zwischengebilde zwischen Erbvertrag und Testament entwickelten sich die gemeinschaftlichen Testamente, die besonders unter Ehegatten üblich wurden und nach B.G.B. (wie nach Preuß. L.R. und Österr. G.B.) überhaupt nur unter Ehegatten zulässig sind. Das gemeinschaftliche Testament, das nur einfacher Testamentsform bedarf, ist wechselseitig, wenn die Erblasser einander zu Erben einsetzen oder sonst bedenken; gewöhnlich treffen sie dann zugleich Verfügungen über den Nachlaß für den zweiten Todesfall, wobei im Zweifel anzunehmen ist, daß der für diesen Fall eingesetzte Erbe hinsichtlich des Gesamtnachlasses Erbe des Letztlebenden sein und ebenso ein für diesen Fall ausgesetztes Vermächtnis erst mit dem Tode des Letztlebenden anfallen soll. Das gemeinschaftliche Testament ist korrespektiv, wenn die beiderseitigen Verfügungen voneinander abhängig sein sollen, wofür beim wechselseitigen Testament die Vermutung spricht. Dann wird mit der Nichtigkeit oder dem Widerruf der einen Verfügung auch die andere hinfällig. Der Widerruf seitens eines jeden Testators ist zulässig, solange beide Testatoren leben. Nach dem Tode des einen kann der andere widerrufen, wenn er ausschlägt. Sobald er aber auf Grund der Verfügung des Verstorbenen endgültig Erbe geworden ist oder einen anderen erbrechtlichen Vorteil erlangt hat, ist er auch an die eigenen Ver-

fügungen (vorbehaltlich eines Entziehungsrechts aus den Pflichtteilsentziehungsgründen) gebunden.

Literatur: Hasse, Rheinisches Museum II u. III. E. Demuth, Die wechselseitigen Verfügungen von Todeswegen nach allemannisch-zürch. R., 1901.

§ 126. Testamentsvollstrecker. Die Salmannen oder Treuhänder, deren man sich bei den Vergabungen von Todes wegen bediente, wurden auch bei den Seelgeräten und Gemächten beibehalten und verwandelten sich hier in Testamentsvollstrecker (testamentarii, executores, viceheredes), die vom Erblasser die erforderliche Rechtsmacht empfingen, um seine Anordnungen den Erben gegenüber durchzuführen. Das kanonische Recht begünstigte ihre Ernennung, unterstellte sie aber bischöflicher Oberaufsicht. Das Institut der Testamentsvollstrecker blieb auch nach der Aufnahme des römischen Testaments mit seiner Erbeseinsetzung lebendig und wurde in alle neueren Gesetzbücher und so auch ins B.G.B. aufgenommen.

Über das rechtliche Wesen der Testamentsvollstreckung wird seit langer Zeit gestritten. Romanisierende Theorien, die vielfach auf die Gesetze einwirkten und zum Teil das Institut verkümmerten, stempelten die Testamentsvollstrecker zu Vertretern der Erben. Diese Stellung gründete man bald auf ein ausnahmsweise über den Tod hinaus wirkendes Mandat des Erblassers, bald auf eine gesetzliche Vertretungsmacht, die man mit der des Vormundes verglich („executores ultimarum voluntatum tutoribus aequiparantur") oder neuerdings im Sinne eines besonderen Amtes konstruierte. Demgegenüber machten zuerst Germanisten (bes. Beseler) geltend, daß der Testamentsvollstrecker vielmehr ein erbrechtlicher Vertreter des Erblassers auch gegenüber den Erben sei. Andere machten ihn zum Vertreter des Nachlasses. In der Tat ist der Testamentsvollstrecker ein vom Erblasser als Organ seines Willens bestellter Vertrauensmann mit eignem und selbständigem Machtbereich. Er ist aber überhaupt kein Vertreter im technischen Sinne, sondern auch heute ein Treuhänder im Sinne des germanischen Rechts. Als solcher übt er ein eignes Recht in eignem Namen, jedoch in fremdem Interesse aus (oben § 16). Die ihm zu diesem Behuf durch Verfügung von Todes wegen eingeräumte Rechtsmacht ist begrenzt und gebunden, gewährt aber innerhalb ihres Bereiches nach dem B.G.B. ein dingliches Recht am Nachlasse.

Die Berufung zum Testamentsvollstrecker erfolgt unmittelbar oder mittelbar durch letztwillige Verfügung des Erblassers, bedarf aber der Annahme. Mehrere sind im Zweifel zu gesamter Hand berufen.

Auch der Wirkungsbereich des Testamentsvollstreckers richtet sich in erster Linie nach dem Willen des Erblassers. Im Zweifel hat er nicht bloß für die Ausführung der Anordnungen des Erblassers zu sorgen und die Auseinandersetzung unter Miterben herbeizuführen, sondern auch bis zur Erledigung dieser Aufgaben den Nachlaß zu verwalten. Der Erblasser kann ihm aber einen engeren Wirkungskreis (z. B. nur die Ausführung eines Vermächtnisses oder einer Stiftung) anweisen oder einzelne Befugnisse entziehen oder umgekehrt seine Befugnisse erweitern (z. B. durch Einräumung schiedsrichterlicher Macht oder des Rechts zur Bestimmung von Vermächtnissen). Insbesondere kann ihm die dauernde Verwaltung (jedoch nicht über 30 Jahre oder bis zu des Erben oder dem eignen Tode) auch nach Erledigung der anderen Aufgaben übertragen werden. Soweit ihm die Verwaltung zusteht, kann er den Nachlaß in Besitz nehmen, über Nachlaßgegenstände (nur nicht unentgeltlich) verfügen und die Nachlaßrechte gerichtlich geltend machen, während dem Erben diese Befugnisse fehlen. Auch kann er Nachlaßverbindlichkeiten eingehen und ist neben dem Erben als Beklagter aus Nachlaßverbindlichkeiten legitimiert. Seine Machtbefugnisse sind den Erben gegenüber selbständig; er kann gegen sie den Willen des Erblassers auch ohne nachweisliches Interesse einer lebenden Person durchsetzen (vgl. R.Ger. XXV Nr. 62); die Erben können durch Widerspruch seine Tätigkeit nicht lähmen. Allein er ist verpflichtet, seine Befugnisse ordnungsmäßig zu gebrauchen, den Nachlaß gehörig zu verwalten und zu verteilen und (bei längerer Verwaltung jährlich) Rechnung zu legen. Für

die Erfüllung seiner Pflichten ist er sowohl den Erben wie den Vermächtsnisnehmern verantwortlich. Er untersteht aber auch einer ständigen Aufsicht des Nachlaßgerichts. Im Zweifel hat er Anspruch auf angemessene Vergütung.

Beendigt wird die Stellung des Testamentsvollstreckers durch Tod, Kündigung gegenüber dem Nachlaßgericht und Entlassung aus einem wichtigen Grunde.

Literatur: Beseler, Die Lehre von den Testamentsvollstreckern, Z. f. d. R. IX. A. Schultze, Die langobardische Treuhand u. ihre Umbildung zur Testamentsvollstreckung, 1895. A. Sturm, Die Lehre von den Testamentsvollstreckern nach dem B.G.B, 1898.

Kapitel IV. Sondererbfolge.

§ 127. Lehnerbfolge. Die Lehnerbfolge ist, wie sich oben (§ 64) gezeigt hat, eine auf den Kreis der Lehnsfolger beschränkte, ihnen aber durch ein Wartrecht gesicherte Sondererbfolge in einen Vermögensinbegriff. Die Nachkommen des letzten Besitzers dürfen freilich nach gemeinem Recht, wenn sie das Lehen behalten wollen, die Allodialerbschaft nicht ausschlagen und sind also regelmäßig zugleich Gesamtnachfolger; doch tritt die Natur der Lehnsfolge als Sondererbfolge auch bei ihnen hervor, wenn ausnahmsweise die Allodialerbschaft nicht an sie gelangt (R.Ger. XIX Nr. 43). Mit dem Erbfalle geht das Lehen von Rechts wegen auf den im Verhältnis zum letzten Besitzer nächsten Lehnsfolger über. Sind folgefähige Nachkommen des letzten Besitzers vorhanden, so sind sie nach den Regeln der gewöhnlichen Deszendentenfolge (also mit Eintrittsrecht und nach Stämmen) zur Lehnerbfolge berufen. In Ermangelung von Nachkommen erben nach gemeinem Recht die dem Mannsstamme des ersten Erwerbers angehörigen Seitenverwandten des letzten Besitzers das Lehen in der Reihenfolge des Lineal-Gradualsystems (R.Ger. V Nr. 38): es entscheidet die Nähe der Parentel (II F. 50), in der Parentel die Nähe des Grades (II F. 37), jedoch mit der Abwandlung, daß Brudersöhne ein Eintrittsrecht neben Brüdern haben (II F. 11). Doch bestand hierüber eine berühmte Streitfrage; von manchen wurde vielmehr das reine Gradualsystem, von anderen das reine Linealsystem als gemeinrechtlich verfochten; letzteres ging in das Preuß. L.R., das Bayr. Lehnsedikt und andere Partikularrechte über. Ist subsidiär der Weiberstamm berufen, so entscheidet die gewöhnliche Erbfolge hinter dem letzten Besitzer mit der Abweichung, daß Weiber hinter Männern um einen Grad zurückstehen; die Übergehung bei einem früheren Erbfalle ist dem Berufenen unschädlich. — Die lex investiturae kann Abweichungen festsetzen, auch unter Miterben einen Altersvorzug einführen (R.Ger. XIV Nr. 56). Bei den „Erblehen" gelten kraft Gesetzes vielfach andere Regeln.

§ 128. Erbfolge in Stammgüter, Hausgüter und Familienfideikommisse.

I. Bei den Stammgütern (oben § 70) erhielt sich eine gesetzliche Sondererbfolge im Mannsstamm, die meist zur Einzelerbfolge mit Vorzug des höheren Alters wurde; das Folgerecht ist unentziehbares Wartrecht.

II. Bei den Hausgütern (oben § 71) drang schließlich überall Einzelerbfolge in Besitz und Genuß kraft Hausrechts durch; das Folgerecht ist unentziehbares Wartrecht. Die Folgeordnung wird durch das Hausgesetz bestimmt. Sie war stets eine solche mit Vorzug des höheren Alters: Majorat i. w. S. Es gibt aber drei Formen: 1) das Majorat i. e. S., bei dem die gewöhnliche Erbfolgeordnung (im hohen Adel stets Parantelenordnung) mit der Maßgabe gilt, daß unter gleich nahen Erben allein der älteste (also z. B. unter mehreren Neffen der ältere Sohn des jüngeren Bruders vor dem jüngeren Sohn des älteren Bruders) berufen ist; 2) das Seniorat, bei dem der älteste des ganzen Geschlechtes succediert; 3) die Primogenitur (Erstgeburtsordnung), bei der das Alter der Linie und erst an letzter Stelle das Lebensalter entscheidet. Heute ist die Erstgeburtsordnung in Ansehung der hochadligen Hausgüter allgemein durchgedrungen; das Majorat i. e. S. ist verschwunden, das Seniorat kommt noch in Ansehung des Direktoriums gemeinschaftlicher Besitzungen mehrerer Häuser vor. — Tritt subsidiäre Kognatenfolge ein, so succediert im Zweifel

der auf Grund gleicher Folgeordnung nächstberufene Kognat des letzten vom Mannsstamme.

III. Die Erbfolge in Familienfideikommisse (oben § 72) ist Sondererbfolge kraft stifterischer Anordnung. Das Folgerecht ist unentziehbares Wartrecht, das für jeden Berufenen unmittelbar aus dem Willen des Stifters fließt. Darum ist die Ausschließung eines Familiengliedes wegen Mangels eines stiftungsmäßigen Erfordernisses (z. B. Ahnenzahl, Religionsbekenntnis) dem Nachkommen, der dieses Erfordernis erfüllt, unschädlich. Der Anfall des Fideikommißvermögens erfolgt von Rechts wegen. Die Folgeordnung richtet sich nach der Anordnung des Stifters. Hat er nichts verordnet, so gilt die gesetzliche Erbfolgeordnung hinter dem letzten Besitzer, kann daher der Anfall an mehrere Anwärter erfolgen. Fast immer aber ist Einzelerbfolge angeordnet. Der Stifter kann gemeinrechtlich die Folgeordnung beliebig einrichten. Manche Partikularrechte verbieten gewisse Folgeordnungen (wie das Preuß. L.R. bei Landgütern das Seniorat) oder lassen bei Neuerrichtungen überhaupt nur die Erstgeburtsordnung zu (so Bayr., Hannov., Braunschw. R.). Es finden sich neben den Majoratsordnungen hier auch Minoratsordnungen mit Vorzug des jüngeren Alters oder der jüngeren Linie (Minorat i. e. S., Juniorat, Ultimogenitur) und gemischte Ordnungen (z. B. Berufung des jüngsten der ältesten Linie). Sind subsidiär Kognaten berufen, so succedieren sie im Zweifel nach der für den Mannsstamm geltenden Folgeordnung (anders Preuß. L.R.); auch hier aber muß, wenn nichts anderes bestimmt ist, die Nähe zum letzten Besitzer entscheiden. — Vielfach finden sich verbundene Fideikommißstiftungen, indem neben einem Hauptfideikommiß eine Sekundogenitur für eine zweite Linie, eine Tertiogenitur für eine dritte Linie u. s. w. gestiftet ist; dann bleibt der Besitz nach Linien getrennt; rückt die zweite Linie durch Erlöschen der ersten Linie in das Hauptfideikommiß ein, so muß sie ihr bisheriges Fideikommiß an die dritte Linie abgeben.

§ 129. **Erbfolge in Bauerngüter.** Eine besondere Erbfolge in Bauerngüter (oben § 73) war im älteren deutschen Recht vorzugsweise kraft der hofrechtlichen Vererbungsregeln (oben § 68) ausgebildet, wurde dann aber durch Gesetz oder Gewohnheitsrecht im größten Teil Deutschlands allgemeines Recht. Die bäuerliche Erbfolge zielte auf die Erhaltung des wirtschaftlichen Bestandes der Höfe durch Berufung eines einzigen Hofeserben („Anerben") unter billiger Abfindung der Miterben. Sie verbreitete sich namentlich in Verbindung mit der Unteilbarkeit der Höfe, wenn auch beide Rechtsinstitute einander keineswegs notwendig bedingen. In einzelnen Landschaften bestand das alte Anerbenrecht bis heute ununterbrochen fort. Meist aber wurde es aufgehoben und fristete nur in der bäuerlichen Erbsitte ein durch das gesetzlich geltende gemeine Erbrecht stark bedrohtes Dasein. In neuerer Zeit wurden verschiedene Wege eingeschlagen, um dem mittleren ländlichen Grundbesitz wieder ein seine Erhaltung sicherndes Erbrecht zu bieten. Geringen Erfolg hatten bisher die in Bayern (1855) und Hessen (1858) erlassenen Gesetze, nach denen „landwirtschaftliche Erbgüter" als eine Art von Bauernfideikommissen gestiftet werden können. Mit besserem, obschon örtlich verschiedenem Erfolge knüpften in Preußen die Höferechtsgesetze für Hannover (zuerst 1874) und Lauenburg und die Landgüterordnungen für andere Provinzen an das alte Anerbenrecht an, indem sie ihm entsprechende besondere erbrechtliche Regeln für die in eine gerichtliche „Höferolle" oder „Landgüterrolle" eingetragenen Güter aufstellten, jedem Eigentümer aber eines Bauernguts und mehr und mehr auch eines anderen wirtschaftlich selbständigen Landgutes anheimgaben, sein Gut diesem Sonderrecht durch Eintragung zu unterwerfen und durch Löschung wieder zu entziehen. Ähnliche Systeme wurden in Bremen (1876 und 1890) und Oldenburg (1873) eingeführt. In mehreren Staaten endlich wurde das Anerbenrecht als gesetzliches Sonderrecht für bestimmte Güter beibehalten oder wiederhergestellt und nur neu geregelt; so in Baden für die geschlossenen Hofgüter im Schwarzwalde (Ed. v. 1808, Ges. v. 1888 und 1898); in Braunschweig (1858 und 1874); in Schaumburg-Lippe (1870 und 1880); in Mecklenburg; in Preußen regelmäßig auf Grund eines von Amts wegen einzutragenden Grundbuchvermerks für Renten- und Ansiedlungsgüter (G. v. 8. Juli 1896), sowie in

die Erfüllung seiner Pflichten ist er sowohl den Erben wie den Vermächtnisnehmern verantwortlich. Er untersteht aber auch einer ständigen Aufsicht des Nachlaßgerichts. Im Zweifel hat er Anspruch auf angemessene Vergütung.

Beendigt wird die Stellung des Testamentsvollstreckers durch Tod, Kündigung gegenüber dem Nachlaßgericht und Entlassung aus einem wichtigen Grunde.

Literatur: Beseler, Die Lehre von den Testamentsvollstreckern, Z. f. d. R. IX. A. Schultze, Die langobardische Treuhand u. ihre Umbildung zur Testamentsvollstreckung, 1895. A. Sturm, Die Lehre von den Testamentsvollstreckern nach dem B.G.B, 1898.

Kapitel IV. Sondererbfolge.

§ 127. **Lehnerbfolge.** Die Lehnerbfolge ist, wie sich oben (§ 64) gezeigt hat, eine auf den Kreis der Lehnsfolger beschränkte, ihnen aber durch ein Wartrecht gesicherte Sondererbfolge in einen Vermögensinbegriff. Die Nachkommen des letzten Besitzers dürfen freilich nach gemeinem Recht, wenn sie das Lehen behalten wollen, die Allodialerbschaft nicht ausschlagen und sind also regelmäßig zugleich Gesamtnachfolger; doch tritt die Natur der Lehnsfolge als Sondererbfolge auch bei ihnen hervor, wenn ausnahmsweise die Allodialerbschaft nicht an sie gelangt (R.Ger. XIX Nr. 43). Mit dem Erbfalle geht das Lehen von Rechts wegen auf den im Verhältnis zum letzten Besitzer nächsten Lehnsfolger über. Sind folgefähige Nachkommen des letzten Besitzers vorhanden, so sind sie nach den Regeln der gewöhnlichen Deszendentenfolge (also mit Eintrittsrecht und nach Stämmen) zur Lehnerbfolge berufen. In Ermangelung von Nachkommen erben nach gemeinem Recht die dem Mannsstamme des ersten Erwerbers angehörigen Seitenverwandten des letzten Besitzers das Lehen in der Reihenfolge des Lineal-Gradualsystems (R.Ger. V Nr. 38): es entscheidet die Nähe der Parentel (II F. 50), in der Parentel die Nähe des Grades (II F. 37), jedoch mit der Abwandlung, daß Brudersöhne ein Eintrittsrecht neben Brüdern haben (II F. 11). Doch bestand hierüber eine berühmte Streitfrage; von manchen wurde vielmehr das reine Gradualsystem, von anderen das reine Linealsystem als gemeinrechtlich verfochten; letzteres ging in das Preuß. L.R., das Bayr. Lehnsedikt und andere Partikularrechte über. Ist subsidiär der Weiberstamm berufen, so entscheidet die gewöhnliche Erbfolge hinter dem letzten Besitzer mit der Abweichung, daß Weiber hinter Männern um einen Grad zurückstehen; die Übergehung bei einem früheren Erbfalle ist dem Berufenen unschädlich. — Die lex investiturae kann Abweichungen festsetzen, auch unter Miterben einen Altersvorzug einführen (R.Ger. XIV Nr. 56). Bei den „Erblehen" gelten kraft Gesetzes vielfach andere Regeln.

§ 128. **Erbfolge in Stammgüter, Hausgüter und Familienfideikommisse.**

I. Bei den Stammgütern (oben § 70) erhielt sich eine gesetzliche Sondererbfolge im Mannsstamm, die meist zur Einzelerbfolge mit Vorzug des höheren Alters wurde; das Folgerecht ist unentziehbares Wartrecht.

II. Bei den Hausgütern (oben § 71) drang schließlich überall Einzelerbfolge in Besitz und Genuß kraft Hausrechts durch; das Folgerecht ist unentziehbares Wartrecht. Die Folgeordnung wird durch das Hausgesetz bestimmt. Sie war stets eine solche mit Vorzug des höheren Alters: Majorat i. w. S. Es gibt aber drei Formen: 1) das Majorat i. e. S., bei dem die gewöhnliche Erbfolgeordnung (im hohen Adel stets Parantelenordnung) mit der Maßgabe gilt, daß unter gleich nahen Erben allein der älteste (also z. B. unter mehreren Neffen der ältere Sohn des jüngeren Bruders vor dem jüngeren Sohn des älteren Bruders) berufen ist; 2) das Seniorat, bei dem der älteste des ganzen Geschlechtes succediert; 3) die Primogenitur (Erstgeburtsordnung), bei der das Alter der Linie und erst an letzter Stelle das Lebensalter entscheidet. Heute ist die Erstgeburtsordnung in Ansehung der hochadligen Hausgüter allgemein durchgedrungen; das Majorat i. e. S. ist verschwunden, das Seniorat kommt noch in Ansehung des Direktoriums gemeinschaftlicher Besitzungen mehrerer Häuser vor. — Tritt subsidiäre Kognatenfolge ein, so succediert im Zweifel

der auf Grund gleicher Folgeordnung nächstberufene Kognat des letzten vom Mannsstamme.

III. Die Erbfolge in Familienfideikommisse (oben § 72) ist Sondererbfolge kraft stifterischer Anordnung. Das Folgerecht ist unentziehbares Wartrecht, das für jeden Berufenen unmittelbar aus dem Willen des Stifters fließt. Darum ist die Ausschließung eines Familiengliedes wegen Mangels eines stiftungsmäßigen Erfordernisses (z. B. Ahnenzahl, Religionsbekenntnis) dem Nachkommen, der dieses Erfordernis erfüllt, unschädlich. Der Anfall des Fideikommißvermögens erfolgt von Rechts wegen. Die Folgeordnung richtet sich nach der Anordnung des Stifters. Hat er nichts verordnet, so gilt die gesetzliche Erbfolgeordnung hinter dem letzten Besitzer, kann daher der Anfall an mehrere Anwärter erfolgen. Fast immer aber ist Einzelerbfolge angeordnet. Der Stifter kann gemeinrechtlich die Folgeordnung beliebig einrichten. Manche Partikularrechte verbieten gewisse Folgeordnungen (wie das Preuß. L.R. bei Landgütern das Seniorat) oder lassen bei Neuerrichtungen überhaupt nur die Erstgeburtsordnung zu (so Bayr., Hannov., Braunschw. R.). Es finden sich neben den Majoratsordnungen hier auch Minoratsordnungen mit Vorzug des jüngeren Alters oder der jüngeren Linie (Minorat i. e. S., Juniorat, Ultimogenitur) und gemischte Ordnungen (z. B. Berufung des jüngsten der ältesten Linie). Sind subsidiär Kognaten berufen, so succedieren sie im Zweifel nach der für den Mannsstamm geltenden Folgeordnung (anders Preuß. L.R.); auch hier aber muß, wenn nichts anderes bestimmt ist, die Nähe zum letzten Besitzer entscheiden. — Vielfach finden sich verbundene Fideikommißstiftungen, indem neben einem Hauptfideikommiß eine Sekundogenitur für eine zweite Linie, eine Tertiogenitur für eine dritte Linie u. s. w. gestiftet ist; dann bleibt der Besitz nach Linien getrennt; rückt die zweite Linie durch Erlöschen der ersten Linie in das Hauptfideikommiß ein, so muß sie ihr bisheriges Fideikommiß an die dritte Linie abgeben.

§ 129. **Erbfolge in Bauerngüter.** Eine besondere Erbfolge in Bauerngüter (oben § 78) war im älteren deutschen Recht vorzugsweise kraft der hofrechtlichen Vererbungsregeln (oben § 68) ausgebildet, wurde dann aber durch Gesetz oder Gewohnheitsrecht im größten Teil Deutschlands allgemeines Recht. Die bäuerliche Erbfolge zielte auf die Erhaltung des wirtschaftlichen Bestandes der Höfe durch Berufung eines einzigen Hofeserben („Anerben") unter billiger Abfindung der Miterben. Sie verbreitete sich namentlich in Verbindung mit der Unteilbarkeit der Höfe, wenn auch beide Rechtsinstitute einander keineswegs notwendig bedingen. In einzelnen Landschaften bestand das alte Anerbenrecht bis heute ununterbrochen fort. Meist aber wurde es aufgehoben und fristete nur in der bäuerlichen Erbsitte ein durch das gesetzlich geltende gemeine Erbrecht stark bedrohtes Dasein. In neuerer Zeit wurden verschiedene Wege eingeschlagen, um dem mittleren ländlichen Grundbesitz wieder ein seine Erhaltung sicherndes Erbrecht zu bieten. Geringen Erfolg hatten bisher die in Bayern (1855) und Hessen (1858) erlassenen Gesetze, nach denen „landwirtschaftliche Erbgüter" als eine Art von Bauernfideikommissen gestiftet werden können. Mit besserem, obschon örtlich verschiedenem Erfolge knüpften in Preußen die Höferechtsgesetze für Hannover (zuerst 1874) und Lauenburg und die Landgüterordnungen für andere Provinzen an das alte Anerbenrecht an, indem sie ihm entsprechende besondere erbrechtliche Regeln für die in eine gerichtliche „Höferolle" oder „Landgüterrolle" eingetragenen Güter aufstellten, jedem Eigentümer aber eines Bauernguts und mehr und mehr auch eines anderen wirtschaftlich selbständigen Landgutes anheimgaben, sein Gut diesem Sonderrecht durch Eintragung zu unterwerfen und durch Löschung wieder zu entziehen. Ähnliche Systeme wurden in Bremen (1876 und 1890) und Oldenburg (1873) eingeführt. In mehreren Staaten endlich wurde das Anerbenrecht als gesetzliches Sonderrecht für bestimmte Güter beibehalten oder wiederhergestellt und nur neu geregelt; so in Baden für die geschlossenen Hofgüter im Schwarzwalde (Ed. v. 1808, Ges. v. 1888 und 1898); in Braunschweig (1858 und 1874); in Schaumburg-Lippe (1870 und 1880); in Mecklenburg; in Preußen regelmäßig auf Grund eines von Amts wegen einzutragenden Grundbuchvermerks für Renten- und Ansiedlungsgüter (G. v. 8. Juli 1896), sowie in

Westfalen (G. v. 2. Juli 1898). Das B.G.B. behält die Materie dem Landesrecht vor (E.G. a. 64).

Das Anerbenrecht ist seinem *Wesen* nach Sondererbfolge in den Hof mit allem Zubehör. Diese Sondererbfolge ist aber nicht, wie nach älterem Recht, vom Erwerbe der Allodialerbschaft unabhängig, sondern nur einem Miterben zugänglich und notwendig mit Gesamtnachfolge verknüpft. (Vereinzelt ist sogar das Anerbenrecht zu einem persönlichen Anspruch nach Art eines gesetzlichen Vorausvermächtnisses abgeschwächt.) Das Anerbenrecht ist kein Wartrecht (anders bei Erbgütern); es gewährt kein Widerspruchsrecht gegen Verfügungen über das Gut. Die (früher bisweilen vorkommende) Beschränkung des Erblassers in der Verfügung von Todes wegen ist reichsgesetzlich ausgeschlossen.

Anerbe ist stets nur einer unter mehreren gesetzlichen Erben. Nach manchen neueren Gesetzen gilt das Anerbenrecht überhaupt nur unter Nachkommen oder doch nur unter ihnen und unter Geschwistern und deren Nachkommen. Die Person des Anerben hat zunächst der Erblasser (früher oft auch der Gutsherr) zu bestimmen. Im übrigen gilt Vorzug der leiblichen Verwandtschaft, der ehelichen Geburt (auch gegenüber der Mutter), des männlichen Geschlechts und des Mannsstammes. Unter gleich nahe Berufenen entscheidet regelmäßig Erstgeburt, in manchen Gegenden aber Jüngstgeburt. Bei Kolonatgütern mußte der Anerbe zur Wirtschaft tüchtig sein, die Anerbin einen tüchtigen Wirt aufheiraten. Ehrlose und Entmündigte werden auch heute zurückgesetzt. — Mancherlei Abwandlungen bewirkt das eheliche Güterrecht; dem überlebenden Ehegatten steht bisweilen das Anerbenrecht, besonders häufig aber lebenslängliche Leibzucht am Hofe zu. — Mehrere Höfe fallen der Reihe nach an mehrere Anerben.

Die *Miterben* haben einen Anspruch auf Abfindung, die früher im Einzelfalle mit Rücksicht auf die Kräfte des Hofes und die Größe des Allods festgesetzt wurde (so noch in Braunschweig und Oldenburg), heute meist vom Werte des Hofes, jedoch entweder nach niedriger Schätzung („Bruder- und Schwestertaxe") oder mit offenem Voraus für den Anerben ($^1/_3$) und neuerdings nach dem Ertragswerte, berechnet wird. Soweit die Abfindung nicht ausgezahlt wird, kann ihre Eintragung als verzinsliche Kapitalschuld verlangt werden. Das neueste Recht gewährt jedoch den Miterben nur Anspruch auf eine für sie unkündbare, mangels anderer Vereinbarung durch jährlichen Zuschlag von $1^1/_2$ v. H. als Tilgungsrente auszugestaltende „Erbabfindungsrente". Nach alter Sitte werden die Miterben bis zur Selbständigkeit auf dem Hofe gegen Leistung von Mitarbeit unterhalten und erzogen, während inzwischen die Abfindung nicht fällig und nicht verzinst wird; die neueren Gesetze ermöglichen meist eine dieses Verhältnis herstellende Anordnung des Erblassers.

Im Falle der Minderjährigkeit des Anerben trat nach deutschem Bauernrecht in vielen Gegenden die *Interimswirtschaft* (Setzwirtschaft) ein. Der Interimswirt ist ein obrigkeitlich (mit Anspruch der Mutter auf Berücksichtigung eines zweiten Ehemanns) bestellter Vertreter, der kraft eignen Rechtes den Hof besitzt, verwaltet und nutzt, jedoch über die Substanz nicht verfügen kann, zu ordnungsmäßiger Wirtschaft verpflichtet ist und die Hofeslasten tragen, insbesondere auch den Anerben und dessen Geschwister auf dem Hofe unterhalten und erziehen und Ausstattungen und Abfindungen besorgen muß. Sein Recht endet mit Ablauf der „Maljahre" oder mit früherer Entsetzung. Die neueren Gesetze haben das Institut nicht aufgenommen, gewähren aber dem Erblasser die Befugnis, ohne Rücksicht auf Pflichtteilsansprüche dem leiblichen Vater oder der leiblichen Mutter des minderjährigen Anerben eine ähnliche Stellung einzuräumen.

Anstatt durch Erbgang wird überaus häufig die Nachfolge in Bauerngüter durch *Gutsabtretung gegen Altenteil* bewirkt. Nach uralter Sitte, die sich in ganz Deutschland erhalten und nach Aufhebung des Anerbenrechts noch ausgebreitet hat, tritt der altgewordene Bauer den Hof an den Anerben oder einen erwählten Erben ab und bedingt sich dafür einen anständigen Lebensunterhalt als Altenteil (Altvaterrecht, Auszug, Leibgedinge, Leibzucht) aus. Meist wird genau festgesetzt, was als Altenteil zu leisten ist: Wohnung, etwas Landnutzung, wiederkehrende Naturalleistungen mancher Art, Taschengeld. Nähere Bestimmungen über das daraus entspringende Schuldverhältnis

finden sich in allen Ausführungsgesetzen zum B.G.B. (auf Grund E.G. a. 96). Der junge Bauer übernimmt gewöhnlich mit dem Hofe zugleich die Hofesschulden und die Verpflichtung, als nunmehriges Haupt der Familie für Erziehung und Unterhalt und später für Ausstattung und Abfindung der Geschwister zu sorgen. Meist werden die Abfindungen gleich im Gutsabtretungsvertrage festgesetzt. Die Gutsabtretung erscheint so als „erfrühte Erbfolge" und wird namentlich benutzt, um den Erfolg, den das Anerbenrecht sichern soll, unter Lebenden zu erreichen. Ihrem rechtlichen Wesen nach bleibt sie aber Rechtsgeschäft unter Lebenden. Daher bedarf es der Übereignung des Hofes durch Auflassung und Eintragung. Auch das Altenteilsrecht, das nach bisherigem Recht ohne weiteres dinglich war, wird erst durch Eintragung zum dinglichen Recht (teils beschränkte persönliche Dienstbarkeit, teils Reallast). Die Eintragung kann aber jederzeit verlangt werden.

Literatur: v. Miaskowski, Das Erbrecht u. die Grundeigentumsverteilung im Deutschen Reich, 1882/84. Baernreither, Das Stammgütersystem u. das Anerbenrecht, 1882. G. Frommhold, Die rechtliche Natur des Anerbenrechts, 1886; Deutsches Anerbenrecht (Sammlung), 1896. v. Dultzig, Das deutsche Grunderbrecht in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft, 1899. M. Sering, Die Vererbung des ländlichen Grundbesitzes in Preußen, 1897 ff. — Runde, Die Lehre von der Interimswirtschaft, 2. Ausg. 1832. — Runde, Die Rechtslehre von der Leibzucht oder dem Altentheil auf deutschen Bauerngütern, 1805. Hänsel, Die Lehre von dem Auszuge oder der Leibzucht, 1834. W. H. Puchta, Ueber die rechtliche Natur der bäuerlichen Gutsabtretung, 1837.

5.

Bürgerliches Recht

von

Professor J. Kohler
in Berlin.

Einleitung.

§ 1[1]. Durch das B.G.B. ist die langjährige Sehnsucht unseres Volkes nach einem einheitlichen kodifizierten Rechte endlich in Erfüllung gegangen. Mit dem 1. Januar 1900 ist damit eine neue Epoche unseres Rechtslebens angebrochen. Die ungeheure Bedeutung dieser Umwandlung zu ermessen sind wir erst allmählich in der Lage. Nicht nur war unser bisheriges Recht geteilt, zerstückelt, nicht nur trug unser bisheriger Rechtszustand die Keime der Entzweiung in sich, was schon darin sich kundgab, daß die Gebiete des französischen Rechtes sich in ihren wissenschaftlichen Bestrebungen nach Frankreich hin neigten, und die Art und Weise ihrer Rechtspflege zwar immerhin große Vorzüge hatte, aber doch die Gefahr einer antinationalen Strömung nicht ausschloß. Auf der anderen Seite hatte die Romanistik im 19. Jahrhundert einen ganz anderen Charakter angenommen als in früheren Zeiten; sie war unserem Rechtsleben geradezu gefährlich geworden, denn während frühere Perioden sich mit dem römischen Rechte abfinden konnten, indem sie es sich assimilierten und ihrem Wesen anpaßten, kam nun ein ganz anderer Zug: es galt, das römische Recht, soweit es sich in Rom entwickelt hatte und so, wie es Justinian festgesetzt hatte, ohne weiteres bei uns als Gesetz anzunehmen. Die guten Zeiten der Postglossatoren, bei denen das deutsche Recht in das corpus juris hineinfloß, und die guten Zeiten des usus modernus pandectarum, welche sich in kräftiger Weise mit dem römischen Rechte abfanden, waren dahin. Anstatt daß man das corpus juris nach unseren Gedanken interpretierte, interpretierte man es jetzt nach seinen eigenen Gedanken. Man lernte das reine römische Recht kennen, und Männer wie Bangerow glaubten in schrecklicher Verblendung, auch noch für das 19. Jahrhundert das reine römische Recht als geltendes Recht verteidigen zu können, und in Windscheid fand das Bestreben, möglichst das reine römische Recht in scholastischer Weise zu einem gegliederten Denkabschluß zu bringen, seine letzte Entwicklung. Ein weiteres Walten des römischen Rechtes wäre für uns alle verderblich gewesen. Was wir vom Standpunkte unserer modernen Zeit, unseres modernen Rechtsbewußtseins und unserer eigenen schöpferischen Kraft aufstellten, wurde mit dem Satze niedergekämpft: das finde sich nicht im corpus juris, und es sei nicht unser Amt, Recht zu schaffen, noch weniger könnten wir unserem Rechtsbewußtsein irgend welche Kraft und irgend welchen Einfluß auf die Rechtsbildung einräumen.

Das deutsche Recht, dessen Studium in erfreulicher Weise im Aufblühen stand, war fern davon, in der Dogmatik des Rechtes mit den Pandekten wetteifern zu können,

[1] Die Literatur ist, wie sich bei der Neuheit und Schwierigkeit des Gebietes erklärt, meist Kommentarliteratur, die teilweise recht Ersprießliches, teilweise aber auch manches sehr Ungereifte zu Tage gefördert hat. Über den zu Ende gediehenen Planckschen Kommentar vgl. meine Charakteristik im Juristischen Literaturblatt 1902 S. 268 f. Von den Lehrbüchern sind die noch nicht vollendeten von Dernburg und Crome besonders hervorzuheben. Tüchtiges enthält auch Enneccerus-Lehmann. Von den von mir unternommenen 12 Studien zum B.G.B. im Archiv f. bürgerl. R. sind sechs erschienen (die ersten vier auch im Sonderabdruck, 1900, die fünfte im Arch. f. bürgerl. Recht XXI S. 259 und die sechste ebenda XXII S. 1 f.). Von meinem Lehrbuche des bürgerlichen Rechts erscheint in Bälde Band I. Im übrigen kann ich auf die ausgezeichneten literarischen Nachweisungen von Maas im Arch. f. bürgerl. Recht verweisen.

es beschäftigte sich mehr mit geschichtlichen Fragen. Die deutsch-rechtlichen Gedanken, die in der Pandektenpraxis der vorigen Jahrhunderte eine so trauliche Stellung gefunden hatten, waren nun einsam und verwaist. Allmählich brachte man sie an die Oberfläche, und nach verschiedenen Seiten hin wurde das Walten moderner Ideen im heutigen Recht nachgewiesen[1]. Allein da sich ein Gerichtsgebrauch nur schwer dartun ließ, und zwar das römische, nicht aber das deutsche Recht als ohne weiteres angenommen und „rezipiert" galt, so war man in Bezug auf diese Ideen in schwerer Bedrängnis.

Das Streben nach Kodifikation hatte zur Partikulargesetzgebung geführt, einem schon an und für sich sehr unerquicklichen Zustand; aber auch, was hier erzeugt wurde, war durchaus nicht immer hervorragend. Zwar hatte das französische Recht in der Abfassung und im Inhalt große Vorzüge, aber es ist, wie bereits gezeigt, immerhin ein mißlicher Zustand, einen Teil des Volkes in Bezug auf seine Rechtsauffassung nach dem Auslande zu verweisen. Das preußische Landrecht aber, das sich anheischig machte, nicht bloß das Zivilrecht samt dem Handelsrecht, sondern auch das öffentliche Recht in seinen Kreis zu ziehen, war ein Erzeugnis kleinbürgerlicher naturrechtlicher Ideen des 18. Jahrhunderts, ohne Schwung in seiner ganzen Anlage, ohne großen Zug, mit einer erdrückenden Kasuistik und getragen von der Idee, als ob man durch scharfe Reglementierung die großartigen Interessen der Menschheit aufbauen könne, die nur in einer gewissen Freiheit des Geistes zu gedeihen vermögen. Und zu dieser Freiheit gehört insbesondere auch, daß Rechtswissenschaft und Rechtspflege einen gewissen Spielraum haben, um den wechselnden Bedürfnissen der Zeit zu genügen und den Anforderungen der jeweiligen Gegenwart zu entsprechen. Das, was die Rechtsentwicklung auf dem Gebiete des preußischen Landrechtes geleistet hat, war darum nicht immer erfreulich: eine großartige Rechtsprechung unter gewaltiger Erfassung der neuzeitlichen Probleme, der Probleme, die der Übergang von einem Agrar- in einen zukunftsreichen Industriestaat bot, wie sie die französische, englische, amerikanische Spruchpraxis aufwies, fehlte, und die wahre wissenschaftliche Behandlung begann erst verhältnismäßig spät, und zwar durch einen Mann, der aus dem gemeinen Rechte hervorging und die Schule des gemeinen Rechtes in sich trug, nämlich durch Heinrich Dernburg.

Daß die heutige Zeit etwas anderes zu stande bringen könne, hatte das nach verschiedenen Richtungen hin vortreffliche Handelsgesetzbuch bewiesen, und so war auch hier Aussicht vorhanden, etwas zu erzielen, was dem Geist des heutigen Rechts entsprach, was die geschichtliche Schule abschloß und der Neuzeit den Boden bereitete. Während die geschichtliche Schule in der Vergangenheit grübelte, sollte nunmehr die Geschichte der Neuzeit, der Neuzeit mit all ihren Bestrebungen, mit ihrem Ringen und Vollbringen, mit all den individualistischen, kollektivistischen und sozialen Bestrebungen zum Ausdruck kommen.

Die äußere Geschichte des B.G.B. zeigt folgende Momente: Während die deutsche Reichsverfassung ursprünglich nur einige Teile des bürgerlichen Rechts ins Auge faßte, wurde durch kompetenz-kompetenzliche Ausdehnungen der Verfassung des Deutschen Reiches unter dem 20. Dezember 1873 das Reich für das ganze Gebiet des Zivilrechtes zuständig gemacht. Eine Vorkommission unterbreitete dem Bundesrat am 15. April 1874 ein Gutachten über die Art der Behandlung der Arbeiten eines bürgerlichen Gesetzbuches, und am 2. Juli 1874 berief der Bundesrat eine Kommission von 11 Mitgliedern zur Bearbeitung, an deren Spitze der damalige Präsident des Reichsoberhandelsgerichts Pape stand. Hier wurde beschlossen, für die fünf Bücher, aus denen das Gesetz bestehen sollte, fünf Redaktoren zu ernennen, welche Vorentwürfe ausarbeiten sollten, auf Grund derer dann die Kommissionsberatungen zu erfolgen hätten. Im übrigen hüllte sich alles in ein geheimnisvolles Schweigen. Man hörte kaum etwas wispern von allen den Dingen, die in der Kommission vorgingen, und war natürlich mehr und mehr gespannt auf die großartigen

[1] Ich darf hier an meine Entdeckung des Dispositionsnießbrauchs, an meine Arbeit über Annahmeverzug und die Pertinenzen erinnern, schließlich auch an die Arbeiten über Wertrecht und die verschiedenen Gemeinschaftsformen.

und welterschütternden Offenbarungen, die zu Tage treten sollten, wenn die Kommission ihre Arbeiten zum einstweiligen Abschluß gebracht hätte. Gegen Ende 1887 endlich wurde der Entwurf mit Motiven dem Bundesrat überreicht. Da erkannte man sofort, wie über dieser ersten Kommission ein starker Unstern waltete. Man war weit entfernt davon gewesen, die richtigen Leute zu finden. Die zur Kommission gerufenen Praktiker waren keineswegs Männer von freiem Blick und von originaler Schöpferkraft. Noch weniger waren es die zwei Theoretiker, von denen der eine, Windscheid, in öden Abstraktionen lebte und dem frischen Rechtsleben fernstand: er war der Mann, der das Recht so weit destillierte, daß ihm der praktische Kern verloren ging; der die Pflanzen des Rechts in ein Herbarium preßte, und der für die modernen Verkehrsbedürfnisse auch nicht die mindeste Empfindung hatte, ja, es nicht als Eigenschaft der Rechtswissenschaft bezeichnete, sich mit legislativ-politischen, volkswirtschaftlichen Fragen zu beschäftigen; während der andere Theoretiker, Roth, schon lange Zeit in partikularrechtlichen Sammelstudien aufgegangen war.

So war denn auch der Entwurf im höchsten Grade ungenügend, schemenhaft, farblos, abstrakt, in seiner Fassung fast unverständlich. Man erkannte sofort, daß die Kommission mit schwerem Ungeschick gearbeitet und, anstatt frisch ins Leben zu greifen, sich mit formalistischen Abstraktionen abgequält hatte. Denn gearbeitet hatte sie bis zur Erschöpfung, aber nicht das Maß, sondern das Ergebnis der Arbeit kommt in Betracht. Noch schlimmer war es mit den Motiven bestellt, die im höchsten Grade dürftig und arm an schöpferischen Gedanken waren. So mußte denn den patriotisch Gesinnten im Jahre 1888, als er den Entwurf kennen lernte, eine tiefe Verstimmung erfassen, und diese trat denn auch unverhohlen zu Tage. Zu dem formalistischen Ungeschick des Entwurfs gehörte insbesondere das geradezu öde, geisttötende Verweisungssystem, wo von einem Artikel auf den anderen und von diesem wieder auf einen anderen u. s. w. verwiesen wurde, so daß das Ganze einen recht schablonenmäßigen Charakter annahm und die Gefahr nahelegte, daß die sich hiernach bildende Jurisprudenz recht formal und kleinlich ausfallen werde.

Glücklicherweise hat es unsere Geschichte anders gewollt. Man berief am 4. Dezember 1891 eine neue Kommission von 22 Mitgliedern, welche zu einer gründlichen Abänderung berufen war, und diese verstand es, in verhältnismäßig kurzer Zeit aus dem unbrauchbaren Entwurf ein brauchbares Gesetzbuch herauszuarbeiten. Nun kam zu Tage, daß in dem Entwurf eben denn doch etwas enthalten war, was auch der öbeste Formkult nicht austreiben konnte, nämlich die gewaltige deutsche Wissenschaft. Was die deutsche Wissenschaft geschaffen hatte, konnte auch der Entwurf nicht verkennen und trotz all seiner Fehler und all seines Ungeschicks nicht bannen; und als man die öden Schablonen des Entwurfs zerstörte und ein menschlicheres Deutsch herstellte, entstand ein Gesetzbuch, in dem sich die deutsche Wissenschaft wieder erkannte. Dazu kam auch noch, daß, während die erste Kommission jahrelang im Verborgenen gearbeitet hatte, als wie wenn man dort eine Menge geheimnisvoller Weisheit zu Tage zu fördern hätte, der neue Entwurf die Öffentlichkeit nicht scheute, und die Ergebnisse der Beratung ungesäumt an das Publikum gelangten. Im Jahre 1895 wurde der neue Entwurf dem Bundesrat überreicht, und am 18. Januar 1896 kam die Vorlage an den Reichstag, in welchem einiges, aber nicht gar zu viel geändert wurde. Die Kommission des Reichstages hat allerdings einige wesentliche Verbesserungen gebracht, während die Beratungen selber mit den bedeutenden Problemen des Gesetzbuches sich wenig befaßten; Dinge wie der Wildschaden wurden eifriger debattiert als die gewaltigen ziviliſtischen Fragen, die das Gesetzbuch aufrührte. Die zweite und dritte Lesung fanden im Juni und Juli 1896 statt, am 14. Juli wurde die Vorlage durch den Bundesrat angenommen, und am 18. August 1896 erfolgte die Verkündung. So ist das Gesetzbuch geworden[1], ganz gemäß der Geschichte unseres Volkes, die uns so oft das Schauspiel bietet, wie man sich jahrelang in Irrgängen

[1] Zitiert B.G.B. Wo Artikel (a. oder Art.) zitiert werden, ist das Einführungsgesetz gemeint.

bewegte, dann aber im rechten Augenblick zur richtigen Tat erhob. Der Deutsche leidet bisweilen, in gewissen Perioden seiner Entwicklung, an unpraktischer Ideologie, an Formalismus und an verkehrten, abstrakten Bestrebungen; aber im richtigen Augenblick wird der deutsche Faust zum Mann der Tat und erfüllt die Aufgaben des Staates und der Wissenschaft in glänzender Weise.

Der Gesetzgeber hat hiermit seine Aufgabe erfüllt; an uns ist es nunmehr, die Aufgaben der Rechtswissenschaften und Rechtspflege kraftvoll in die Hand zu nehmen. Auch hier werden noch Perioden der formalistischen Kleinheit nicht fehlen; aber wir verzagen nicht: den Deutschen hat der ewige Geist der Geschichte nie verlassen.

A. Allgemeiner Teil.

Erstes Buch.

Rechtsquellen.

§ 2. Als Rechtsquellen dienen nach allgemeinen Grundsätzen Gesetz und Gewohnheitsrecht, und zwar als gleichberechtigt und gleichwertig, Art. 2 B.G.B., so daß Reichsgewohnheitsrecht dem Reichsgesetz, Landesgewohnheitsrecht dem Landesgesetz gleichsteht. Was die Autonomie, d. h. die normgebende Kraft anderer Faktoren, betrifft, so kommen außer den staatlich gestatteten Normierungen der öffentlichen Verbände nur noch die Autonomiebestimmungen von Fürsten und Adel nach Art. 57. 58 B.G.B. in Betracht.

Wir haben es im folgenden hauptsächlich mit Reichsrecht und namentlich mit dem B.G.B. zu tun.

§ 3. Die Fassung des B.G.B. hat zu großen Anständen Anlaß gegeben. Das ist sicher: volkstümlich ist das B.G.B. nicht. Es führt nicht die Sprache wie etwa der code civil, ja, es hat auch nicht einmal die Volkstümlichkeit unseres Handelsgesetzbuches. Es hat ein äußerstes Bestreben nach Abstraktion und will in abstrakten Gebilden die Fülle des Rechts erfassen. Je mehr Fälle man aber unter einen Rechtssatz bringen will, um so allgemeiner und inhaltloser muß der Rechtssatz werden; man muß alles Konkrete herausdestillieren, so daß nur der eine mit einem weiten Begriff verbundene Satz übrig bleibt. Dies ist nach einer Beziehung von Vorteil; denn wenn das Gesetzbuch vom Konkreten ausgeht, so ist es Sache der Wissenschaft, aus dem konkreten Satze die Abstraktion herauszuziehen und die höheren Leitsätze zu bilden; das soll der Wissenschaft erspart bleiben, und darum nimmt das Gesetzbuch die Abstraktion selbst vor, oder es entlehnt sie der Wissenschaft. Diesem Vorteil aber steht der große Nachteil entgegen, daß das Gesetzbuch hierdurch im höchsten Grade unvolkstümlich und dem Volke unverständlich wird. Zu solchen Abstraktionen kann sich das Volk nicht hinaufarbeiten: es kann sich nur etwas denken, wenn man einen konkreten Fall nimmt, und darum haben die volkstümlichen Rechtsbücher fast durchweg konkrete Fälle aufgestellt und hiernach exemplifiziert. Wenn man z. B. einen Rechtssatz vom Rechtsgeschäft oder von der Rechtshandlung ausspricht, so wird dies viel weniger verständlich sein, als wenn man ihn vom Vertrag aussagt; und sagt man ihn vom Vertrag aus, so wird es weniger verständlich sein, als wenn man den Satz bei Gelegenheit des Kaufs vorbringt. Sagt man z. B., der Verkäufer müsse geschäftsfähig sein, dürfe den anderen Teil nicht durch Betrug übervorteilen, dann ist dies viel verständlicher, als wenn ein Gesetzbuch sagt, Geschäftsfähigkeit ist nötig für Rechtshandlungen oder Rechtsgeschäfte, oder wenn es sagt, Betrug bei Rechtshandlungen führe zur Anfechtung.

Das sind also zwei einander ausschließende Vorzüge: will das Gesetz abstrakt sein, so kann es kaum volkstümlich sein; will es volkstümlich sein, so kann es nicht abstrakt sein. Auf solche Weise kann man nur das eine oder andere Übel wählen. Ob allerdings das B.G.B. nicht, wenn es einmal die Bahn der Abstraktion einschlug, zu weit gegangen ist, ob es nicht im einen oder anderen Falle hätte vermitteln können, z. B. in der Art, daß neben der Abstraktion eine Exemplifikation stattgefunden hätte, ist eine andere Frage, und in dieser Beziehung kann dem B.G.B. ein Vorwurf nicht erspart werden.

Ein größerer Vorwurf aber liegt darin: auch wenn man abstrahierte, so hätte man doch dem Verständnis des Gesetzes durch einige Kernworte und insbesondere durch sinnlich kräftige Ausdrücke entgegenkommen können. Dafür hatten aber die Gesetzredaktoren keinen Sinn. Derartige Ausdrücke brauchen durchaus nicht archaistisch zu sein: sie brauchen nicht aus dem Sachsenspiegel zu stammen; man sehe nur z. B., welche mächtigen urdeutschen Kernausdrücke die Rechtssprache noch in der Schweiz besitzt. Ich will nur ein Beispiel hervorheben: das Gesetz gestattet dem Vater, der einen verschwenderischen Sohn hat, das Vermögen, das er ihm hinterläßt, so zu vinkulieren, daß der Kapitalbestand festgelegt ist und ihm nur Früchte des Vermögens zukommen. Das bestimmt das Gesetzbuch in § 2338. Hier wäre es doch nahe gelegen, ein solches Verhältnis durch einen drastischen Ausdruck zu bezeichnen; und wenn man den Ausdruck „vinkulieren" nicht wählen wollte, so hätte man, ebenso wie in Schweizer Rechten, von einer „Verklammerung" des Vermögens sprechen können. Das wäre jedem aus dem Volke sofort verständlich gewesen; es hätte sich leicht eingeprägt, und das Gesetz hätte bedeutend an Volkstümlichkeit gewonnen. Und wie kraftlos sind andere Ausdrücke, wie z. B. „Kraftloserklärung einer Urkunde". Man erklärt die Urkunde nicht für kraftlos, sondern man schlägt sie tot. Hätte man nur mindestens von Todeserklärung einer Urkunde gesprochen; das wäre kräftiger und anschaulicher gewesen, ohne daß die abstrakte Bezeichnungs- und Umfassungskraft Einbuße erlitten hätte. Allerdings gibt es immer Leute, welche alles bildliche als nicht vornehm genug erachten; aber das sind doch Bestrebungen, die seit Goethe überwunden sein sollten.

Im übrigen ist es ein Vorzug des Gesetzbuchs, daß es sich einer allerdings oft bis ins Pedantische getriebenen Konsequenz der Sprache befleißigt; andererseits hat die Fassung durch das veraltete und unelegante Bestreben, stets die Beweislast zu bezeichnen, außerordentlich an Klarheit und Feinheit verloren und an Schwerfälligkeit zugenommen.

Die Kritik hat dem Gesetzbuch vorgeworfen, daß es doktrinär sei; dies ist aber nur zutreffend von der Ausdrucksweise, nicht von seinem Inhalt. Ein doktrinärer Inhalt liegt dann vor, wenn das Gesetz zu unpraktischen Ergebnissen führt, weil man sich durch unrichtige Generalisierung von Begriffen zweifelhafter Güte leiten ließ. Man wird aber kaum behaupten können, daß dies beim B.G.B. der Fall ist; der Fall ist es nur, wenn man das Gesetz sachwidrig behandelt, d. h. nach dem Wort auslegt, ohne zu fragen, ob nicht in den Worten geheime Beschränkungen und Vorbehalte liegen, welche die Vernunft der Sprache von selbst verlangt. So sagt beispielsweise das B.G.B., daß der Gläubiger gegen Empfang der Leistung ein schriftliches Empfangsbekenntnis oder Quittung zu verlangen hat. Eine unvernünftige Behandlung dieses Satzes, § 368, könnte etwa zu folgender Anwendung führen: es sei hiernach selber eine schuldige Leistung des Gläubigers, eine Quittung zu geben; folglich könne er von dem anderen wiederum verlangen, daß er ihm für Erfüllung dieser Leistung, d. h. dafür, daß er eine Quittung ausgestellt hat, eine Quittung gäbe, und so ins Unendliche. Gegen derartige Krokodilschlüsse ist natürlich kein Gesetzbuch gesichert.

Außerdem hat man die Befürchtung gehegt, daß die Eheparagraphen zu ständigen Prozessen zwischen den Ehegatten führten und beide Teile einander tagtäglich vors Gericht rufen möchten, weil etwa der Ehemann eine Entscheidung in Angelegenheiten des gemeinsamen ehelichen Lebens trifft, und die Frau entgegenhält, daß die Art der Entscheidung ein Mißbrauch seines Rechtes sei (§ 1354), — eine Mißlichkeit, die bisher nicht eingetreten ist und wohl auch nie eintreten wird. Der Weg der Rechtspflege ist so schwierig und

umständlich, daß die Ehegatten sich in anderer Weise helfen werden[1]. Nur in ganz hervorragenden Fällen wird man sich an den Richter wenden. Daß man es aber kann, ist eine soziale Notwendigkeit, namentlich für die Ehefrau, wenn sie nicht vollständig unterdrückt werden soll.

Sodann hat man dem Gesetzbuch vorgeworfen, daß es zu romanistisch sei. Das Studium des Gesetzes lehrt vielmehr das Gegenteil. Es ist eines seiner Ruhmestitel, daß es uns eine Menge deutschen Rechtes gerettet hat, das sonst unter dem Ansturm der Windscheidschen Romanistik des 19. Jahrhunderts unfehlbar zu Grunde gegangen wäre. Wo wir im Gesetzbuch nachsehen, finden wir die Spuren des deutschen Rechts, ja, man kann sagen: eine große Menge deutschen Rechts ist uns erst durch das Gesetzbuch wieder verständlich geworden. Als der Entwurf z. B. die Vorschrift aufbrachte, daß Grunddienstbarkeiten nicht ersessen werden könnten, sondern nur durch Einigung und Eintragung ins Grundbuch entstehen, erhob sich dagegen, namentlich auch von seiten der Germanisten, schwerer Widerspruch. Jetzt weiß man, daß das Gesetzbuch hiermit nur einen Grundsatz des deutschen Rechts aufgestellt und damit unser Rechtsleben vor vielen Widerwärtigkeiten und schweren Schäden gewahrt hat. Im übrigen ist das ganze Sachenrecht wesentlich deutschrechtlich, das Familienrecht nahezu vollständig, das Erbrecht vollkommen gesättigt von deutschrechtlichen Gedanken, und selbst im Schuldrecht spüren wir die Grundgedanken des deutschen Rechts. Ebenso im allgemeinen Teil; so ist z. B. gerade die Anfechtung von Rechtshandlungen wesentlich deutschrechtlich, und was Schuldverhältnisse betrifft, so hebe ich nur z. B. die Gestaltung des Kaufs hervor, die Gestaltung der Pacht, die Briefe auf den Inhaber und vor allem die Lehre vom Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen.

Ebenso unzutreffend ist der Vorwurf, daß das Gesetzbuch nicht sozial gedacht sei. Man muß vielmehr sagen, daß, in großer Abweichung von dem bisherigen Recht, gerade die Interessen der niederen Bevölkerung eingehend berücksichtigt sind; die schweren Vorwürfe, die man ihm hier gemacht hat, erweisen sich als unberechtigt, wenn man beispielsweise an die Bestimmungen über die Wohnungsmiete denkt, an die Bestimmungen über Dienstvertrag, an die §§ 826, 829, an die scharfe Behandlung des Wuchers in § 138, an die Gestaltung des Gesellschafts- und Vereinswesens u. s. w. Selbstverständlich hat unser Gesetzbuch nicht das ganze soziale Recht aufzunehmen; dessen Regelung ist großenteils in anderen Reichsgesetzen geschehen, namentlich in der Gewerbeordnung und in den sozialen Versicherungsgesetzen; mit Recht: denn diese Anordnungen gehen großenteils über das Privatrecht hinaus, oder sie bewegen sich in so engbegrenzten gesellschaftlichen Kreisen, daß das allgemeine Gesetzbuch nicht der richtige Ort wäre, um die Bestimmungen aufzunehmen.

Zweites Buch.

Grundgedanken.

§ 4. Unser B.G.B. geht, naturgemäß, von der Privatrechtsordnung aus, d. h. von der Ordnung, wonach das Vermögen, also die Gesamtheit der den Menschen dienenden Gegenstände der Außenwelt, dem Einzelwesen zukommen können; im Gegensatz zu der kommunistischen Ordnung, wonach das Vermögen nur ein Gesamtvermögen des Stammes oder der Familie sein kann. Es geht ferner von dem Satze aus, daß das Einzelwesen, wenn auch nicht unbedingt, doch in einem weiten Kreise über dies Vermögen verfügen, d. h. Änderungen in seiner Rechtsstellung vornehmen kann. Das wirtschaftliche Leben ist daher vielfach ein einzelwesenhaftes (individuelles). Diese einzelwesenhafte Gestaltung

[1] Vor einiger Zeit besuchte mich ein französischer Jurist, um Studien zu machen, wie sich die Verhältnisse der Ehegatten vor den deutschen Vormundschaftsgerichten gestalteten. Man meinte in Paris, es sei etwas Alltägliches, daß hier in Berlin die Ehegatten sich vor Gericht herumzankten. Ich wies den Franzosen an einen unserer Praktiker; da konnte er sich sofort beruhigen.

schließt allerdings das Vorhandensein sozialer (gesellschaftlicher) Bildungen nicht aus, sie schließt nicht aus, daß 1) große Vermögensmassen der Menschheit in solcher Weise zukommen, daß sie der einzelwesenhaften Beherrschung ganz entzogen sind; sie schließt nicht aus, daß 2) Vermögensmassen zwar zunächst der privatrechtlichen Ordnung angehören, in vielen Punkten aber außerhalb der Privatverkehrsordnung stehen. Zur ersteren Gruppe gehört insbesondere Luft und Meer, zur letzteren gehören Straßen, öffentliche Gebäude, Festungen und anderes.

Die Ordnung dieser Gegenstände hängt zu sehr mit dem öffentlichen Rechte zusammen, als daß sie das B.G.B. unternommen hätte. Wir müssen die Regelung also in dem Rechte der Einzelstaaten suchen, dies auch dann, wenn es sich um Eigentum des Deutschen Reichs handelt, das öffentlichen Zwecken gewidmet ist. Nur wenige Bestimmungen der Reichsgesetzgebung bieten hier ausnahmsweise Ordnung und Regel[1].

Noch weniger schließt die Einzelwesenordnung aus, daß Vermögensmassen in bürgerlich-rechtlicher Weise größeren oder kleinen *Verbänden* angehören, die daran einfach nach bürgerlichem Rechte befugt sind. Auf solche Weise kann Vermögen öffentlichen Zwecken gewidmet werden, ohne daß es der bürgerlichen Ordnung entzogen wird, und die bürgerliche Ordnung kann hierdurch ein Mittel sein, um Ziele des öffentlichen Rechts zu verwirklichen.

Aber auch die Verfügungsfreiheit schließt tiefgreifende Schranken nicht aus; sie schließt insbesondere nicht aus: 1. daß die öffentliche Ordnung einer Reihe von Geschäften die Rechtswirksamkeit entzieht; sie schließt nicht aus, daß 2. die öffentliche Ordnung Rechtsfolgen eintreten läßt, die den Erwartungen der Partei nicht entsprechen, und sie schließt endlich 3. nicht aus, daß die öffentliche Ordnung im einzelnen Fall Gegenstände mit Beschlag belegt und der Einzelverfügung entzieht.

§ 5. Die *menschliche Gesellschaft* ist im neugeschichtlichen Geiste erfaßt: die Menschen sind zu Staaten vereinigt, und der Staat ist die höchste und letzte Ordnung, die höchste und letzte Instanz, um die Rechtsstellung eines jeden im Kreise seiner Mitmenschen zu bestimmen: alle anderen, früher so mächtigen Ortsverbände sind unter die Hoheit des Staates gestellt. Die Familie tritt noch als soziale Einrichtung mit einigen wichtigen rechtlichen Folgen hervor, aber sie ist keine Einheit mehr, sie ist nicht mehr Trägerin eines Familienvermögens, höchstens daß noch in einigen altertümlicheren Einrichtungen, wie Familienfideikommissen und Familienstiftungen, Erinnerungen an die ehemalige Gestaltung der Familie als Sonderpersönlichkeit übrig geblieben sind[2].

Rechtssubjekt ist natürlich vor allem der einzelne Mensch, und es gilt der große neuzeitliche Grundsatz, daß jeder Mensch von dem Momente der vollendeten Geburt an Rechtsfähigkeit hat. Dies Prinzip gilt durchaus, es gibt keine Ausnahme; auch der Mißgeburt steht dies Recht zu: ein Funke von Leben genügt, auf daß der Mensch als vollgültiger Erdenbürger in den staatlichen Rechtsschutz aufgenommen wird. Ob dies vom Nützlichkeitsstandpunkte nicht zu weit geht, ist eine andere Frage; unserer heutigen Anschauung entspricht es.

Es gibt keine Sklaven mehr und keine Minderfreien. Damit ist die ganze römische Gesellschaftsordnung, welche ohne Sklaverei nicht verständlich ist, über den Haufen gestürzt, aber auch die mittelalterliche Ordnung der Halbfreien und beschränkt Freien ist verbannt: das ganze mittelalterliche System der Hörigkeit und Gutsherrschaft, das System, wonach der Einzelne unrettbar einem Gesindeverhältnis unterliegt, ist aufgegeben. In dieser Hinsicht hat schon 100 Jahre vorher die französische Umwälzung genügend vorgearbeitet, und schon der bereits ins hundertjährige Jubiläum tretende Code civil hat das Zeichen der Neuzeit aufgepflanzt. Aber es gibt auch keine Friedlosen, keine Geächteten mehr; keine

[1] Wesentlich für den Erwerb des Reichs war in dieser Hinsicht das Gesetz v. 25. Mai 1873, wonach das Eigentum von Gegenständen, die dem dienstlichen Gebrauche gewidmet sind, bei der Übernahme des Dienstes von einem Bundesstaat an das Reich mit überging (vorbehaltlich einer auflösenden Bedingung, § 6, unten S. 583).

[2] Vgl. darüber vortrefflich die Motive des neuen preußischen Fideikommißentwurfs S. 31 f.

staatliche Anordnung kann den Menschen vogelfrei machen und ihm den Rechtsschutz entziehen. Was in dieser Beziehung noch an altertümlichen Einrichtungen vorhanden war, wie bürgerlicher Tod u. s. w., ist im Laufe des 19. Jahrhunderts bereits ausgetilgt worden.

Der Einzelne kann zwar sowohl in seinem äußerlichen Leben als auch in seiner rechtlichen Verfügung höheren Gewalten unterworfen sein, allein dies geschieht nur, soweit es der Zweck, den man verfolgen will, erheischt, und unter möglichster Schonung seiner Persönlichkeit. Es kann eintreten:

1. zur Strafe bezüglich des Strafgefangenen;
2. zur Erziehung (als sog. Zwangserziehung); es kann eintreten
3. im Interesse der Landesverteidigung durch Unterwerfung unter die Militärdienstpflicht; es kann eintreten
4. im Interesse der Hygiene (vgl. das Gesetz betr. die Bekämpfung gemeingefährlicher Krankheiten v. 30. Juni 1900, § 11 ff.); es kann
5. dadurch erfolgen, daß der Staat sogenannte Zwangsgenossenschaften gründet, d. h. unter bestimmten Umständen erklärt, daß alle Personen eines bestimmten Kreises eine Genossenschaft bilden, welche den Einzelnen mehr oder minder beherrscht, aber stets nur in einzelnen bestimmten Beziehungen. Dazu kommt
6. die Unterwerfung unter Vormundschaft und Pflegschaft im Interesse des Minderjährigen oder Entmündigten: diese Unterwerfung hat lediglich die Interessen des Bevormundeten zum Zwecke und soll nicht zur Ausbeutung oder überhaupt zur nutzbaren Ausübung durch die Vormünder führen. Nur nebenbei können hier die Interessen der Familienangehörigen mit in Betracht kommen, wie bei der Bevormundung wegen Verschwendung; und in der elterlichen Gewalt und der damit verbundenen Nutznießung ist noch ein Überrest der alten Familiengutsidee und der alten tutela fructuaria zu erkennen.

Sonst gilt der Grundsatz, daß der Einzelne sich zwar in ein Unterordnungsverhältnis begeben kann, wenn er will, aber das ist sein freier Entschluß. Nun könnte allerdings auch eine solche Selbstunterordnung zu einer Versklavung und Unfreiheit führen, und in unbedachten Augenblicken und in Augenblicken der wirtschaftlichen Notlage könnte der Einzelne dazu vermocht werden, sich in ein Verhältnis dauernder Abhängigkeit zu begeben. Dem steht unsere Rechtsordnung entgegen: eine derartige vertragsmäßige Unterjochung wäre unserem Ideale des Rechts widersprechend. Daher gestattet unser Recht nur eine zeitweilige Hingabe der Persönlichkeit, und eine entgegenstehende Vereinbarung wird auf eine entsprechende kurze Frist zurückgeführt. Ein Dienstverhältnis kann in unkündbarer Weise nur auf fünf Jahre eingegangen werden, § 624 B.G.B., und ein Gesellschaftsvertrag auf Lebenszeit bewirkt nur eine Gesellschaft auf Kündigung, § 724[1]. In gleicher Weise sind auch negative Verträge, Verträge, welche aus dem Lebenskreise eines Menschen gewisse Seiten als unerlaubt ausscheiden, nur in engen Gebieten gestattet; dahin gehört insbesondere das Konkurrenzverbot, das Verbot, welches dem Menschen bestimmte Kreise des Erwerbs untersagt: es ist nur gestattet unter örtlicher, zeitlicher, sachlicher Begrenzung. Auch die Rechtsunfähigkeit der dem Klosterleben Gewidmeten, die noch im Preuß. L.R. in scharfer Weise hervortritt (II 11 § 1199: „Nach abgelegtem Klostergelübde werden Mönche und Nonnen in Ansehung aller weltlichen Geschäfte als verstorben angesehen“[2], ist aufgehoben; nur können die Landesgesetzgebungen wegen des Erwerbs durch Schenkungen und von Todes wegen beschränkende Bestimmungen treffen, Art. 87 B.G.B.

Ausgetilgt ist aber auch die ganze mittelalterliche Ständeordnung, welche die Bevölkerung in verschiedene getrennte Rechtskreise schied und jedem Kreise sein besonderes

[1] Schon ältere Gesetze, welche die Freiheit der Person erstrebten, verboten Dienstverträge für die Lebenszeit, so der Talmud, vgl. Schaffer, Recht nach Talmud S. 79.

[2] Diese Bestimmung hielt man trotz des a. 10 der Preuß. Verfassung für fortbestehend, obgleich die Verfassung genügenden Anhaltspunkt hätte geben können, mit einer so veralteten Ordnung der Sache aufzuräumen.

Recht gab. Nur wenige Überreste sind geblieben, so insbesondere das Recht des hohen Adels mit seiner besonderen Erb- und Familienordnung; außerdem gibt es gewisse Sonderheiten für die Rechtsverhältnisse der Kaufleute; im übrigen kann es nicht ausbleiben, daß gewisse polizeiliche Ordnungen für bestimmte Berufsklassen gelten, allein dies bewirkt nicht eine besondere Normierung des bürgerlichen Rechts, höchstens einige vereinzelte Sonderheiten.

Allerdings sind neuerdings wieder gewisse soziale Ordnungen geschaffen worden, in denen man bestimmten Bevölkerungskreisen eine besondere Rechtsbehandlung angedeihen ließ. Allein das geschah eben, um sie in ihrer weniger begünstigten tatsächlichen Lage und ökonomischen Stellung zu unterstützen. Daher die ganze sogenannte soziale Gesetzgebung, die Fürsorge für die Arbeiter im Verhältnis zum Arbeitgeber, die Fürsorge für die Arbeiter in Krankheitsfällen, die Unterstützung bei Unfall, Alter und Gebrechlichkeit, wozu schließlich noch die Unterstützung bei Arbeitslosigkeit kommen muß. Hier entwickelt sich allerdings eine gewisse Ständeordnung, aber mit ganz anderen Zwecken als die mittelalterliche. Man will hiermit nicht Unterschiede oder Ungleichheiten schaffen, sondern tatsächliche Ungleichheiten mildern und die durch tatsächliche Verhältnisse eingetretene Minderstellung möglichst ausgleichen.

Eine besondere soziale Fürsorge entsteht durch den großen Gedanken der Versicherung, der sich im Mittelalter gebildet hat, aber im wesentlichen der Neuzeit angehört. Man kann die Versicherung durch öffentlichen Zwang durchführen, und das ist teilweise der Gedanke unserer sozialen Gesetzgebung; man kann sie aber auch der bürgerlichen Ordnung überlassen, um auf diese Weise mit Hilfe der Privatrechtsordnung gerade solche Mißlichkeiten zu heben, die durch die Vereinzelung des Vermögens in der Privatrechtsordnung entstanden sind. Ein Hauptsatz, aber auch zugleich ein Hauptnachteil der Einzelwesenordnung ist ja der Satz: Casum sentit dominus. Während der Zeiten der Gemeinschaft sind zerstörende Unglücksfälle von der Gesamtheit zu tragen: es ist ihre Sache, solchen Unglücksfällen möglichst entgegenzutreten, es ist ihre Sache, den Schaden zu decken, wenn das Unglück geschehen ist. Auf diese Weise liegt der Einzelne gleichsam im Schoße der Gesamtheit, die Gesamtheit ist zu Gedeih' und Verderb. Dies ändert sich mit der Einzelvermögensordnung: denn nunmehr hat der Einzelne sämtliche Vorteile des Vermögens, er hat aber auch jeden Unfall zu tragen, der seiner Habe zustößt; und wird sein Gut durch die Elemente hinweggerafft, so bleibt ihm nichts übrig, als den Wanderstab zu ergreifen oder sich der Milde seiner Nachbarn und Genossen anheimzustellen. Hier tritt nun der Versicherungsgedanke auf: gegen eine mäßige Leistung wird das sogenannte Risiko, d. h. die Verderbsmöglichkeit auf einen anderen, meist auf eine Gesamtheit übergewälzt, insbesondere können auch die durch das Risiko Betroffenen eine solche Gesamtheit bilden. Tritt das Unheil ein, so hat der Versicherer, hier also die Gesamtheit, dafür aufzukommen. Auf diese Weise kann das bürgerliche Recht in sich selber die Kräfte finden, seine eigenen Fehler zu verbessern und seine Krankheiten zu heilen; allerdings nicht ohne Unterstützung des öffentlichen Rechts; denn damit auf eine solche großartige Korrekturordnung ein Verlaß ist, müssen derartige Wohlfahrtseinrichtungen unter öffentlicher Kontrolle stehen und sich einer bestimmten Beaufsichtigung unterwerfen. Davon ist noch unten (S. 686 f.) zu handeln.

Drittes Buch.

Personen.

1. Menschen.

§ 6. Die Persönlichkeit des Menschen entsteht mit der vollendeten Geburt (§ 1 B.G.B.) und endet mit dem Tode. Die Ungewißheit zwischen Leben und Tod einer Person aber hat schon im mittelalterlichen Rechte das Institut der Todeserklärung

hervorgerufen, das in die neuzeitlichen Gesetzgebungen übergegangen ist. Das Institut beruht teils auf germanischen Gedanken, teils auf einer Weiterbildung römischer Sätze und hat sich gewohnheitsrechtlich in der verschiedensten Weise gestaltet. Germanisch ist insbesondere die Einweisung der Familie in das Vermögen des Verschollenen in der Art, daß diese Eingewiesenen einstweilen ein bloßes Verwaltungs- oder Genußrecht bekommen, mit der Zeit aber zu wahren Erben aufsteigen. Dieses System, welches sich auch im französischen Rechte findet, hat den Nachteil, daß es an den Augenblick der Verschollenheit anknüpft, während doch die Vermutung nicht eben dafür spricht, daß ein Verschollener bereits in diesem Moment gestorben sei. Die andere Entwicklung ging von dem Satze aus: mit 100 oder mit 70 Jahren muß gesetzlich ein Verschollener für tot gelten, eine Argumentation, die namentlich bei italienischen Schriftstellern häufig ist, sich dann im sächsischen Rechte findet und hier zur der Todeserklärung in dem 70. Lebensjahr geführt hat. Eine weitere Bildung, und zwar eine reine Bildung des germanischen Rechtes, ist die, daß man sagt, eine lang andauernde Verschollenheit erzeuge die Vermutung des Todes, ohne Rücksicht auf das Alter. Dies letztere ist das Vernünftigere, denn irgend eine Vermutung, daß die Leute alt werden oder gar das 70. Lebensjahr erreichen, entbehrt jeder Grundlage. Dagegen ist es völlig sachgemäß, anzunehmen, daß eine länger dauernde Verschollenheit auf den Tod hinweist. Ist es schon an und für sich auffallend, wenn jemand, der noch lebt, in Verschollenheit gerät, so steigert sich die Vermutung des Todes, wenn diese Verschollenheit lange andauert, wobei dann allerdings die Umstände des Falles zu berücksichtigen sind; denn möglicherweise ist jemand deswegen von allen inländischen Verhältnissen abgekehrt, weil er Grund hat, sich vor dem Inlande zu verstecken.

Danach entwickelt sich das rationelle Verfahren so, daß regelmäßig eine längere Dauer der Verschollenheit zur Todesannahme führt, daß aber in dieser Beziehung die Umstände des Falles berücksichtigt werden, und die Todeserklärung nur nach entsprechenden Ermittlungen und Prüfung des Falles eintritt. Das, was hier als sachgemäß bezeichnet ist, ist auch im B.G.B. aufgenommen. Regelmäßig soll eine zehnjährige Verschollenheit zur Todeserklärung führen, unter Umständen etwas mehr, unter Umständen weniger. Außerdem muß ein Aufgebotverfahren durch das Amtsgericht stattfinden [1], und das Amtsgericht hat die nötigen Erörterungen zu pflegen. Die Todeserklärung findet durch Ausschlußurteil statt, welches in bestimmter Frist angefochten werden kann, §§ 14 f., 18 B.G.B., §§ 952, 957, 960 ff. Z.P.O.

Die Wirkung der Todeserklärung ist, wie schon längst bei uns gewohnheitsrechtlich festgesetzt ist, eine deklarative, d. h. der Mensch wird nicht etwa durch die Todeserklärung totgemacht, sondern es wird erklärt, daß er als an einem bestimmten Zeitpunkte gestorben zu vermuten sei. Und die alte Frage, ob der Todesvermutung auch eine Lebensvermutung zur Seite steht, d. h. ob anzunehmen ist, daß der Toterklärte bis zum Augenblick des angenommenen Todes gelebt habe, ist bejaht worden; mit Recht, denn wenn man doch durch die Todeserklärung feste Zustände schaffen will, so muß man auch reinen Tisch machen und nicht etwa hypothetisch verfahren in der Art, daß man erklärt: „mindestens an dem betreffenden Tage ist der Tote gestorben, vielleicht auch schon früher." Man muß vielmehr sagen, gesetzlich wird angenommen, er sei eben an dem betreffenden Tage gestorben. Sogar für die Stunde gilt eine gesetzliche Vermutung, denn wenn nichts Weiteres ermittelt werden kann, dann „steigt der Tote beim Schlag der Mitternacht ins Grab".

In drei Fällen ist die Todeserklärung erleichtert, weil ganz besonders dringende Gründe für die Annahme des Todes sprechen, einmal, wenn eine Militärperson während des Krieges vermißt wird und verschollen ist, sodann 2., wenn jemand sich auf einem untergegangenen Schiffe befand und verschollen ist, und endlich 3., wenn jemand sonst in eine Lebensgefahr geraten ist, d. h. wenn sonst Umstände eingetreten sind, welche die Entscheidung, ob er weiter lebt oder nicht, auf die Schneide stellen. In diesem Falle wird natürlich zweckmäßigerweise der Tod als zu der betreffenden Gefahrzeit eingetreten angenommen,

[1] Unter Umständen verkürzt, § 966 Z.P.O.

also zur Zeit des Schiffsunterganges, zur Zeit der sonstigen Gefahrsbedrängnis; nur beim Kriege wird der Friedensschluß oder das Jahr der Beendigung des Krieges angenommen, weil ja möglicherweise jemand, der in einer Schlacht oder bei einer anderen Gelegenheit vermißt wird, gefangen ist und sich später noch als lebend erweist. In allen diesen drei Fällen ist jedoch noch eine Probezeit abzuwarten, und zwar im Falle 1 und 3 von drei und im Falle 2 von einem Jahr. Die Probezeit hat keinen Einfluß auf den Moment der Todesannahme; sie ist nur gegeben, um für alle Fälle eine größere Sicherheit zu haben.

Der Erfolg der Todeserklärung kann in seiner eigentlich rechtlichen Bedeutung nur im Zusammenhang mit anderen Grundfragen des Rechtes erörtert werden. Der für tot Erklärte ist tot und ist auch nicht tot; denn wenn sein Weiterleben erwiesen wird, dann gelten die meisten Folgen des Todes als nicht eingetreten. Einstweilen aber, solange in dieser Beziehung nicht etwas Gegenteiliges zu erweisen ist, werden die Verhältnisse gestaltet, wie wenn er tot wäre. Das hat namentlich auf die Beerbung und die Lebensversicherung großen Einfluß. Besonders schwierig aber ist die Frage, ob die Ehe des tot Erklärten fortbesteht oder nicht. Mit Recht hat man sich dahin entschieden, daß die Ehe an sich fortbestehen bleibt, daß aber der hinterbliebene Ehegatte wieder heiraten darf. Da nun aber auf solche Weise zwei Ehen nebeneinander bestünden, so verlangt das monogamische Prinzip, daß die eine gelöst wird, und daher nimmt man an, daß mit dem Augenblick der zweiten Ehe die erste aufhört. Voraussetzung ist, daß mindestens der eine von den beiden neuen Ehegatten an den Tod des Verschollenen glaubt. Allerdings findet die Sache damit nicht vollkommen ihre Lösung, sondern es ist immer noch die Möglichkeit gegeben, eine solche Ehe anzufechten, wenn der für tot Erklärte noch lebt; doch gibt man nicht dem zurückkehrenden Verschollenen das Anfechtungsrecht, sondern nur den neuen Ehegatten. Ist die zweite Ehe mit Erfolg angefochten, dann ist sie nichtig und dann besteht notwendig die erste Ehe weiter, denn diese war nur durch Schließung der zweiten Ehe vernichtet. Alles dies ist recht subtil und die Verhältnisse, die sich daraus ergeben, wenig erfreulich. Es ist ein Gebiet, wo man mehr gekünstelt hat, als angemessen wäre, und es kann nur als ein Glück betrachtet werden, daß die Fälle des Enoch Arden recht selten sind.

2. Juristische Personen.

§ 7. Das Vorhandensein von Gesamtwesen mit privatrechtlicher Wirksamkeit ist für unsere Kulturordnung wesentlich. Solche Gesamtwesen heißen juristische Personen, ihre Bedeutung besteht darin, daß sie Rechtssubjekte darstellen, deren Rechtsbeziehungen völlig von den Rechtsbeziehungen ihrer etwaigen wechselnden und wandelnden Mitglieder unabhängig sind. Der Grundgedanke der juristischen Person als eines Rechtssubjektes, d. h. eines Trägers von Rechten, dem zugleich durch die Wirksamkeit seiner Organe Geschäftsfähigkeit und Verantwortungsfähigkeit gegeben wird, ist im B.G.B., wie naturgemäß, zum vollen Ausdruck gekommen. Er ist eine unerschütterliche Errungenschaft des Pandektenrechtes, und er besteht auch, wenn man die anthropomorphistische Anschauung nicht teilt, daß die juristische Person denke und handle ähnlich einer physischen, daß die Gesamtheit ihrer denkfähigen Mitglieder ihr einen neuen Denkapparat und die Gesamtheit der willensfähigen Mitglieder ihr einen neuen Willensapparat schaffe. Derartiger Annahmen bedarf es nicht, und noch weniger bedarf es einer Fiktion, um die juristische Person zu erklären; denn wenn sie als Rechtssubjekt durch ihre Organe handelt, so ist die Aufstellung der Organe und die Verknüpfung mit ihr nichts Fiktives, sondern etwas völlig Wirkliches. Ebensogut wie man dem Tisch und dem Stuhl Beine geben kann, welche ähnliche Funktionen vollziehen wie unsere natürlichen Beine, ebensogut kann man den juristischen Personen Organe verleihen, und man wird hier ebensowenig von uns verlangen, anzunehmen, daß diese Organe als menschliche Gehirnorgane betrachtet werden sollen, als man bei den Stuhlbeinen von uns die Idee verlangt, daß wir uns wirkliche Beine vorstellen sollen.

Im übrigen ist die Lehre von den juristischen Personen im B.G.B. nicht vollständig

erledigt worden. Einmal finden wir hier über die öffentlichen Korporationen sehr wenige Bestimmungen, weil deren Regelung und Gestaltung dem Staats- und Verwaltungsrecht angehört; aber auch was die privatrechtlichen juristischen Personen betrifft, so muß zwischen den ausdrücklichen und stillschweigenden juristischen Personen unterschieden werden, denn das B.G.B. hat eine Reihe von Fällen, wo konstruktiv eine juristische Person angenommen werden muß, ohne daß ausdrücklich von einer solchen die Rede ist. So z. B. bei einer Sammlung zu Gunsten eines bestimmten Zweckes (§ 1914 B.G.B.), so beim Nachlaß, der in Nachlaßverwaltung steht u. s. w. Was aber die ausdrücklichen juristischen Personen betrifft, so unterscheidet das B.G.B. *Vereine* und *Stiftungen*.

Das *Vereinswesen* ist in folgender Weise geregelt: das B.G.B. unterscheidet *wirtschaftliche* und sog. *Idealvereine*; wirtschaftliche Vereine sind wieder teils solche, die durch die Reichsgesetzgebung anderwärts geregelt sind, teils solche, die einer solchen reichsrechtlichen Regelung entbehren; über die Idealvereine dagegen bestimmt das B.G.B. allein. Das darf übrigens nicht übertrieben werden, denn zwei der bekanntesten handelsrechtlichen Vereinsformen, die Aktiengesellschaft und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, sind Gesellschaftsformen, die für all und jeden Zweck gewählt werden können: sie sind in ihrem Wesen zwar als wirtschaftliche Vereine gedacht, lassen sich aber auch für ideale Zwecke verwenden; sie in ihrem Wesen beschränken und ihnen die Idealzwecke entziehen zu wollen, war offenbar nicht die Absicht des B.G.B.: es kann darum nach wie vor eine Aktiengesellschaft gegründet werden, beispielsweise für einen Freimaurerverein, für ein Museum oder für religiöse Zwecke. Schon die Formen eines solchen Vereins und die Gliederung enthalten in sich eine gewisse Regelung, welche, wenn nicht in allen, doch in vielen Fällen, einen Mißbrauch ausschließt, wozu die Bedeutung der Amortisationsgesetze kommt, von denen alsbald (S. 575) die Rede ist.

Die übrigen *wirtschaftlichen* Vereine aber, die nicht durch die sonstige Reichsgesetzgebung geregelt wurden, sind als Verleihungsvereine gedacht, d. h. es bedarf einer besonderen verwaltungspolitischen Verleihung. Der Grundgedanke ist offenbar der, daß, wenn allenfalls außerhalb der Formen der Aktiengesellschaft, außerhalb der Formen der Gesellschaft mit beschränkter Haftung und der übrigen handelsrechtlichen Formen weiterhin wirtschaftliche Vereine gegründet werden wollen, es Sache der Staatsverwaltung ist, im einzelnen Falle, nach Maßgabe aller Umstände, namentlich des Zweckes und der in Aussicht genommenen Organisation sowie der finanziellen Grundlegung, die Genehmigung zu erteilen oder zu verweigern, z. B. bei Kolonialgesellschaften, welche sich nicht in eine der oben bezeichneten Formen fügen wollen. Für Kolonialgesellschaften gilt nun insbesondere der § 11 f. des Schutzgebietsgesetzes v. 10. Sept. 1900; sie unterstehen der Aufsicht des Reichskanzlers.

Im Gegensatz zu den wirtschaftlichen Vereinen stehen die *Idealvereine*. Man hat über den Unterschied schon viel geschrieben, und die Jurisprudenz ist durchaus nicht zu klaren Ergebnissen gelangt. In der Tat ist folgendes entscheidend: wirtschaftliche Vereine sind solche, die prinzipiell einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb bezwecken. Ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb ist aber ein solcher, welcher durch Spekulation zu wirtschaftlichen Ergebnissen führen will, wobei es gleichgültig ist, ob die Spekulaltion nach außen oder nach innen geht. Eine produktive Aktiengesellschaft ist ebenso ein wirtschaftlicher Verein, wie ein Konsumverein. Wo aber ein solcher wirtschaftlicher Zusammenschluß nicht gegeben ist, liegt ein Idealverein vor, z. B. wenn ein Verein für seine Mitglieder oder für dritte Personen zur unentgeltlichen Benutzung (oder für solche Gegenleistungen, die nicht als Gegenwert gelten können) Wohnung, Bibliothek, Sportbedürfnisse oder irgend sonstige Dinge beschafft. Diese Idealvereine sollen Rechtsfähigkeit erwerben durch Eintragung, und diese Eintragung muß geschehen, sobald der Verein in entsprechender Weise angemeldet ist und bei der Polizei keinen Widerstand findet. Ein solcher Widerstand aber kann erfolgen, wenn der Verein gegen das öffentliche Vereinsgesetz verstößt, oder wenn er nach dem Vereinsgesetz verboten werden kann, oder wenn er einen politischen, sozial-politischen oder religiösen Zweck verfolgt. Darum muß das Registergericht der Verwaltungsbehörde Mitteilung machen, und diese kann gegen den Verein Einspruch erheben, welcher Einspruch

aber im verwaltungsgerichtlichen Wege gehoben werden kann. Erst mit der Eintragung erwirbt der Verein Rechtsfähigkeit. Zur Eintragung gehört aber, daß er bereits einen Vorstand hat, daß Statuten (Satzung) festgesetzt sind, und daß diese Satzung von mindestens sieben Mitgliedern unterzeichnet wird. Zweck, Name und Sitz müssen angegeben werden. Außerdem soll die Satzung noch verschiedene andere Bestimmungen enthalten, § 55 ff. B.G.B.

Die Rechtsfähigkeit bietet dem Verein große Vorzüge; nicht nur, daß er in seinem Namen klagen kann: er kann in seinem Namen Grundstücke erwerben, in das Grundbuch eingetragen werden, und es können dem Verein nicht nur Schenkungen zu teil werden, sondern auch Zuwendungen von Todes wegen.

Allerdings ist es auch hier nicht ohne polizeiliche Beschränkung abgegangen. Man hat es zwar nunmehr erreicht, daß Erwerbungen von nicht über 5000 Mk. an juristische Personen ohne Genehmigung statthaft sein sollen. Dagegen hat das Einführungsgesetz den Vorbehalt, daß, sofern es sich um Zuwendungen über diese Summe handelt, die Landesgesetzgebung beschränkende Vorschriften geben kann. Das ist z. B. in Preußen geschehen, insofern als Schenkungen und Verfügungen von Todeswegen zu Gunsten juristischer Personen, wenn sie diesen Betrag übersteigen, einer staatlichen Genehmigung bedürfen; aber noch mehr: Erwerbungen von Grundstücken (über 5000 Mk.), selbst die unter belastetem Titel, bedürfen der staatlichen Genehmigung, so Artikel 6 und 7 des preußischen Ausführungsgesetzes; und zwar gilt dies nicht nur für derartige Vereine, es gilt unter Umständen auch für Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung[1]. Ausgenommen sind offene Handelsgesellschaften, deren juristische Persönlichkeit wegen der unbeschränkten und völlig unbedingten Haftung der Gesellschafter nicht akut zu Tage tritt, und ausgenommen sind auch die unausgedrückten juristischen Personen, z. B. ein in Nachlaßverwaltung stehender Nachlaß.

Diese Umstände werden es vielfach veranlassen, daß Vereine keine Rechtsfähigkeit nachsuchen. Auch sonst haben die Vereinsgenossen oftmals keine Lust, sich öffentlich hervorzutun und auf dem Gericht eine Anmeldung zu vollziehen. Wo man keiner Grundbucheintragung bedarf und an Verfügungen von Todes wegen nicht glaubt, unterläßt man die Eintragung meistenteils, und so entstehen eine Menge von nicht rechtsfähigen Vereinen; ja, man kann wohl sagen, daß von den Idealvereinen vielleicht vier Fünftel nicht rechtsfähig sind. Für ihre Regelung gilt folgendes: sie haben gesellschaftliche Organisation, das Vermögen gehört den einzelnen Vereinsmitgliedern zu gesamter Hand, nur daß diese Genossen in Vereinsweise wechseln können, ohne daß sie das Recht haben, einen Teil des Vereinsvermögens mitzunehmen; durch ihren Tod hört das gesellschaftliche Gefüge nicht auf; die Haftung der Mitglieder muß als eine bis zu der Höhe des Vereinsvermögens beschränkte Haftung angesehen werden, und zwar beschränkt kraft stillschweigender Vereinbarung, weil die Gläubiger nicht mit den Gesellschaftern, sondern mit einem „Verein" kontrahieren. Außerdem haften nach § 54 B.G.B. die im Namen des Vereins Handelnden, obgleich sie nicht im eigenen Namen gehandelt haben, persönlich und gesamtschuldnerisch. Dazu besteht noch die Besonderheit, daß derartige Vereine zwar nicht klagen können — die einzelnen Vereinsgenossen müssen klagen, was aber, wenn ihre Zahl nicht zu groß ist, keine besonderen Schwierigkeiten macht —; dagegen können sie als Vereine verklagt werden; denn prozessualisch, aber nur für die Beklagtenrolle, ist ihnen eine juristische Persönlichkeit gegeben durch die bekannten §§ 50, 735 der Zivilprozeßordnung.

Diese Gestaltung ist ja nicht besonders klar und durchsichtig, aber sie reicht meist aus, so daß insbesondere auch Vereine, welche der polizeilichen Zensur entgehen wollen,

---

[1] Des näheren gilt folgendes: Preußische Aktiengesellschaften oder Gesellschaften m. b. H. bedürfen dieser Genehmigung nicht; außerpreußische deutsche Gesellschaften derart bedürfen ihrer, wenn es sich um über 5000 Mk. handelt; außerdeutsche Gesellschaften derart bedürfen ihrer stets, auch wenn es sich um weniger als 5000 Mk. handelt, Art. 7 A.G. zum B.G.B. (letzteres kraft Art. 88 E.G.). Alles das ist recht verbesserungsbedürftig. Übrigens macht das Hypothekenbankgesetz v. 13. Juli 1899 § 5 für deutsche Hypothekenbanken eine Ausnahme.

sich in dieser Weise zu gestalten pflegen[1]. Die Vereine haben noch das voraus, daß für sie der § 31 nicht gilt, daß sie also für das Verschulden des Vorstandes nicht zu haften haben, was bei allen Körperschaften und allen juristischen Personen der Fall ist.

Soweit die nicht rechtsfähigen Vereine. Von der Organisation der rechtsfähigen Vereine gilt der Satz, daß sie notwendig einen Vorstand und regelrecht eine Mitgliederversammlung haben. Die Mitgliedschaft ist im Zweifel persönlich und der Austritt frei. Doch kann etwas anderes ausgemacht werden, jedoch nur so, daß die Mitgliedseigenschaft mit höchstens zweijähriger Frist kündbar sein muß; eine stärkere Bindung kann in den Statuten nicht bestimmt werden (§ 39).

Auch über die Ausschließung von Vereinsmitgliedern durch Vorstand oder Mitgliederversammlung oder ein sonstiges Vereinsorgan können die Satzungen bestimmen. Über die Gründe, welche diese Ausschließung betreffen, kann die Satzung frei verfügen. Sie kann insbesondere festsetzen, daß die Ausschließung nicht nur dem billigen Ermessen, sondern auch dem freien Belieben des Vorstandes anheimsteht, so daß von einer Nachprüfung keine Rede ist; und wenn in einem solchen Falle der Vorstand erklärt, daß er eine Person deswegen ausschließt, weil er sie für vertrauensunwürdig halte, oder weil ihre Mitgliedschaft den Gesellschaftsinteressen widerspreche, so liegt dies vollständig innerhalb der Befugnisse der Vereinsorgane, und ein Nachprüfungsrecht der Gerichte kann nur nach der Richtung erfolgen, ob das satzungsmäßige Verfahren beobachtet worden ist; ist dies der Fall, dann ist die Entscheidung keiner weiteren Kritik zu unterziehen. Früher ist dies vielfach bestritten worden, allein es ist eine gewisse Vergewaltigung der Vereine, wenn man ihnen nicht gestattet, freie Disziplin zu üben und über Vertrauen und Vertrauensprüfung selbst zu bestimmen. Ein Mitglied, welches sich dem nicht unterwerfen will, soll sich einem solchen Verein nicht anschließen. Der richtige Grundsatz ist nunmehr auch von dem Reichsgericht verschiedenfach ausgesprochen worden, so in den Entscheidungen vom 27. März 1900, 30. Oktober 1901, 17. November 1902, Juristische Wochenschrift 1900, S. 417, Entsch. 49, Seite 120 und Wochenschrift 1903, Beilage 1, S. 3.

Wie schon bemerkt, haftet der Verein unbedingt für den Vorstand und für sonstige Organe, soweit sie in ihrer Geschäftsführung sich irgend einer verantwortlich machenden Handlung schuldig machen, z. B. im Falle einer Patent- oder Markenverletzung oder im Falle einer Zuwiderhandlung gegen die Zollgesetze (§ 31 B.G.B.). Die Haftung ist aber nur eine zivilrechtliche, denn eine strafrechtliche Haftung der juristischen Person würde unserer Auffassung von der Kriminalstrafe als der Auferlegung eines seelischen Leidens widersprechen.

Man hat die Frage aufgeworfen, ob die Bestimmungen des Vereinswesens des B.G.B. auch für *Aktiengesellschaften*, überhaupt also für die Vereine der sonstigen Reichsgesetze gelten. Das muß verneint werden, denn die gesetzlichen Bestimmungen über derartige Vereine, namentlich über Aktiengesellschaften, bieten ein geschlossenes Ganze und beruhen auf so besonderen und eigenartigen Erwägungen, daß eine Herübernahme von Bestimmungen des B.G.B. unorganisch in den ganzen Bau eingreifen würde. Daher ist auch aus Art. 2 E.G. zum H.G.B. nichts Gegenteiliges zu entnehmen. Nur die eine Bestimmung, die nicht bloß von Vereinen, sondern überhaupt von allen juristischen Personen gilt, daß juristische Personen für den Vorstand und die Organe verantwortlich sind, vgl. §§ 31, 86, 89 des B.G.B., muß auch dort angenommen werden.

§ 8. Im Gegensatz zu den Vereinen stehen die *Stiftungen*. Sie sind durchaus nicht Verbandspersonen, weshalb dieser Ausdruck als Gesamtausdruck für juristische Personen sich nicht halten läßt[2], sondern es handelt sich hier um eine einem Zweck ge-

---

[1] Schwierigkeiten entstehen insbesondere bei Verfügungen von Todes wegen zu Gunsten solcher Vereine; vgl. darüber zutreffend *Josef* im Arch. f. bürgerl. R. XX S. 229 f.

[2] Schon abgesehen von seinem unschönen Klang.

widmete Vermögenseinheit, welcher, um diesem bestimmten Zwecke zu dienen, Rechtsfähigkeit gegeben wird; und während daher bei einer Körperschaft die Mitglieder die Satzung ändern können, ohne daß die Körperschaft eine andere wird, so steht es den Organen einer Stiftung nicht zu, den satzungsmäßigen Stiftungszweck zu ändern. Während dort die Personen die Herren des Zweckes sind, sind sie hier seine Knechte.

Die Lehre von den Stiftungen ist vom B.G.B. nur ziemlich unvollständig behandelt worden. Es ist hauptsächlich die Rede von ihrer Entstehung, von dem sog. Stiftungsgeschäft: einer einseitigen Erklärung, die unter Lebenden oder von Todes wegen erfolgen kann, und die einen bestimmten Zweck bezeichnen muß, dem das Vermögen dient, und zu gleicher Zeit ein Vermögen, das diesem Zwecke dienen soll. Dieses Stiftungsgeschäft, das, wenn unter Lebenden, schriftlich, wenn von Todes wegen, in der Form einer Verfügung von Todes wegen zu geschehen hat, bedarf der staatlichen Genehmigung, sonst existiert keine Stiftung. Denn man hat angenommen, daß eine solche Herrschaft des Zweckes über die Menschen manche Bedenken haben kann und daher nur nach Prüfung des einzelnen Falles zuzulassen ist. Allerdings ist das Stiftungswesen an und für sich ein kraftvoller Zeuge dafür, daß edle Instinkte in der Menschheit walten; meist sind die Stiftungen Ausfluß irgend eines edelmütigen Gefühls für das Menschenwohl, für religiöse, wissenschaftliche, künstlerische Zwecke. Schon das Altertum kannte das Stiftungswesen, schon der Orient, nicht erst die christliche römische Kaiserzeit. Das Griechentum ist überreich an Stiftungen, sowohl für den Kultus als für das Wohl und den Lebensgenuß der Menschen: fast jede griechische Stadt weist ihre Stiftungen auf, vom 4. Jahrhundert vor Christus an bis tief in die römische Kaiserzeit hinein. Anderseits ist es immerhin möglich, daß Stiftungen auch bedenklich wirken, daß sie der Eitelkeit und der prahlerischen Selbstverherrlichung dienen sollen und zu Zwecken geschaffen werden, die wir nicht anerkennen. Man denke sich z. B. eine Stiftung für den Jahrestag einer anarchistischen Tat, oder eine Stiftung zur Förderung staatsfeindlicher Lehren. Auch eine Stiftung, welche Leute zu Lächerlichkeiten zwingen würde, eine Stiftung mit Vermummungen, Verkleidungen, abergläubischen Hantierungen u. s. w., die nicht etwa einem Gefühl des gesunden Humors entsprechen, könnte ohne weiteres abgelehnt werden. Aber auch sonst kann es bedenklich erscheinen, wenn viel zu viel Vermögen dem Leben entzogen wird und stiftungsgemäß erstarrt. So finden wir z. B. im Islam, daß das dortige Stiftungsgeschäft, der Wakf, vielfach das ganze Grundeigentum überwuchert hat. Darum also die Staatsgenehmigung. Das Stiftungsgeschäft kann nicht nur durch eine, es kann (unter Lebenden) auch durch eine Mehrheit von Personen erfolgen, durch ein Komitee, durch einen Verein; so insbesondere mit durch das Komitee gesammelten, durch den Verein aufgebrachten Mitteln. Die Verwaltung der Stiftung aber ist größtenteils der Bestimmung der Landesgesetzgebung überlassen, sofern die Stiftungssatzungen keine Bestimmung treffen.

Im Altertum war es gewöhnlich, daß man die Stiftung an eine andere Persönlichkeit anreihte: die sogenannten unselbständigen oder fiduziarischen Stiftungen. Das B.G.B. hat leider diese Form trotz meines Hinweises nicht geregelt, und doch ist sie noch heutzutage sehr häufig. Man denke z. B. an die vielen Stipendienstiftungen, die mit den Universitäten verbunden sind. In solchem Falle wird man anzunehmen haben, daß zwar auch eine Persönlichkeit vorliegt, aber eine solche, die in normalen Fällen mit der Universität identisch ist, so daß die Universität zu gleicher Zeit für das eigene Vermögen und zu gleicher Zeit für das Vermögen einer jeden ihrer Stipendienstiftungen eine Persönlichkeit repräsentiert; und nur in den Fällen, wo etwa ein Zusammenstoß der Interessen vorläge, oder gar ein Prozeß nötig wäre, wenn z. B. die Universität für den Verlust einer Stiftung verantwortlich gemacht werden sollte, müßte eine besondere Persönlichkeit für die Stiftung konstruktiv geschaffen und ein Pfleger als Organ dieser Persönlichkeit bestellt werden (vgl. § 1914 B.G.B.).

Viertes Buch.

Rechtsobjekte.

§ 9. Rechtsobjekte können Lebensgüter aller Art sein, nicht nur körperliche, sondern auch unkörperliche. Davon wird unten S. 600 f., 620 f. weiter die Rede sein. Hier ist besonders von den Sachen, d. h. den körperlichen Gegenständen und den Sachzusammenhängen, zu sprechen.

Eine Sache kann aus mehreren Bestandteilen bestehen, in der Art, daß erst durch deren feste Zusammenfügung die Sache ihre Wesenheit erwirbt und ihre Funktionen versehen kann, so daß, wenn der eine Bestandteil losgelöst wird, eine durchgreifende Änderung in der wirtschaftlichen Betätigung eintritt[1]. Man spricht hier von wesentlichen Bestandteilen. Insbesondere kommen hier auch die wesentlichen Bestandteile unbeweglicher Sachen in Betracht, namentlich die mit Grund und Boden fest verbundenen Dinge. Die Eigenschaft als wesentlicher Bestandteil bewirkt, daß der eingefügte Gegenstand seine Eigenschaft als Rechtsobjekt verliert und in dem Ganzen aufgeht, so daß bezüglich des Ganzen nur ein und dasselbe Recht und Rechtsverhältnis bestehen kann. Das schließt allerdings nicht aus, daß jemand ein Recht darauf hat, die Trennung zu verlangen, in der Art, daß mit der Trennung ein Rückfall des Eigentums stattfindet; es schließt auch eine Besonderheit des Besitzes nicht aus (§ 865 B.G.B.).

Große Schwierigkeiten hat die Frage des Bestandteilseigentums in den Fällen gemacht, wenn jemand feste Verbindungen eintreten läßt, die aber nicht für die Dauer, sondern nur für einige Zeit bestimmt sind oder nur vorübergehend gewissen Zwecken dienen sollen. Man denke sich insbesondere den Fall, daß Gasröhren, elektrische Kabel durch den Boden gelegt werden oder elektrische Drähte sich durch ein Gebäude bis an den Apparat hindurchziehen. Der Gedanke, daß in einem solchen Falle diese Leitungen dem Eigentümer der Sache gehören, durch welche sie hindurchgezogen oder -geleitet werden, mußte abgelehnt werden; doch herrschte vor dem B.G.B. in dieser Beziehung viele Ungewißheit. Das B.G.B. hat die Frage richtig dahin entschieden, daß, wenn solche Verbindungen gemacht werden, die nicht auf die Dauer, sondern nur zeitweise bestehen sollen, oder wenn jemand ein dingliches Recht hat und kraft dieses dinglichen Rechtes solche Gegenstände anbringt, keine Bestandteilseigenschaft eintritt und die verbundenen Gegenstände Eigentum desjenigen bleiben, der die Verbindung bewerkstelligt; wodurch natürlich nicht ausgeschlossen wird, daß diese Gegenstände, obgleich sie nicht Bestandteile des Grundstückes sind, doch kraft ihrer physikalischen Beschaffenheit unbeweglich werden (R.G. 48 S. 267). Dies gilt nicht nur für die Drähte und Röhren zur Beleuchtung, sondern insbesondere auch, wenn jemand eine Grunddienstbarkeit hat und im Gefolge dieser eine Einrichtung auf dem dienenden Grundstück baut, oder wenn ein Erbbauberechtigter (Superfiziarberechtigter) im Gefolge dieses Rechtes ein Gebäude errichtet; er bleibt Eigentümer, und wenn also beispielsweise von diesem Gebäude ein Ziegel abfällt, so gehört er dem Erbbauberechtigten und nicht dem Eigentümer von Grund und Boden. Und ebenso ist es, wenn jemand z. B. kraft der Plakatmiete ein Plakat an der gemieteten Wand anbringt: er bleibt Eigentümer des Plakates, und es gehört nicht dem Eigentümer der Wand; und ebenso, wenn der Pächter einen Gegenstand einfügt (§ 95 B.G.B.)[2].

§ 10. Die Vermögensgegenstände können in verschiedene Beziehungen treten, so daß, obgleich sie ihren selbständigen Charakter behalten, die Einzelsachen doch zu einem größeren Ganzen mit der Wirkung zusammenkommen, daß gewisse einheitliche Folgen daraus hervorgehen. Derartige Beziehungen können sein: 1. die sogenannte Zugehörigkeitsbeziehung, früher Pertinenzbeziehung genannt, der Fall, wo eine Nebensache

[1] Vgl. treffend R.G. 5. März 1902, Entsch. 50 S. 241.
[2] Richtig Kammergericht 14. März 1902; Mugdan V S. 76.

als Hilfssache' zu einer Hauptsache hinzutritt. Solche Zubehör bringt schon das agrarische Leben mit sich; so, wenn mit einem Gute eine Wirtschaft verbunden ist, wobei zu Tage tritt, daß die Natur allein nur durch Hilfe des Menschen schafft, der sich der menschlichen Werkzeuge bedient, so daß nun das Grundstück und diese Werkzeuge als dienende Glieder einer und derselben Erwerbstätigkeit eine Einheit bilden. Man nennt in diesem Falle das Grundstück die Hauptsache und die übrigen Sachen Hilfssachen oder Zubehör. Es zeigt sich in dieser Einheit, daß das Sachenrecht nicht nur durch die Naturbeschaffenheit der Sachen gekennzeichnet, sondern auch durch menschliche Zwecke beeinflußt wird.

Mit dem Übergang zum Industriestaat nimmt die Zubehör noch eine ganz besondere Bedeutung an, denn gerade die Fabrikation setzt voraus, daß eine Menge, und zwar speziell nach einer bestimmten Richtung und für einen bestimmten Zweck entsprechend gearbeiteter Geräte und Maschinen mit den Gebäuden verbunden sind, in welchen sie ihre Unterkunft und ihre Betätigung finden. Es ist das die Fabrikzubehör[1].

Die Eigenheit der Zubehörsache führt folgendes mit sich: die Vermögensschicksale der Hauptsache sollen auch die Zubehörsache treffen, und zwar nicht nur die Vermögensschicksale, die auf rechtsgeschäftlicher Verfügung beruhen, sondern auch andere Schicksale, die kraft Rechtssatzes eintreten. Gibt es z. B. gesetzliche Hypotheken oder richterliche Grundpfandrechte, so sollen diese nicht nur die Hauptsache, sondern auch die Zubehör treffen. Die wichtigste Folgerung hieraus ist die, daß, während es sonst keine Hypotheken an beweglichen Sachen gibt, die Grundstückshypothek auch die Zubehörsachen ergreifen kann und auch ergreift. Vgl. §§ 314, 926, 1120 f. B.G.B., §§ 21, 148 Z.V.G.

Eine weitere und eine der wichtigsten Eigenheiten ist die, daß eine Zubehörsache nicht von der Hauptsache weggepfändet werden darf (§ 865 Z.P.O.).

Anderseits behalten die Zubehörsachen ihre besondere selbständige Stellung, und wenn sie z. B. einem Dritten gehören, so werden sie seinem Vermögen nicht dadurch entzogen, daß sie Zubehörsachen werden und damit dem Grundstück eines andern dienen; auch kann der Eigentümer in jedem Augenblick die Zubehöreigenschaft aufgeben und die Zubehör von der Hauptsache trennen[2].

2. Eine zweite Stufe der Zusammengehörigkeit ist die Unternehmereinheit; so insbesondere, wenn eine Vielheit von Gegenständen einem großen Transportunternehmen gewidmet sind. Es sind dies die Vermögenseinheiten der Eisenbahnen, elektrischen Bahnen, namentlich auch der Kleinbahnen. Ihre Eigentümlichkeit besteht darin, daß hier das rollende Material eine viel größere Bedeutung hat, als sonst die Zubehör zu haben pflegt, und daß die Einheit des Unternehmens, dem das Ganze dient, hier mehr als sonst hervortritt; weshalb auch die zum Unternehmen gehörigen Grundstücke zu einer untrennbaren Einheit zusammengehören und nicht durch irgendwelche, dem Betrieb widersprechende Rechtsvorgänge abgesplittert werden dürfen, und weshalb auch die unmittelbaren Betriebsgelder und -ausstände dazu gehören und der gleichen Regel unterliegen[3]. So bildete man den Begriff der Bahneinheit, die insbesondere im Hypotheken- und Vollstreckungsrecht nicht auseinandergezerrt werden darf, und die in Betracht kommt, wenn ein fremdes Grundstück in die Bahnstrecke aufgenommen wird: auch der Eigentumsanspruch muß, was dieses Grundstück betrifft, aufhören, und der Eigentümer muß sich mit dem Werte abfinden lassen, und zwar sofern und soweit die Aufsichtsbehörde annimmt, daß aus der Trennung dieser Sache eine empfindliche Störung für den Betrieb hervorginge; also nicht nach gerichtlichem, sondern nach bahnbehördlichem Ermessen, d. h. so, daß die bahnbehördliche Erklärung auf alle Fälle den Enteignungsfall herbeiführt. Die Folge ist, daß die Eisen-

[1] Zubehör von Wirtschaften? O.L.G. Hamm, 14. März 1902, Mugdan V S. 78. Musikautomaten? O.L.G. Stettin, 24. Januar 1902, Mugdan ebenda IV S. 204.

[2] Man hat behauptet, dies stehe in Widerspruch zu meiner Aufstellung von der allgemeinen wirtschaftlichen Bedeutung der Zubehör; denn hiernach müsse beides untrennbar sein. Aber dies kann man nur behaupten, wenn man vergißt, daß jeder der Herr seines Vermögens bleibt und als solcher es nicht nur verbessern, sondern auch verschlechtern darf.

[3] Vorbildlich ist das preußische Gesetz v. 19. August 1895, in neuer Fassung v. 8. Juli 1902.

bahn gegen den Eigentumsanspruch eine Einrede, und sobald die Entschädigung bezahlt ist, selbst das Eigentum erwirbt.

Diese Verbindung ist daher 1. eine gleichgeordnete, sofern nicht oder nicht bloß das Verhältnis von Hauptsache und Zubehör gilt; 2. eine viel weitergehende, sofern auch Forderungen hierhergehören; 3. eine viel innigere, sofern hierdurch Gegenstände ihrem Eigentümer entzogen werden können. Auch Schulden können in Verbindung mit der Bahneinheit treten, aber nur in dinglicher Weise, durch Eintragung ins Bahngrundbuch als Hypothek oder Grundschuld (Bahnpfandschuld).

3. Eine weitere Verbindung aber, welche nicht nur Sachen, sondern auch andere Gegenstände, Forderungen und Schulden umfaßt, ist 3. die Verbindung zu einem Vermögen. Vermögen ist nicht nur eine tatsächliche Zusammenfassung dessen, was ein Mensch an Gütern der Außenwelt hat, Vermögen ist auch ein rechtlicher Begriff[1]. Insbesondere tritt folgendes ein: a) die Einheit des Vermögens führt zum Ersatzprinzip; b) das Vermögen kann an einen anderen übergehen; c) es kann auch ganz oder teilweise übertragen werden und zum Gegenstand eines Rechtsgeschäftes werden; d) es kann auch das Ziel einer sogenannten Vindikation sein, sofern jemand berechtigt ist, ein ganzes Vermögen herauszuverlangen; e) es bildet eine Einheit, soweit es sich um Aufwendungen handelt, bezüglich deren ein Rückbehaltungsrecht gilt; f) endlich trittdas Vermögen noch besonders dadurch hervor, daß es gleichsam der Träger der Schulden ist, indem die Gläubiger sich an das betr. Vermögen halten dürfen.

Solange es Regel ist, daß jemand nur ein Vermögen hat, wird die Rechtsordnung wenig Bedürfnis empfinden, den Vermögensbegriff zu entwickeln; wohl aber dann, wenn Fälle vorkommen, wo jemand mehrere Vermögenseinheiten in seiner Hand vereinigt. Das römische Recht hat dies tunlich vermieden, doch konnte es nicht umhin, in einigen Fällen etwas, was sich im Bereich einer Person befand, als Vermögensganzes zu behandeln, so das Pekulium des Sklaven und Hayssohns, das diesem neben anderem Vermögen zur Bewirtschaftung übergeben wurde, nicht als ob er Eigentümer geworden wäre, wohl aber in der Art, daß es für seine Schulden haftete, als wenn ihm das Eigentum zugekommen wäre. Im modernen Rechte treten noch ganz andere Fälle hervor, so insbesondere der Fall der Vor- und Nacherbschaft, sodann der Fall, daß bei der Beerbung das Vermögen selbständig bleibt infolge von Nachlaßverwaltung oder Nachlaßkonkurs; ferner der Fall, daß das Vermögen in die ehemännliche Nutznießung oder in die elterliche Nutznießung und Vermögensverwaltung eintritt, dies insbesondere auch, wenn Vorbehaltsgut und eingebrachtes Gut unterschieden werden sollen, dies endlich bei der Gütergemeinschaft, wo Vorbehaltsgut, eingebrachtes Gut und Gesamtgut nebeneinander bestehen können; hier überall ist es von großer Wichtigkeit, daß das Vermögen im Recht als Ganzes behandelt wird und als solches seine richtige Stellung findet.

Eine der wichtigsten Folgerungen der Vermögenseinheit ist das an erster Stelle (a) erwähnte Prinzip des Ersatzes, welches die gemeinrechtliche Lehre in dem Sprichwort ausgedrückt hat: Res succedit in locum pretii et pretium in locum rei. Dieser Grundsatz ist wesentlich. Hat jemand z. B. eine fremde Erbschaft, so fällt alles, was er mit Erbschaftssachen erwirbt, in die Erbschaft hinein, und wenn der Erbschaftsanspruch gegen ihn erhoben wird, so können alle diese Sachen als Eigentum des Anspruchsberechtigten herausverlangt werden; und wenn etwa der Besitzer im Konkurs wäre, so würden alle diese Sachen aus dem Konkurs ausgesondert. Eine besonders wichtige Folge der Vermögenseinheit ist ferner die unter f. bezeichnete Schuldenhaftung, indem jedes Vermögen zunächst für seine Schulden haftet und erst, wenn diese berichtigt sind, das eine Vermögen auch für die Schulden des anderen in Anspruch genommen werden kann.

---

[1] Vgl. darüber meine Studie zum B.G.B. im Arch. f. bürgerl. R. XXII S. 1 f.

Fünftes Buch.

Rechtserscheinungen.

§ 11. Das bürgerliche Recht kennt Rechte und Rechtslagen, die aus dem objektiven Recht hervorgehen; denn das objektive Recht gestaltet die Rechtsordnung so, daß den einzelnen Personen ein bestimmter Rechtskreis zugewiesen wird, in welchem sie sich einschließen und frei bewegen können. Ein solcher Rechtskreis heißt Recht (subjektives Recht), und zwar ist das subjektive Recht nicht etwa bloß die seidene Schnur, die den Rechtskreis umgibt, sondern der Inhalt selbst: das Recht ist nicht nur formal, so daß es nur die Schutzform für sich hätte; das Recht ist materiell, und das, was das Vermögensgut bietet, der Genußgehalt, ist Gegenstand des Rechts.

Aus dem Rechte aber geht der Anspruch hervor, d. h. die Befugnis, von jemandem zu verlangen, daß er, um mit dem Rechte in Einklang zu stehen, etwas tue oder von etwas ablasse. Dieser Begriff des Anspruches ist ein notwendiges Konstruktionsmittel und eine treffliche Errungenschaft unseres Rechtes; ohne ihn ist vieles in unserem Recht gar nicht zu konstruieren; man denke an die Verjährung, man denke an die Fälle der Ansprüche ohne Recht und der Rechte ohne Anpruch[1]. Allerdings muß man den Anspruch auch richtig auffassen; insbesondere liegt ein Anspruch noch nicht dann vor, wenn jemand ein betagtes oder befristetes Recht hat, sondern erst dann, wenn der Tag eingetreten ist, denn erst dann hat er die Befugnis, etwas zu verlangen. Ebenso ist ein Anspruch noch nicht gegeben, wenn der Berechtigte ihn erst durch beliebige Rechtshandlung hervorbringen kann. Ist also beispielsweise eine Sache hinterlegt, so hat der Hinterleger jeden Augenblick das Recht, die Sache zurückzuverlangen, aber es bedarf einer solchen Erklärung, — vorher entsteht der Anspruch nicht; und so in einer großen Reihe von Fällen, insbesondere auch in den Fällen des Widerrufs und anderen. Gerade darin zeigt sich mit völliger Klarheit die Bedeutung des Anspruchsbegriffes: bevor hier der Anspruch gegeben ist, kann der Beschenkte, auch wenn hundertfacher Undank vorliegt, den Schenkungsgegenstand nicht mit der Wirkung zurückanbieten, daß der Schenker in Annahmeverzug kommt.

§ 12. Rechte und Rechtslagen werden hauptsächlich geschaffen durch Rechtshandlungen. Das Gesetzbuch steht auf dem durch das römische Recht besonders ausgebildeten Stande des Rechtsverkehrs: die hauptsächlichen Änderungen des Rechtslebens sind der Initiative derjenigen Einzelwesen überlassen, in deren Gebieten die Änderung vor sich gehen soll. Darum gibt die Rechtsordnung den Einzelwesen die Befugnis, durch besondere Handlungen in das Leben und Weben des Rechts einzuwirken, die Kette zu lösen und zu schließen, zu säen, um die Folgen zu ernten. Die von der Rechtsordnung dem Einzelwesen zur Verfügung gestellten Mittel, um solche Erfolge zu erzielen, heißen Rechtshandlungen, und hierbei unterscheidet man zwischen Rechtsgeschäften und Rechtshandlungen im engeren Sinne. Für beide kommt es in Betracht, ob jemand geschäftsfähig, geschäftsunfähig oder geschäftsbeschränkt ist, § 104 ff. B.G.B.

Man hat viel darüber gestritten, ob bei der Rechtshandlung die Rechtsordnung oder das Rechtssubjekt das ursächliche Wirkungsmittel ist. Der Streit beruht auf Mißverständnissen: natürlich geht der ganze Begriff der Rechtshandlung davon aus, daß eine bewußte Handlung des Einzelwesens stattfindet; allein man hat hier ein Irriges gedacht, wenn man daraus schließen wollte, daß der Einzelne einfach in die Fülle der Rechte einzugreifen habe, um die Folgen nach seinem Belieben zu gestalten. Das ist unrichtig: wie es Sache des Landmanns ist, in den Boden die Gebilde einzupflanzen, und er das weitere der Naturordnung überlassen muß, so ist es Sache des Einzelwesens bei der Rechtshandlung, seine Tätigkeit der Rechtsordnung zu widmen; die Folgen wird er, wie der Landmann, mehr oder minder voraussehen können, sie treten aber ein nach den Gesetzen der Rechtsordnung,

[1] Ansprüche ohne Recht, z. B. Ansprüche aus einer Auflage von Todes wegen, vgl. Arch. f. b. R. XXI S. 259 f.

ganz ebenso, wie die Saat nach den Gesetzen der Naturordnung der Reife entgegenstrebt. Früherhin hat man den Begriff der Rechtshandlung unzulässigerweise beschränkt; insbesondere behauptete man, nur eine solche Tätigkeit könne unter den Begriff der Rechtshandlung fallen, bei der die Folgen von den Parteien gewollt sind und eben nach dem Willen der Parteien eintreten. Diese Ansicht ist unrichtig, die Unrichtigkeit ergibt sich bereits aus dem Vorigen und ist in der Wissenschaft des 19. Jahrhunderts genügend dargetan worden. Das Wesen der Rechtshandlung kann nur darin bestehen, daß sie den Anlaß gibt zu Änderungen in der Rechtsordnung und zwar zu Änderungen, bezüglich deren noch ein weiteres gilt.

Schon aus der Naturordnung nämlich können sich Rechtsänderungen ergeben, weil sich das Recht nicht von dem Boden der natürlichen Gestaltung entfernen kann: es kann kein Eigentum geben, wenn es an der Sache fehlt, die im Eigentum stehen soll; und es kann jemand dadurch, daß er Naturänderungen vollzieht, z. B. eine Sache zerstört, mittelbar auch eine Rechtsänderung herbeiführen. Die Rechtshandlung aber will etwas über diese Naturordnung hinaus; sie ist dazu da, Folgen zu erzeugen, die durch die bloße Naturordnung nicht gegeben sind. Darin zeigt sich klar, daß jedes Überschießende der Rechtswirkung das wesentliche Unterscheidungszeichen der Rechtshandlung ist, wozu noch gehört, daß naturgemäß die Rechtshandlung innerhalb des rechtlich Zulässigen, dem Einzelwesen zur Verfügung Gestellten sich bewegen muß; dadurch unterscheidet sie sich wesentlich von der unerlaubten Handlung, von der Missetat, die zwar auch Rechtsfolgen herbeiführt, aber eben nicht im Sinn des Rechtes, sondern als Gegenwirkung gegen eine vom Rechte gemißbilligte Tätigkeit. Soweit die Rechtshandlungen im weiteren Sinne.

Man hat nun wieder zwischen Rechtsgeschäften und Rechtshandlungen im engeren Sinne unterschieden; der Unterschied kann aber nicht darin liegen, daß bei den einen die Rechtsfolgen gewollt sind, bei den anderen nicht, oder daß im einen Fall die Rechtsfolgen mehr gewollt sind als im andern. Derartige Unterscheidung ist undurchführbar und grundsätzlich verkehrt[1]. Der Unterschied kann nur darin liegen, daß die *Rechtsgeschäfte* eine selbständige Stellung haben, während die *Rechtshandlungen* nur abhängiger Natur sind und zur Entwicklung eines im Lauf befindlichen Rechtsverhältnisses dienen sollen.

Man hat daher zwischen Rechtshandlungen und rechtswidrigen Handlungen zu unterscheiden, von denen die ersteren wieder in Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen zerfallen. Im Gegensatz dazu stehen die Rechtsereignisse: dies sind neutrale Vorkommnisse, aus welchen Rechtsfolgen hervorgehen gemäß dem Zusammenhange zwischen Recht und Naturgesetz.

§ 13. Die Rechtsgeschäfte lassen teilweise *Bedingungen* und *Termine* (Befristungen) zu. *Bedingung* ist ein unsichermachendes Element, welches die Rechtswirkung von künftigen unbestimmten Umständen abhängig macht. Das bedingte Geschäft hat die Eigentümlichkeit, daß man sich bindet, obgleich Umstände, die für das Geschäft erheblich sind, noch ausstehen und künftiger Erledigung harren; aber immerhin ist es von Bedeutung, wenn man sich für diesen Fall, daß die Erledigung so oder so ausfällt, bereits jetzt bindet: das ist bedeutsam, denn die Personen, welche heute geschäftsbereit sind, werden vielleicht in der Zukunft es nicht mehr sein wollen oder nicht mehr sein können. Auf diese Weise erfüllt die Bedingung wichtige Aufgaben im menschlichen Lebensverkehr; sie gibt die Möglichkeit, auch schon in solchen problematischen Zuständen für seine Interessen zu sorgen, so daß man, wenn die gefürchteten oder gehofften oder sonst erwarteten Umstände eintreten, sofort gewappnet ist, während man sonst, wenn diese Umstände eintreten, vielleicht am wenigsten in der Lage ist, die Maßregeln zu ergreifen, um den

[1] Der Rechtsfolgewille kommt nur insofern in Betracht, als er zur Individualisierung des Rechtsgeschäfts dient. Ein Irrtum über die Rechtsfolge ist daher nie ein zur Anfechtung führender Irrtum über den Inhalt des Geschäfts; vgl. R.G. v. 9. Mai 1902, Entsch. 51 S. 281.

hierdurch herbeigeführten mannigfachen Schwierigkeiten zu begegnen. Meist ist die Bedingung eine aufschiebende, so daß der Rechtserfolg erst mit Eintritt der Bedingung auflebt, sie kann aber auch eine auflösende sein, so daß der Rechtserfolg sofort eintritt, aber mit allen seinen Wirkungen erlischt, sobald die Bedingung zutrifft. Begreiflich ist aber, daß nicht alle Rechtsgeschäfte sich dieser Form fügen können, vor allem nicht die Rechtsgeschäfte des Familienrechtes. Diese, wie z. B. Ehe oder Adoption, lassen sich nicht einer unbestimmten Lösung unterwerfen: es wäre dem Sinne des Familienrechtes zuwider, derartige innige, den Menschen im tiefsten erfassende Verhältnisse in ungewisser, hypothetischer Weise eintreten zu lassen. Bei Rechtshandlungen (im engeren Sinn aber ist die Bedingung meist ausgeschlossen.

Die Bedingung ist allerdings nicht nur beim rechtsgeschäftlichen Erwerb, sondern auch beim Erwerb kraft Gesetzes möglich. Ein wichtiger Fall des Eigentums unter auflösender Bedingung ist durch das oben (S. 569) erwähnte Reichsgesetz vom 25. Mai 1873 gegeben. Sofern nämlich gewisse Verwaltungen von Bundesstaaten auf das Reich übergingen, sind auch die der Verwaltung gewidmeten Gegenstände auf das Reich übergegangen, insbesondere auch die für die Verwaltung verwendeten Grundstücke. Bezüglich dieser Grundstücke aber gilt folgendes: das Reich kann sie veräußern, um dafür andere Grundstücke zum Bedarf zu erwerben. Abgesehen davon aber besteht der Satz: werden sie entbehrlich, und bedarf es keines Ersatzes, so daß also auch eine Ersatzveräußerung nicht stattzufinden hat, dann fallen sie an den Bundesstaat zurück, von dem aus sie dem Reiche zugekommen sind (§ 6 des Gesetzes vom 25. Mai 1873).

§ 14. Die Mißverhältnisse, welche bei Rechtshandlungen eintreten können, wenn entweder Irrungen vorkommen oder unethische Motive in einer der Rechtsordnung widersprechenden Weise einwirken, haben vielfach zu Mitteln der Abhilfe geführt. Solcher Mittel gibt es drei: 1. einen obligationsrechtlichen Anspruch auf Aufhebung der Rechtsfolgen und sodann 2. dementsprechend eine Einrede gegen die aus dem Rechtsgeschäft hervorgehenden Ansprüche; so im römischen Recht eine actio und exceptio doli oder metus; und wenn es sich um Irrungen handelt, unter Umständen die Vertrags-actio oder ebenfalls eine exceptio doli. Auch dem B.G.B. sind derartige Reaktionsmittel eigen, und es steht nichts im Wege, auf Grund der allgemeinen Bestimmungen über unerlaubte Handlungen klagend und einredend vorzugehen; auch im Fall der Irrung kann eine Arglisteinrede gegeben sein, wenn es nach den Umständen des Falles anstandswidrig ist, eine solche Irrung zu benützen.

Allein das genügt nicht, denn eine solche Abhülfe wirkt nur obligationsrechtlich, und man wäre Dritten gegenüber, welche die Sache von dem verletzenden Teile erlangt haben, schonungslos preisgegeben. Hat mir jemand z. B. meine Uhr abgepreßt, so könnte ich gegenüber dem dritten Erwerber nicht zum Ziele kommen. Im gemeinen Recht konnte man helfen, einmal dadurch, daß die actio metus eine actio in rem scripta war, und sodann durch das Mittel der in integrum restitutio. Das B.G.B. bedient sich der Anfechtung. Anfechten heißt erklären, daß eine Rechtsfolge als nicht eingetreten gelten soll. Diese Erklärung muß, wenn die Handlung mit einem anderen eingegangen worden ist, diesem gegenüber gemacht werden; ist er oder sein Aufenthalt unbekannt, dann tritt an Stelle der Erklärung die Ersatzzustellung, § 132, 143 B.G.B. Die Anfechtung bewirkt, daß mit diesem Moment die ganze Rechtsfolge sich als eine von Anfang an nichtige darstellt. Eine Forderung ist also nicht entstanden, Eigentum ist nicht übergegangen. Das B.G.B. gestattet eine solche Anfechtung, im Falle man eine Rechtshandlung aus Zwang (Drohung) eingegangen hat, ohne Rücksicht auf die Person des Drohenden, ferner, wenn man durch den Gegner arglistig getäuscht worden ist, aber auch im Falle der Irrung, wenn die Irrung entweder den Inhalt der Erklärung betrifft oder eine Eigenschaft des Rechtsobjektes oder des Geschäftsgegners, die wesentlich ist, und wobei anzunehmen ist, daß bei verständiger Würdigung des Falles der Rechtshandelnde, wenn er den Irrtum nicht gehegt hätte, die Rechtshandlung unterlassen hätte. Dies bietet Anlaß zu schwierigen Untersuchungen, die hier nicht gegeben werden können.

§ 15. Einer der interessantesten modernen Rechtsbegriffe ist der Einredebegriff. Daß sich das Gebilde der exceptio, aus welcher unsere Einrede hervorgegangen ist, im römischen Rechte geschichtlich entwickelt hat, in der Art, daß sie eine Gegenwirkung des prätorischen Rechts gegenüber dem bürgerlichen war, ist bekannt: das „jus civile" bot die eine Rechtsordnung, das prätorische eine andere, und ein Mittel der Ausgleichung war die exceptio, welche dem „jus civile" (in seiner Klagformel) entgegentrat und es unwirksam machte, sobald das prätorische Recht eine solche Unwirksamkeit wollte. Das römische Recht zeigte in dieser Beziehung eine größere Leichtigkeit als das englische, denn im englischen Recht bedurfte es eines besonderen zweiten Prozesses bei dem Kanzler, damit dieser das law durch die equity unwirksam machte. Im späteren römischen Recht, als die klassische Zeit dahin war, hat sich zwar der Begriff der exceptio noch fortgeflanzt, aber ohne große Klarheit. Erst im Mittelalter beginnt die Neuentwicklung; man unterschied zwischen exceptio facti und juris, was allmählich zu dem großartigen Einredebegriffe des modernen Rechts geführt hat. Unsere Einrede ist die exceptio juris der Glossatoren und Postglossatoren. Die späteren allerdings konnten der Aufgabe nicht mehr gerecht werden, und auch die Schule des 19. Jahrhunderts hat zwar das rein römische Recht dargelegt, konnte aber weder selbst die Entwicklung weiterführen noch auch die Entwicklungsgänge der Postglossatoren zu Ende denken. Erst den letzten Jahren war es vorbehalten, den neuzeitigen Einredebegriff zu fassen.

Man hat vielfach behauptet, der Begriff der Einrede widerstreite der Logik des Rechts; denn wenn das Recht etwas von jemandem wolle, so könne es diesem nicht das Recht geben, den Willen des Rechts zu vereiteln; habe umgekehrt dieser die Befugnis, die Rechtsordnung zu vereiteln, so liege eben nicht der Wille der Rechtsordnung vor, welche etwas von ihm verlange. Allein das ist unrichtig. Die Rechtsordnung kann sehr leicht irgend eine Wirkung an den Willen einer Person heften; ebenso wie sie im Strafrecht die Strafe von dem Willen des Antragsberechtigten abhängig machen kann, so kann sie auch im Zivilrecht den Beklagten verpflichten, falls er nicht in einer bestimmten Weise die Verpflichtung ablehnt. Damit wird ja in der Tat die Verpflichtung nicht wirkungslos; es ist unrichtig, zu sagen, ich sei nicht verpflichtet, wenn die Ablehnung der Verpflichtung in meinem Willen steht; wie das folgende beweist.

Die große Bedeutung einer solchen Rechtsfigur zeigt sich nämlich darin, daß 1. das Ablehnungsrecht von irgend welchen Bedingungen abhängig sein kann, daß 2. die Ablehnung dem Verpflichteten Nachteile bringen kann, so daß er also zu wählen hat, ob er von diesem Ablehnungsrecht Gebrauch macht oder nicht, und daß 3. auf dieses Ablehnungsrecht verzichtet werden kann; wird auf solche Weise verzichtet, so entsteht nicht etwa ein neuer Anspruch, sondern der alte im Bann gehaltene Anspruch tritt in volle Kraft und wird von der Hemmung befreit. Es ist etwas wesentlich anderes, ob ein mangelhafter Anspruch neu entsteht, oder ob ein Anspruch, der gehemmt ist, von der Hemmung befreit wird. Man denke sich den Fall, daß für die Forderung ein Pfand an einem Immaterialgut bestehe in der Art, daß andere Pfandrechte nachfolgen. Ist die Forderung mit einer ständigen Einrede belastet, auf welche verzichtet wird, so bleibt das Pfand in dem ursprünglichen Stand. Wäre die Forderung nichtig, und würde eine neue Forderung geschaffen, so wären unterdessen die nachstehenden Pfandrechte vorgerückt, und für die neue Forderung könnte nur ein Pfand an letzter Stelle begründet werden.

Die Einrede ist nichts anderes als die Befugnis, den gegenteiligen Anspruch wegen eines ihm innewohnenden Mangels abzulehnen; der Mangel gibt eine Ablehnungsbefugnis, er tritt daher nur dann hervor, wenn eine solche Ablehnung stattfindet: die Ablehnung ist die Bedingung, unter welcher der Mangel zu Tage tritt; daher beruht die Einrede nicht auf einem selbständigen Rechte, sondern auf der Bedingtheit des Mangels eines gegenteiligen Anspruches.

Am deutlichsten zeigt sich die Notwendigkeit des Einrederechtes bei der sogenannten dilatorischen oder, wie wir sie jetzt nennen können, vergänglichen Einrede. Hier kann der Anspruchsbetroffene den Anspruch zeitweise ablehnen und ihn zur Reaktionsunfähigkeit verdammen, er kann es, solange nicht von dem Anspruchserhebenden

Abhilfe geleistet und die Einrede dadurch beseitigt wird. Diese vergängliche Einrede beruht vielfach auf der Verschlingung der menschlichen Verhältnisse, kraft welcher zwei Dinge nicht selbständig nebeneinanderstehen, sondern von einander bedingt sind und auf solche Weise nur verbunden zur Geltung kommen sollen; so daß der Beteiligte verlangen kann, daß mit dem einen gleichzeitig das andere geschieht, damit nicht ein unnatürliches Lostrennen und eine den Lebensverhältnissen widersprechende Vereinzelung eintritt. Auf diese Weise ist die Einrede ein wichtiges Hilfsmittel eines jeden Beteiligten, um den anderen zu zwingen, auch seinerseits zu tun, was ihm zu tun obliegt. Die Hauptanwendungen dieser Einrede sind die Fälle der gegenseitigen Verpflichtungen (exceptio non adimpleti contractus) und die Fälle des Zurückbehaltungsrechts (exceptio retentionis).

Aber auch die sogenannte ständige Einrede, die man früher peremtorische nannte, ist höchst bedeutsam und gibt dem Anspruchsbetroffenen ein wichtiges Mittel, um sich dann zu helfen, wenn er Hilfe will. Sie tritt hier nicht selten in Doppelstellung neben dem Anfechtungsrecht ein, so daß der Anspruchbetroffene zwei Rechte hat, das Recht der Anfechtung und das Recht der Einrede; ganz ähnlich wie schon im römischen Rechte vielfach eine exceptio gegeben war neben der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Die Anfechtung hat eine andere Funktion: im Gegensatz zur Einrede ist sie eine Befugnis, welche einen Anspruch, ja ein Recht zur vollständigen Vernichtung bringt; ist es vernichtet, dann bedarf es einer Einrede nicht mehr. Bei uns bestehen, wie bemerkt, beide Mittel: bin ich zu einem Geschäfte arglistig verführt worden, so habe ich Anfechtung wie Einrede, und dasselbe gilt im Falle eines erzwungenen Geschäfts. Und es ist ein außerordentlicher Vorteil der Rechtsordnung, wenn sie diese beiden Hilfsmittel nebeneinander gibt; man kann mittelst der Anfechtung das Geschäft ein für allemal zu nichte machen, kann sich aber auch darauf beschränken, den Ansprüchen aus dem Betrugsgeschäft eine Einrede entgegenzuhalten und die Zahlung zu verweigern; und das letztere ist besonders wichtig, weil die Anfechtung vielfach an Zeitschranken gebunden ist.

§ 16. Die Anspruchsverjährung ist nach dem B.G.B. nicht als forderungszerstörendes Element gefaßt, sondern nur als ein Element, welches dem Schuldner, d. h. dem, gegen den ein Anspruch geht, die Befugnis gibt, die Befriedigung des Anspruches zu verweigern[1]. Daraus geht hervor, daß die Verjährung einmal das Recht nicht antastet, sodann auch den Anspruch nur insoweit anfaßt, als ein Weigerungsrecht des Schuldners entsteht. Unrichtig wäre es aber, die Sache so zu fassen, daß die Verjährung nur die Klage und den Prozeß hindere; sie hindert vielmehr jede Geltendmachung des Anspruches, also beispielsweise auch die Geltendmachung durch Selbsthilfe, auch da, wo die Selbsthilfe sonst gestattet ist; vgl. auch § 390 B.G.B.

Die Weigerung im Falle der Verjährung hat einen besonderen Charakter, den Charakter des individuellen Schutzes und ist darum vollkommen der Individualität des Anspruchsbetroffenen anheimgestellt. Namentlich ist es eine Gewissensfrage, die Verjährung vorzuschützen oder nicht; denn die Gründe der Verjährung liegen darin: es soll niemandem Unrecht geschehen; es soll einerseits nicht etwas noch einmal verlangt werden, was schon berichtigt ist, und anderseits soll nicht von früherer Zeit her ein altes Schuldverhältnis in unzeitiger Weise gebracht werden, wodurch möglicherweise die ganze Vermögensberechnung einer Person über den Haufen geworfen würde; es sollen insbesondere auch nicht eine Reihe von Ansprüchen, welche jeweils gegenüber den Erträgnissen des Vermögens hätten geltend gemacht werden sollen, kapitalisiert auf das Vermögenskapital

[1] Hierbei ist das römische Verjährungsinstitut mit dem deutschrechtlichen Institut der Verschweigung zusammengetroffen. Entsprechend entwickelte sich die Verjährung in den mittelalterlichen Stadtrechten, nach Art der Schuldverhältnisse abgestuft, im Gegensatz zur Einförmigkeit des römischen Rechts; so kennen die Statuta mercatorum von Piacenza aus XIII. Jahrh. 375 (Mon. ad prov. Parm. pert. I 6 p. 101) eine zwanzigjährige Verjährung der Kaufleute, Novara (1277) Art. 266 eine zweijährige Verjährung des Anspruchs aus der Verwaltung; in Como 1258 Art. 218 (M. hist. patr. XVI p. 85) verjährt der Ackerzins in drei Jahren, eine Zeit lang auch der Geldzins (Como 1203 Art. 250, aber aufgehoben 1222 Art. 251, M. h. p. ib. p. 94. 95) u. a.

aufgelegt werden, so beispielsweise, wenn jemand Zinsen von zwanzig Jahren her auf einmal zur Eintreibung bringen dürfte. Ob nun durch ein unzeitiges Eintreiben ein Unrecht geschieht, ob es sich um einen erloschenen Anspruch handelt, dessen Erlöschen schwer beweislich ist, ob die Geltendmachung in obiger Weise ein sachwidriges Einwirken der Vergangenheit auf die Gegenwart darstellt, das ist dem Gewissen des Schuldners anheim gestellt. Macht er die Verjährung nicht geltend, zahlt er, dann hat er das Gegenteil gewählt, und darum gilt der Grundsatz, daß, wer eine verjährte Forderung bezahlt, nicht in der Lage ist, das Gezahlte zurückzuverlangen, auch dann nicht, wenn er diese Erwägung irrtümlich gemacht, oder wenn er sie gar nicht gemacht und vielleicht die Verjährung gar nicht gekannt hat. Diesem Gedankengang unterstehen insbesondere die sogenannten kurzen Verjährungen bei denen es sich gewöhnlich um kleinere Summen handelt, die aber nichtsdestoweniger für das Leben von ganz unermeßlicher Bedeutung sind: hier handelt es sich namentlich um die Ansprüche zwischen Geschäftsleuten und Publikum, und zwar Geschäftsleuten im Sinne von Kaufleuten wie von Handwerkern, d. h. solchen, welche kraft Werk- oder Dienstvertrages leisten, oder welche die Lieferung fertigzustellender Sachen übernommen haben. Derartige Personen sollen zeitig ihre Rechnungen machen, damit man einen Überblick behält, und sie sollen die baldige Zahlung erheischen, denn, wenn lange Zeit verstrichen ist, hat man vielleicht die Quittungen verloren und kann man folgeweise die bereits erfolgten Zahlungen nicht mehr beweisen. Bestünden diese Verjährungen nicht, so käme die ganze Vermögensverwaltung in Unordnung, oder ein jeder müßte wie ein Kaufmann Papiere, die das Geschäft betreffen, ins Ungemessene hinein aufbewahren; dadurch würde eine Menge Unrecht entstehen und von dem einzelnen eine Mühewaltung verlangt, die die Sache nicht lohnt. Die bezeichnete Verjährung ist eine zweijährige, beginnt aber erst mit Schluß des Kalenderjahres. Ganz besonders wichtig ist auch die vierjährige Verjährung von Zinsen und anderen periodischen Leistungen. Von großer Wichtigkeit ist auch die dreijährige Verjährung von Verpflichtungen aus unerlaubter Tat, die allerdings erst mit der Kenntnis von der Vergehung, von der Person des Täters und dem daraus hervorgehenden Schaden beginnt: auch sie ist von größter Bedeutung, denn wem wird nicht die eine oder andere Schuldhaftigkeit zur Last fallen? insbesondere welcher Beamte wird nicht da oder dort einen Fehler begehen, der ihn haftbar machen kann? und welche Sicherheit und welche Beruhigung muß nicht eintreten, wenn nach drei Jahren die Verjährung darüber hinweggeglitten und der Beamte gedeckt ist!

Im übrigen gilt für alle Fälle noch die althergebrachte dreißigjährige Verjährung.

So ist die Verjährung ein Regelungs-, Ordnungs- und Beruhigungsinstitut höchsten Ranges.

Allerdings geht schon aus dem Obigen hervor, daß sie dann nicht laufen kann, wenn der Anspruchsberechtigte den Anspruch in ordnungsmäßiger Weise betreibt, daher der Grundsatz von der Unterbrechung: die Unterbrechung zerstört die Verjährung, denn wer den Anspruch einklagt oder sonst betreibt, der tut alles, was in seinen Kräften steht und begeht darum keine Ungebühr, wenn er daraufhin die Leistung auch erst nach der Zeit verlangt: durch die Klageerhebung ist der andere Teil so sehr aufgerüttelt worden, daß er sich nicht auf die oben angeführte Erwägung berufen kann. Erst wenn der Prozeß ruht, kann eine Verjährung wieder laufen, aber dann beginnt eine neue Verjährung. Im Gegensatz zur Unterbrechung steht die sogenannte Hemmung der Verjährung, die dadurch gekennzeichnet ist, daß während der Hemmungsdauer die Zeit nicht verjährungsbringend wirkt, während doch der bereits abgelaufene Verjährungszeitteil vollständig bestehen bleibt; so beispielsweise, wenn es sich um Ansprüche zwischen Ehegatten und zwischen Eltern und Kindern handelt: hier soll keine Verjährung laufen, denn es wäre gegen alle ethischen Grundsätze, wenn man verlangen wollte, daß Ehegatte und Ehegatte, Eltern und Kinder gegeneinander klagend aufträten. Etwas Besonderes gilt dann, wenn ein Geschäftsunfähiger oder Geschäftsbeschränkter im Augenblick keinen Vertreter hat; in diesem Fall wird die Sache so gewendet, daß sein Anspruch unter allen Umständen noch innerhalb sechs Monaten erhoben werden kann, nachdem die gesetzliche Obsorge wieder in Kraft getreten ist.

Im allgemeinen wird man die ganze Gestaltung des Verjährungsinstitutes im B.G.B. beglückwünschen können; es ist kaum ein anderes Verjährungsgesetz bekannt, das die Rechtsverhältnisse befriedigender löst als das unsrige. Es läßt sich allerdings fragen, ob nicht bei den kleinen Verjährungen eine Unterbrechung auf dem Wege der Mahnung erfolgen sollte, ob es richtig ist, wenn hier stets Betreibung auf dem Wege der Klage oder einer gleichwertigen Prozeßtätigkeit zu geschehen hat, um die Unterbrechung zu bewirken. Indes muß man dem Gesetze doch auch hier Beifall zollen, denn der Begriff der Mahnung geht so weit, daß, wollte man ihr diese Bedeutung beimessen, die Verjährung gar zu sehr ins Ungewisse gestellt worden wäre; und auf der anderen Seite ist ja in den meisten Fällen die Betreibung durch die Möglichkeit des Mahnverfahrens so sehr erleichtert, daß man derartiges dem Gläubiger schon zumuten kann. Nur das eine ist zu bemängeln, daß in der Berechnung der Verjährungsfristen die Verhältnisse nicht immer richtig gewertet sind.

B. Absolute Rechte.

Erstes Buch.

Persönlichkeitsrecht.

a) Ausflüsse des Persönlichkeitsrechts.

§ 17. Das Persönlichkeitsrecht als das Recht, zu verlangen, daß die Person als vollgültige sittliche und geistige Persönlichkeit anerkannt wird, hat verschiedene Ausladungen. Es schließt das Recht auf Leben, Gesundheit, Ehre in sich ein, und wenn die Person ein Gewerbe betreibt, so ist, wie noch (S. 593) darzutun ist, auch dieses eine neue Rechtserrungenschaft der Persönlichkeit. Aber auch Nebenrechte bestehen in der Art, daß an die Persönlichkeit sich bestimmte Einrichtungen anschließen, die der Person zukommen, um ihr Personenrecht zu befestigen. Zu diesen Einrichtungen gehört der Name. Das Namenrecht ist im B.G.B., § 12, ausdrücklich anerkannt: sein Schutz hat die reichsgesetzliche Sanktion erfahren, und es steht nunmehr fest, daß man gegen jeden Eingriff in das Namenrecht einschreiten darf; so insbesondere, wenn jemandem der Name bestritten wird, aber auch dann, wenn ein anderer sich widerrechtlich unseres Namens bedient, in einer unser Interesse verletzenden Weise. Als Name gilt der gesetzliche Name und gilt auch der gesellschaftlich anerkannte Deckname (Pseudonym). Dies bestreiten heißt Wortauslegung.

Eine besondere Bedeutung nimmt das Namenrecht im Handel ein. Der Kaufmann, und zwar der Vollkaufmann, auch die kaufmännischen Gesellschaften haben ihre besondere Bezeichnung, ihren besonderen Handelsnamen, den man „Firma" nennt. Unter diesem Namen werden vom Kaufmann die kaufmännischen Rechtshandlungen vollzogen; die Rechtshandlungen, nicht etwa bloß die Rechtsgeschäfte; die Rechtshandlungen des Zivilrechts, wie des Prozesses. Eigenartig ist dabei, daß die Firma mit dem Geschäft veräußert werden kann, etwas, was bei dem bürgerlichen Namen unmöglich ist: der Grund liegt darin, daß im Handel die Persönlichkeit so sehr mit dem Geschäft verwächst und demselben seinen Charakter verleiht, daß man annehmen muß, das Geschäft werde, auch wenn die Persönlichkeit zurücktritt, wenigstens einstweilen den bisherigen Bahnen folgen. Ursprünglich verlangte man, daß der Geschäftsübernehmer sich als Nachfolger der Firma So und So zu bezeichnen habe; später gestattete man, auch diese Nachfolgebezeichnung wegzulassen, und auf solche Weise ging die Firma selbst über. Aus dieser historischen Entwicklung ergibt sich auch, daß hier von einer eigentlichen Veräußerung im Sinne einer Rechtsnachfolge nicht die Rede ist: sondern der Geschäftserwerber hat eben ausnahmsweise das Recht, eine andere Firma, als seinen Namen, anzunehmen,

um sich als den Nachfolger eines bestimmten Geschäfts zu bezeichnen; die Bezeichnung ist eine Kontinuitätsbezeichnung. Dies gilt natürlich nur dann, wenn der Vorgänger die Firma berechtigtermaßen trug: war dies nicht der Fall, so hat auch der Erwerber des Geschäfts nicht das Recht, sich diesen Namen anzueignen, denn die Voraussetzung, um einen fremden Namen zu führen, ist nicht gegeben: eine Fortsetzungsbezeichnung ist nur berechtigt, wenn die ursprüngliche Bezeichnung berechtigt war.

Durch Übertragung des Geschäfts geht der Name über, wenn die Übertragung eine vollständige ist; er geht über, wenn der bisherige Träger den vollständigen Übergang gestattet, wenn er ihn gestattet als Übergang des Geschäfts mit dem Recht der Kontinuitätsbezeichnung. Daher kann auch durch Vollstreckung und namentlich durch Konkursvollstreckung das Geschäft mit der Firma veräußert, d. h. dem Geschäftserwerber das Recht gegeben werden, den Namen des in Konkurs gefallenen Vorgängers anzunehmen. Man hat es bestritten, weil die Firma ein Persönlichkeits-, kein Vermögensrecht sei. Dieses Argument ist aber völlig unstichhaltig, denn es handelt sich nicht um Zwangsvollstreckung in die Firma, sondern um Zwangsvollstreckung in das Geschäft: diese Zwangsvollstreckung in das Geschäft aber hat nur dann ihre volle Bedeutung, wenn der Erwerber des Geschäfts sich als Nachfolger der Firma bezeichnen oder auch die Firma selber führen kann, wenn ihm die Fortsetzungsbezeichnung gestattet ist. Es handelt sich also darum, ob auf dem Wege der Zwangsvollstreckung das Geschäft völlig und mit Erfolg (also auch mit Kontinuitätsbezeichnung) übertragen werden kann oder nicht[1].

Für die Negative sprechen keine Gründe. Man kann höchstens sagen, es dürfe dem Schuldner nicht verwehrt werden, sich unter seinem Namen weiter aufzutun und von neuem ein Geschäft zu gründen. Das wird ihm aber auch durch eine derartige Konkursveräußerung nicht verwehrt; vorausgesetzt, daß er seine Firma in einer Weise gebraucht, daß nicht der Schein entsteht, als führe er das alte Geschäft weiter. Gegen die Negative spricht insbesondere auch der Umstand, daß unbezweifelt ein Zeitungstitel mit der Zeitung im Konkurs veräußert werden darf, und ebenso ein Gewerberecht, soweit solches veräußerungsfähig ist.

Dem Firmenrecht gleicht das Recht an Zeitungstiteln: auch die Zeitung ist ein Unternehmen, welches eine Bezeichnung führt: diese benennt die Zeitung und damit den Inhaber der Zeitung in seiner Eigenschaft als Träger des Unternehmens, und daher gilt das Gleiche wie vorhin: das Unternehmen kann veräußert werden und damit auch der Titel.

Doch gehört alles dieses dem Handelsrecht an. Ebenso fällt in dieses Gebiet das Recht, eine Ware mit einem Namen oder Zeichen versehen zu dürfen, das sogenannte Markenrecht; allerdings ist solches kein Sonderrecht der Kaufleute, sondern es steht jedem zu, welcher Produkte vertreibt, z. B. auch einem landwirtschaftlichen Produzenten. Immerhin aber liegt der Schwerpunkt der Lehre im Handelsrecht, weshalb hier darüber weggegangen werden soll.

§ 18. Zu dem Persönlichkeitsrecht gehört auch das Recht am eigenen Bild[2]. Man hat behauptet, jemand habe an dem eigenen Bild ein solches Ausschließungsrecht, daß er überhaupt verbieten könne, ein Bild von sich an die Öffentlichkeit zu bringen. Dies geht zu weit: ebenso wie die Lebensbeschreibung wenigstens nach der äußeren Seite hin bei bedeutsamen Persönlichkeiten eine soziale Sache ist, die dem Publikum nicht entzogen werden soll, ebenso gehört auch das Bild eines bedeutenden Menschen der Öffentlichkeit an, und diese hat das Recht zu verlangen, daß ihr das Bild nicht vorenthalten wird[3]. Anders wäre es allerdings, wenn entweder die Persönlichkeit völlig von der Öffentlichkeit zurückgezogen lebte und es nur etwaige Interessen der Klatschsucht oder der Böswilligkeit wären, welche das Bild der Person an das Publikum zögen, oder wenn das

[1] Leitfaden des Konkursrechts 2. Aufl. S. 242.

[2] Über diese und andere Fragen vgl. meine Schrift: Das Eigenbild im Recht (1903).

[3] Es ist völlig verkehrt, hier von bloßer Neugier zu sprechen; höchstens sofern man den menschlichen Wissenstrieb überhaupt Neugier nennen will (vide Hermann und Dorothea).

Bild in einer entwürdigenden, herabsetzenden Weise, namentlich in einer verächtlichen Umgebung wiedergegeben würde. So hat man es mit Recht für unzulässig gehalten, das Bild einer Sängerin auf Zündholz- oder Biskuitschachteln anzubringen.

Auch dann läge ein Eingriff in die Persönlichkeit vor, wenn sie ohne ihren Willen im intimen Kreise oder in einem solchen Kostüm wiedergegeben würde, welches nicht für die Öffentlichkeit bestimmt ist; es wäre z. B. völlig widerrechtlich, eine im Bade oder im Schlafzimmer photographierte Persönlichkeit dem Publikum preiszugeben. Zu diesen Intimitäten gehören auch die Schauer, welche den Tod umgeben. Es ist darum nicht gestattet, das Bild einer Leiche zu veröffentlichen ohne Genehmigung der Träger des Persönlichkeitsrechtes; dies wenigstens dann nicht, wenn sie die Leiche nicht selbst der Öffentlichkeit preisgegeben und auf dem Paradebett ausgestellt haben. Ein berühmter Fall dieser Art war der Fall Bismarck, wo zwei Leute kraft Hausfriedensbruches sich eindrängten und die Leiche des Staatsmannes mit Magnesiumlicht photographierten. Die Verbreitung dieser Photogramme wurde von allen drei Instanzen verboten; allerdings läßt die Entscheidung des Reichsgerichts in der Begründung viel zu wünschen übrig[1].

§ 19. Das Recht an der Persönlichkeit kann sich auch darin geltend machen, daß die Person nicht an ihrer *Ehre* angegriffen werden darf und daß auch alle sonstigen Maßnahmen unterbleiben müssen, welche die Person erniedrigen, herabziehen, lächerlich machen und ihr die gebührende Achtung rauben. In dieser Beziehung geht das Zivilrecht weiter als das Strafrecht; strafrechtlich besteht ein Schutz der Ehre insofern, als die sittliche Würdigkeit der Persönlichkeit nicht angegriffen werden darf; zivilrechtlich aber kann ein Eingriff schon darin liegen, daß man über die Körperlichkeit einer Person Dinge verbreitet, welche sie im Verkehr als minder leistungsfähig erscheinen lassen, oder daß man über ihre Abkunft, über ihre Religion oder sonstige sittlich unanfechtbare Dinge falsche Ansichten verbreitet, welche der Person in der Verkehrswelt schädlich sein können.

Hierher gehört aber auch die mittelbare Verunglimpfung einer Person dadurch, daß man sie in einem Roman, einer Novelle oder einer sonstigen künstlerischen Darstellung in herabwürdigender Weise schildert oder ihre intimen Seiten in einer unangemessenen Weise an die Öffentlichkeit bringt. Allerdings, wenn jemand bloß den Namen einer Person oder etwa ihre Hausnummer bei einem Roman gebraucht, so ist dies noch keine unberechtigte Einwirkung; denn der Romanschriftsteller muß eben doch seiner Person einen Namen geben, und er würde den Charakter seiner Schilderung beeinträchtigen, wenn er ihre Benennung aus fremden Weltteilen herholen müßte; hierzu kommt, daß unsere Namen oftmals so häufig sind, daß nicht ohne weiteres auf eine Identifikation geschlossen werden kann. Eine Ausnahme wäre aber gegeben bei Namen sehr bekannter und viel besprochener Personen, bei denen das Publikum sofort an die eine Persönlichkeit denkt, insbesondere dann, wenn auch die sonstigen Umstände auf die Persönlichkeit hinweisen; in diesem Falle könnte auch durch Namensnennung oder durch Bezeichnung ihrer Wohnung ein schwerer Frevel an der Person verübt werden.

§ 20. Eine Hauptverletzung der Person kann dadurch geschehen, daß man ihre Stellung im *Gewerbe* angreift; daß man entweder ihre Verdienste sich anmaßt (daß man Werke, die man selbst hergestellt, ihr zuschreibt und durch Täuschung des Publikums ihr Ansehen, ihre Stellung im Verkehr für sich mißbraucht), oder daß man in ihr Geheimnis eindringt, oder daß man sie gewerblich herabzieht, oder auch, daß Jemand Maßnahmen trifft, welche dahin abzielen, durch täuschende Vorstellungen des Publikums seine Stellung über die der anderen zu erheben und dadurch den anderen einen Teil ihrer persönlichen Wirkungskraft zu nehmen, welche sie im Verkehr beanspruchen können; wozu insbesondere falsche Reklamen, Vorspiegelung von Preismedaillen u. s. w. gehören. Das

[1] Vgl. darüber Autor- und industrierechtl. Studien II S. 61 f.

ganze Gebiet dieser Verfahrensweisen faßt man unter der Bezeichnung „unlauterer Wettbewerb" (concurrence déloyale) zusammen.

Die Geschichte der Behandlung dieses unlauteren Wettbewerbs in Deutschland ist eigenartig.

Während das gemeine Recht im Falle einer jeden solchen Arglist in necem alterius eine actio doli gab, trat in den letzten Jahrzehnten des 19. Jahrhunderts ein bedeutender Rückschlag in der Jurisprudenz ein, namentlich seitdem das deutsche Markengesetz ergangen war. Die Gerichte weigerten sich nun, den unlauteren Wettbewerb mit der actio doli zu treffen. Die seltsame Ansicht, das Warenzeichengesetz sei beschränkend und wolle nicht nur den redlichen Verkehr auf der einen Seite schützen, sondern auch auf der anderen Seite den redlichen Verkehr, der früher geschützt war, preisgeben, führte dahin, daß man sagte: wenn das Warenzeichengesetz nicht verletzt ist, so können auch die stärksten Unlauterkeiten des Verkehrs nicht verfolgt werden; und da das alte Warenzeichengesetz nur sehr unvollkommen war, so traten recht unliebsame Folgen ein. Die bösesten, schwindelhaftesten Reklamen, die sonderlichsten Täuschungen des Publikums zum Nachteil der Konkurrenz, abenteuerliche Angaben bezüglich der Herkunft der Waren, Mißbrauch der Namensähnlichkeit und alles derartige mußte als unfähig gelten, die Schärfe des Rechts zu wecken; die actio doli war und blieb versagt. Die Jurisprudenz des Reichsgerichts begann in den 80er Jahren zuerst schüchtern sich in diese Sackgasse zu verirren[1], und nachdem man so begonnen hatte, gingen die Irrungen weiter und weiter. Fürwahr, das Jahrzehnt der Jurisprudenz von 1886 bis 1896 gehört nicht zu den Glanzzeiten der deutschen Rechtsgeschichte: es bewies ein merkwürdiges Ungeschick in der Handhabung des Rechts, einen öden Formalismus, und das mußte uns um so mehr bekümmern und betrüben, als nicht nur die französischen, englischen, amerikanischen Gerichte hier einen ganz anderen Zug zeigten, sondern vor allem auch das Schweizer Bundesgericht eine viel bessere Rechtspflege als das Reichsgericht entwickelte; und ganz besonders auffallen mußte es, daß diese Jurisprudenz von einem französischrechtlichen Senate des Reichsgerichts ausging, von wo man doch eine freiere Auffassung des Rechts hätte erwarten sollen. Ein ganzes Jahrzehnt habe ich mich gegen diese Rechtspflege erhoben und sie bekämpft. Das Reichsgericht trat aber nicht zurück und blieb auf seinem Irrtum bestehen. Es verlohnt sich wohl, auf diese Entscheidungen noch einen Blick zu werfen; sie werden der Zukunft als überaus seltsam erscheinen. Auf das Urteil über die schwarze Hand folgte ein Urteil des Reichsgerichts (I. Ziv.-Sen.) vom 27. April 1887 XVII S. 101 und 13. November 1886 (I. Ziv.-Sen.) XVIII S. 93; in letzterer Entscheidung wurde ausgesprochen, daß gegen ein eingetragenes Zeichen nichts zu machen sei, auch wenn es bezeptiv, d. h. in der Absicht gewählt sei, durch Täuschung im Verkehr arglistige Verwirrung anzustiften; und endlich folgte das Urteil vom 28. Mai 1892 (II. Ziv.-Sen.) XXIX S. 57, wo das Prinzip auf die Spitze getrieben wurde. Der Fall war hier ganz besonders prägnant; ein Handelshaus hatte, als die Türkei für ihr Gebiet die Tabakfabrikation monopolisierte, seinen Betrieb nach Hamburg verlegt und seine Tabake mit S ..... frères de Constantinople bezeichnet, wodurch der Schein entstand, als ob die Käufer echt türkische Waren erhielten. So wurden diese Tabake auch in Baden, in einem Lande des französischen Rechts, vertrieben. Dies schien den Untergerichten doch zu exorbitant, als daß sie sich durch die bisherige Rechtsprechung des Reichsgerichts bestimmen ließen, und sowohl das Landgericht Mannheim als das Oberlandesgericht Karlsruhe verurteilten den Beklagten, den Zusatz de Constantinople zu streichen. Nicht so das Reichsgericht: es blieb auch hier auf der betretenen Bahn und erklärte wörtlich wie folgt (Entsch. in Civilsachen XXIX S. 60):

„Gegen den bloßen Gebrauch einer falschen Ortsbezeichnung als Zusatz zur eigenen, an sich nicht beanstandeten Firma bei der Bezeichnung ihrer Fabrikate ist

[1] Es war das unglückselige Urteil über die „schwarze Hand". Der Verlauf dieses Prozesses ist geschildert in meinem „Aus dem Patent- und Industrierecht" I S. 39 ff. Das Urteil des R.G. ist vom 2. Juli 1886.

ein gesetzlicher Schutz demnach nicht gewährt, und es kann auch mittels Berufung auf eine vermöge der hierdurch bewirkten Täuschung des Publikums und Benachteiligung des Warenabsatzes der Klägerin damit begangene concurrence déloyale der Anspruch auf diesen Schutz nicht begründet werden. Der Versuch, in einem Rechtsgebiete, in welchem im allgemeinen Klagen wegen unredlicher Konkurrenz auf Grund des Art. 1382 Code civil möglich sind, eine solche Gefährdung des Warenabsatzes der Klägerin durch die erwähnte Warenbezeichnung der Beklagten mittels einer Deliktsklage für die Zukunft zu verhindern, kann daher keinen Erfolg haben."

Damit war die Sache besiegelt. Jetzt blieb nichts anderes übrig, als durch ein Gesetz zu helfen, und die Sache schien so dringend, daß man das B.G.B. gar nicht abwartete, sondern am 27. Mai 1896 ein Gesetz über den unlauteren Wettbewerb erließ. Dieses Gesetz ist im wesentlichen kasuistisch; es zählt verschiedene Arten des unlauteren Wettbewerbs auf, vor allem die falsche Reklame, sodann die Anschwärzung und die Verbreitung falscher, die Ehre oder die Schätzung eines fremden Geschäftes beeinträchtigender Gerüchte, sodann den Mißbrauch der Gleichnamigkeit und endlich den Verrat der Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse. Einige andere Arten des unlauteren Wettbewerbs, wie insbesondere die Unlauterbarkeit durch Angabe falscher Herkunftsbezeichnung und durch Nachahmung der Verpackung und Ausstattung der Ware hatte bereits das neue Warenzeichengesetz vom 12. Mai 1894 verboten. Das Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb war ein Schritt zum Bessern; es ist noch jetzt gültig und hat noch jetzt seine Bedeutung, namentlich insofern, als es auch Strafbestimmungen enthält und als die Berufung auf die kasuistischen Fälle des Gesetzes einer Klage ohne weiteres Einlaß gibt, ohne daß eine weitere Darlegung des unlauteren Charakters einer Handlungsweise nötig ist.

Was speziell die Gleichnamigkeit betrifft, so ist zu bemerken: seinen eigenen Namen darf jeder Gewerbtreibende gebrauchen; doch darf er dies nicht so tun, daß es zum Mißbrauch führt, in der Weise, daß das Publikum getäuscht wird und annimmt, in diesem Namen nicht die Bezeichnung des wahren Produzenten, sondern eines anderen zu finden, der den gleichen Namen trägt. Daher darf ein Produzent, der zufälligerweise einen gleichen Namen trägt wie ein im Verkehr bekannter Gewerbtreibender, den Namen nicht in einer verwechselnden Weise gebrauchen. Es gibt unendlich viele Arten, sich des Namens zu bedienen: man kann seinen Namen nicht nur durch Vornamen, sondern auch durch Zusätze individualisieren und auf ein bestimmtes, schärfer begrenztes Gebiet zurückführen; der redliche Gebrauch des Namens besteht nun darin, daß man ihn, wo immer nötig, mit irgend einem individualisierenden Zusatz versieht, welcher ihn von dem Namen, wie er bisher von dem anderen gebraucht wurde, abhebt; dies dann wenigstens, wenn eine Verwechslung zu befürchten ist. Das Gebot des lauteren Wettbewerbs besteht also in dem Gebote, daß der neue Namensträger, wenn nötig, seinem Namen einen individualisierenden, auszeichnenden Zusatz beifügt, und daß er noch mehr alles vermeidet, was die verwechselnde Kraft des Namens steigern könnte, daß er also vor allem die Eigenart, in welcher der bisherige Namensträger sich seines Namens zu bedienen pflegte, nicht nachahmt, sondern ihr durch entgegengesetzte Eigenart entgeht. Das alles ist nicht in formal schablonenmäßiger Weise, sondern nach Maßgabe der Besonderheit des Falles zu behandeln, und es war daher nicht von einem formalen Markenrechte, sondern von einem materiellen Schutze des Persönlichkeitsrechts die Rettung zu hoffen.

Möglich ist allerdings folgendes: der Name des Produzenten, der gebraucht wird, um die Ware zu bezeichnen, kann zu einer Sachbezeichnung werden, sofern der Verkehr die Sache so auffaßt, daß die mit dem Namen bezeichneten Waren nicht auf die Fabrik des Namensträgers zurückweisen soll, sondern daß der Name nur eine besondere Art der Ware oder eine eigenartige Weise der Produktion der Ware zu kennzeichnen habe. Ein derartiger Übergang von Individualbezeichnung zur Sachbezeichnung findet mitunter statt. Er ist aber im Zweifel nicht anzunehmen, namentlich dann nicht, wenn der Namensträger nicht lässig war und die nötige Verkehrssorgfalt angewandt hat, um das Publikum darauf hinzuweisen, daß der Name auf ihn als den Produzenten, nicht etwa auf eine besondere Art des Produktes hinweise. Gibt also beispielsweise der Erfinder jemandem eine

Lizenz zur Fabrikation der Ware, so darf er ihm nicht auch die Befugnis geben, die Ware mit dem Namen des Erfinders zu bezeichnen, denn sonst wird die Bezeichnung leicht zur Sachbezeichnung. Auch ist es sehr zu empfehlen, daß der Produzent nicht etwa die eine Ware mit seinem Namen, die andere anders bezeichnet, denn dies wäre ein Motiv, anzunehmen, daß der Name gerade einer bestimmten Art von Ware gleichsam eingekörpert und angepaßt werde und speziell zur Bezeichnung einer bestimmten Art der Ware dienen solle.

So, was die Bestimmungen des Wettbewerbgesetzes betrifft; es ist aber ergänzt worden durch das B.G.B., und der Paragraph, welcher hauptsächlich auf den unlautern Wettbewerb gemünzt ist, ist § 826. Eigentlich aber wird der unlautere Wettbewerb bereits durch § 823 getroffen, da es sich hier um Verletzung der Persönlichkeit handelt.

Daß das Wettbewerbgesetz nicht genügt und es der vollen Ausnützung der §§ 823, 826 B.G.B. bedarf, um dem unlauteren Gebaren zu steuern, wird allgemein anerkannt[1].

Fälle des unlauteren Wettbewerbs, welche durch das Wettbewerbgesetz nicht gedeckt werden, sind insbesondere folgende: 1. die Herabsetzung fremder Ware durch anstandswidrige Mittel; so z. B. wenn jemand die fremde Ware ständig unter dem Preis verkauft, um sie damit als minderwertig zu charakterisieren: das Verschleudern der Ware kann ein wirksames Mittel der Herabsetzung und Verkleinerung sein, so die französische Praxis;

2. das anstandswidrige Abspenstigmachen von der fremden Ware, so z. B. wenn man die fremde Ware auslegt, so daß der Kaufliebhaber sie sucht und sodann diese Gelegenheit benutzt, um diese Ware herunterzusetzen und andere Ware anzubieten. Das geht über den erlaubten Tadel hinaus, denn man läßt hier nicht der Kritik ihren Gang, sondern hascht den Kaufliebhaber durch besondere Mittel herbei, um seelisch auf ihn zu wirken;

3. eine ganz besondere Art der Unlauterkeit liegt aber darin, daß man dem anderen Teil androht, durch Herabsetzung seiner Ware solange auf ihn einwirken zu wollen, bis er sich zu irgend einer Einräumung bereit erklärt. Dies ist ein nicht seltenes Mittel, um ein Haus, welches mit einem anderen keine Geschäfte machen oder sich einem Verbande nicht anschließen will, mürbe zu machen; man erklärt ihm, seine (anderwärts bezogene) Ware so lange verschleudern zu wollen, bis es müde wird und sich gefügig zeigt. Mit anderen Worten: die Erpressung durch Schleuderdrohungen ist unerlaubt, sie kann sogar strafrechtlich verfolgbar werden; ist aber diese Androhung widerrechtlich, so ist es auch die Ausführung der Drohung, denn diese ist nichts anderes als die Verfolgung dieses Widerrechts: würde es bei der Drohung bleiben und würde nicht mit der Verschleuderung begonnen, so würde sie wirkungslos und wäre daher leicht in den Wind zu schlagen. In jeder Verschleuderung liegt daher eine Fortsetzung und Steigerung der Drohung; in jeder solchen Tätigkeit erklärt man: das tue ich und werde ich weiter so tun, bis du uns entsprichst. Auf solche Weise können insbesondere kapitalkräftige Vereine andere minder begüterte Produzenten geradezu in ihre Gewalt bringen; sie können sie zwingen, sich ihren Anordnungen zu fügen und sich von ihnen völlig auffaugen zu lassen. Das ist unstatthaft; es führt zum gerichtlichen Verbot und zur Entschädigung.

Eine weitere bedeutsame Frage, die namentlich für das Verhältnis zwischen Warenhäusern und Einzelverkäufern von vitaler Bedeutung wird, ist die, ob nicht der Produzent beliebter Etikett- und Markenwaren verlangen kann, daß die Ware mit der Etikette nicht unter dem bestimmten Preis verkauft werden darf, weil sonst die Warenhäuser durch Unterbieten den Einzelverkäufern den Betrieb unmöglich machen können. Hier wäre ein Zusatz zum Markengesetz angebracht.

Sehr wichtig ist endlich die Frage, inwiefern die Gesetze über unlauteren Wettbewerb in Anwendung kommen, wenn die Sache in das Markenrecht einschlägt. Was über diese

---

[1] So sagt der Jahresbericht der Handelskammer zu Berlin für 1902 S. 38: Lebhaft waren auch im Berichtsjahre die Klagen der Detailkaufleute über die Schädigungen, die der unlautere Wettbewerb trotz Gesetzes anrichtet, ferner über Schwindelauktionen, Ausverkäufe, sog. Warenhäuser für Gelegenheitskäufe, Rabattvereine u. s. w. Vgl. auch ebenda S. 91 betr. die Mißbräuche im Kognakhandel; hierüber auch Bericht des Ältestenkollegiums 1902 II S. 18.

Frage seinerzeit das Reichsgericht entwickelt hat, ist, wie schon aus dem Obigen zu entnehmen, völlig unhaltbar. Viel bedeutungsvoller sind die Erörterungen des Schweizer Bundesgerichts mit Rücksicht auf den Artikel 50 des Schweizer Obligationsrechts, aus dem man den Anspruch gegen unlauteren Wettbewerb hergeleitet hat. Sie sollen kurz erwähnt werden.

Es ist behauptet worden, daß nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts der Artikel 50 überall da keine Anwendung fände, wo es sich um ein spezielles Recht, nämlich um das Markenrecht handle. Nun hat allerdings das Bundesgericht am 31. Januar 1896, Curti No. 2556, folgendes ausgesprochen: „Besteht die illoyale Konkurrenz in der Verletzung eines Rechts, dessen Schutz durch Spezialgesetz normiert ist, so kann diese illoyale Handlung auch nur nach Maßgabe des Spezialgesetzes verfolgt werden, so daß die Berufung auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze über concurrence déloyale ausgeschlossen bleibt, gleichviel ob die Förmlichkeiten des Spezial- (hier Markenschutz-) Gesetzes erfüllt seien oder nicht." Aber in seiner späteren Entscheidung vom 19. Juni 1896, Curti No. 2561, findet sich folgende treffliche Ausführung: „Berücksichtigt man, daß die Ausstattung der allgemeine Begriff ist, der den engern des Warenzeichens einschließt, die Fabrikmarke also nur eine Spezialität des Unterscheidungs- oder Herkunftszeichens ist, daß ferner der Zweck des Warenschutzgesetzes dahin geht, dieser Spezialität unter gewissen Voraussetzungen einen besonderen zivil- und strafrechtlichen Schutz zu gewähren, so ist der Interpretation der Vorzug zu geben, nach der unter dem gerichtlichen Schutz des Art. 4[1] eben nur der spezielle Markenschutz zu verstehen ist." Vgl. ferner Entscheidung 6. November 1897, Levy contra Naphtaly No. 2571, wo mit Recht entschieden wurde, daß auf eine Firmensache neben den Sonderbestimmungen des Art. 867 ff. Obligat.R. die allgemeinen Bestimmungen über concurrence déloyale anwendbar sind; hier wurde insbesondere gesagt, daß nicht gefolgert werden könne, „daß die Anwendung des in Art. 50 enthaltenen, bezw. von der Praxis darin gefundenen Rechtssatzes von der Unerlaubtheit der concurrence déloyale vor den Toren des Firmenrechts Halt zu machen habe."

Hiernach hat das Bundesgericht folgende sehr zutreffende Sätze ausgesprochen:

1. Will jemand einen Anspruch nach Maßgabe des Markengesetzes erheben, so muß er ein wirkliches Markenrecht haben, und es genügt nicht, daß gegen ihn ein unlauterer Wettbewerb geübt wurde.

2. Wenn aus dem Markenrecht ein Anspruch gegen unlauteren Wettbewerb hergeleitet wird, — sofern der Markenberechtigte behauptet, daß nicht eine Verletzung des Markenrechts, sondern ein gegen dieses Recht geübter unlauterer Wettbewerb vorliege, z. B. durch eine Benutzung seiner Marke, die nicht unmittelbar in das Markenrecht eingreift, aber ihn doch schädigt, — so muß natürlich festgestellt werden, ob der Kläger das Markenrecht besitzt; denn wer das Markenrecht nicht hat, kann auch nicht behaupten, daß gegen dieses Recht unlauterer Wettbewerb geübt werde.

3. Wenn dagegen jemand nicht auf Grund des Markengesetzes ein Recht beansprucht, wenn jemand auch nicht behauptet, daß durch die concurrence déloyale seine Marke, sondern nur, daß sein allgemeines Persönlichkeitsrecht verletzt wird, und wenn er folglich aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht, nicht aus dem Markenrecht klagend auftritt, dann kommt nicht das Markenrecht, sondern das allgemeine Persönlichkeitsrecht und damit Art. 50 des O.R. in Betracht.

Dies muß alles auch für das deutsche Recht (Markengesetz; §§ 823, 826 B.G.B.) gelten.

§ 21. Zu den Persönlichkeitsrechten gehört auch das Gewerberecht. Solange jemand ein Gewerbe nicht betreibt oder die Bedingungen eines Gewerbebetriebes nicht erfüllt hat, kann der Umstand, daß es ihm möglich ist, die Voraussetzungen des Gewerbebetriebs herbeizuführen und ein Gewerbe zu eröffnen, noch nicht ein Recht gewähren; die

[1] Nämlich Art. 4 des Schweizer Markengesetzes, welcher von dem gerichtlichen Schutz von Marken spricht und Anmeldung des Zeichens verlangt.

Möglichkeit, sich im Gewerbe zu betätigen, ist nur eine Äußerung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, welches die Gesetzgebung jederzeit neu gestalten darf. Ebenso gut wie der Gesetzgeber für die Bildung von Aktiengesellschaften neue Grundsätze geben kann, ebenso kann er neue Voraussetzungen festsetzen für den Betrieb eines Gewerbes, welche alle diejenigen treffen, die bisher ein Gewerbe ergreifen konnten und es doch nicht ergriffen haben. Immerhin mag auch hier eine Billigkeitserwägung durchgreifen, wenn z. B. die Kandidaten des Gewerbes mit Rücksicht auf das alte Recht bestimmte Studien gemacht haben, die nun plötzlich zu ändern sind, so daß sie vielleicht, um den Bedingungen des neuen Gesetzes zu genügen, jahrelang umstudieren müssen; allein hier handelt es sich nur um eine Billigkeitserwägung, nicht um das Vorhandensein eines Rechts; und wenn bisher Gewerbe ohne Konzession, Approbation oder Erlaubnis betrieben werden durften und nunmehr der Staat eine solche Genehmigung verlangt, so greift er nicht in das Recht derer ein, welche nach dem bisherigen Rechtszustande ohne weiteres das Gewerbe hätten erfassen können, sondern er bewirkt nur, daß diese Persönlichkeiten nunmehr ihr Persönlichkeitsrecht anders zu betätigen haben, als es bisher der Fall war.

Anders wenn jemand ein Gewerbe bereits begonnen und sich befugtermaßen in den Betrieb eines Gewerbes gesetzt hat. Die Folge ist: er kann nicht mehr aus dem Gewerbe entsetzt werden, außer wenn die entsprechenden rechtlichen Gründe vorliegen. Das Sichsetzen in den Gewerbebetrieb kann entweder ohne alles Weitere erfolgen, denn die Anzeige an die Behörde ist nicht Voraussetzung des Rechtes; oder aber es ist eine Mitwirkung der Behörde nötig, die einen verschiedenen Charakter haben kann: braucht das Gewerbe Anlagen, welche lästig oder gefährlich werden können, dann bedarf es einer polizeilichen Genehmigung; in verschiedenen anderen Fällen ist eine sogenannte Konzession erforderlich; in anderen Fällen wieder eine Erlaubnis. Bei der Konzession kommen subjektive und objektive Rücksichten in Betracht: so bedarf z. B. das Unternehmen eines Privatkrankenhauses einer Konzession, bei welcher die Zuverlässigkeit des Unternehmers, die Räumlichkeiten, in denen die Krankenpflege stattfindet, und insbesondere das Verhältnis derselben zu benachbarten Räumen und Gebäuden in Rücksicht gezogen wird (§ 30 Gew.O.). Aber nur derartige subjektive und objektive Betrachtungsweisen treffen hier zu; nicht auch die Frage des Bedarfes und die Verhältnisse eines ungesunden oder gesunden Wettbewerbes. Bei der Erlaubnis dagegen kommt — nicht immer, aber vielfach — die Bedürfnisfrage in Betracht; so z. B. wenn es sich um Gast- und Schankwirtschaften handelt: hier können die Landesregierungen (allgemein oder für kleinere Ortschaften) bestimmen, daß nur im Bedürfnisfalle eine solche Erlaubnis gewährt wird; ebenso kann die Erlaubnis versagt werden bei Schaustellungen, theatralischen Vorstellungen ohne höheres Interesse, wenn bereits eine genügende Zahl von Personen die Erlaubnis bekommen haben; ebenso bei Pfandleihern u. s. w. (§ 33, 33a, 34 Gew.O.).

Einer anderen Betrachtungsweise gehört folgendes an: gewisse Gewerbe bedürfen keiner Konzession, allein der Gewerbetreibende muß dann eine staatliche Approbation haben, wenn er einen bestimmten Gewerbetitel annehmen will. Das ist insbesondere der Fall bei dem Heilgewerbe, und zwar sowohl in Bezug auf Menschen als auch auf Tiere. Hier dürfen sich nur approbierte Personen Ärzte nennen, während sonst die Heilkunde von einem jeden, ohne Konzession und auch ohne staatliche Prüfung, ausgeübt werden darf (mit Ausnahme des Gewerbes der Hebammen) (§§ 29, 30 Gew.O.).

Sobald mithin jemand ein Gewerbe befugtermaßen begonnen oder dazu die Erlaubnis erworben hat, entsteht ein Persönlichkeitsrecht, das *Gewerberecht*. Hierauf muß, da dieses Recht im System der Rechte noch wenig Anerkennung gefunden hat, ausnahmsweise näher eingegangen werden. Das Gewerberecht ist nicht nur insofern geschirmt, als die Persönlichkeit sich darin betätigen darf, sondern insofern, als nunmehr der Persönlichkeit eine bestimmte Sphäre der Tätigkeit von der Rechtsordnung eröffnet worden ist: es ist ihr dadurch ein Gewerberecht erworben, wie ehedem, als man die Gewerbeberechtigungen kaufte oder sie als Realgewerbeberechtigungen zugleich mit einem Grundstück erwarb. Allerdings ist das eine hervorzuheben: die Gewerbeberechtigungen wurden früher vielfach widerruflich erteilt; sie waren dann zwar wohlerworbene Rechte, aber Rechte mit auf-

lösender Bedingung. Die ist heutzutage meist nicht der Fall; namentlich hat unser Reichsrecht den entgegengesetzten Gedanken mit Nachdruck zur Anerkennung gebracht (so § 40 Gew.O.); sein Streben geht dahin, dem Gewerbetreibenden im Gewerbe eine feste Stellung zu geben und ihn vom Belieben der Behörden unabhängig zu machen: das Gewerbe soll so fest und sicher sein wie Eigentum; und wenn insbesondere die Gesetzgebung Geschäftskonzession, Geschäftserlaubnis vorsieht, so geschieht dies nicht etwa nur um des Publikums willen, sondern vor allem auch um des Gewerbetreibenden willen, der durch die Konzession oder Erlaubnis eine feste, unabhängige Stellung haben soll; man sieht darum, wo immer tunlich, von widerruflichen Konzessionen ab[1].

Für das subjektive Gewerberecht entscheiden auch folgende unserer Gesetzgebung entnommenen Momente:

1. Vor allem spricht § 1 Abs. 2 der Gew.O. ausdrücklich davon, daß, wer gegenwärtig, d. h. zur Zeit des Inkrafttretens des Gesetzes, ein Gewerbe zu betreiben berechtigt sei, vom Gewerbebetrieb dadurch nicht ausgeschlossen werde, daß er den Erfordernissen dieses neuen Rechts nicht genüge. Und mit Recht hat man, auch was die späteren Novellen zur Gewerbeordnung betrifft, angenommen, daß für sie der gleiche Grundsatz gelte, daß also die Novellenbestimmungen sich nicht auf solche Leute bezögen, welche zur Zeit des Inkrafttretens der Neuerungen bereits ein Gewerbe berechtigtermaßen zu betreiben begonnen hatten, daß diese vielmehr, auch ohne die Bedingungen der Novellen zu erfüllen, ihr Gewerbe weiter führen dürften[2].

2. Eine vorzügliche Anerkennung des Gewerberechts ist ferner in § 51 und 52 der Gew.O. enthalten. Hier heißt es: „Wegen überwiegender Nachteile und Gefahren für das Gemeinwohl kann die fernere Benutzung einer jeden gewerblichen Anlage . . . zu jeder Zeit untersagt werden. Doch muß dem Besitzer alsdann für den erweislichen Schaden Ersatz geleistet werden“[3]. Und dies wird in § 52 auch auf die bereits vorhandenen Anlagen bezogen, allerdings mit der Besonderheit, daß eine Entschädigungspflicht nicht bestehe, wenn die Genehmigung seinerzeit ausdrücklich auf beliebigen Widerruf erteilt worden ist, sie mithin einer auflösenden Bedingung unterlag.

Noch wichtiger und bezeichnender ist

3. § 53 der Gew.O. Hiernach soll das durch Approbation erlangte Gewerberecht nur dann zurückgenommen werden dürfen, wenn 1. die Grundlagen der Erteilung sich als irrig erweisen, z. B. bei Fälschung eines Prüfungszeugnisses, und 2. wenn und solange die bürgerlichen Ehrenrechte aberkannt sind. Beides rechtfertigt sich von selber; denn die Erteilung geschieht unter der Voraussetzung der Richtigkeit der vorgelegten Zeugnisse; und daß ein Entehrter solches Gewerbe nicht betreiben darf, ist nur eine ganz zutreffende Regelung, keine Verkürzung des Rechts.

Sodann können 4. nach § 53 die durch Konzession, Erlaubnis, Anstellung erworbenen Rechte aus §§ 30, 30a, 32, 33, 34 und 36 der Gew.O. nur dann zurückgenommen werden, wenn der Gewerbetreibende durch Handlungen oder Unterlassungen den Mangel der zum Betrieb notwendigen Eigenschaften klar dartut. Abgesehen davon ist es hier der Verwaltungsbehörde nicht gestattet, einen konzessionierten Gewerbebetrieb nachträglich aufzuheben oder ihm neue Bedingungen zu setzen oder weitere Beschränkungen aufzuerlegen[4].

---

[1] So treffend Preuß. Oberverwaltungsgericht 29. Okt. 1883 in den Entsch. des O.V.G. X S. 261 und 263.

[2] So auch die ständige Praxis des Preuß. Oberverwaltungsgerichts, insbesondere Entsch. 1. Mai 1882, 6. Oktober 1884, 17. März 1900 in den Entsch. des O.V.G. VIII S. 280, XI S. 308 u. 313 f., XXXVII S. 328, 384; 2. April 1898 Verwaltungsblatt XIX S. 483. Anders, wenn es sich um eine bloße Änderung in der Regulierung handelt: diese muß sich jeder gefallen lassen, vgl. R.G. 17. November 1887 Entsch. Straff. XVI S. 393.

[3] Vgl. darüber Reichsgericht 12. Nov. 1887 Entsch. XIX S. 353, 14. Okt. 1901 Entsch. 50 S. 4; Preuß. Oberverwaltungsgericht 29. Oktober 1883, 12. November 1891 in den Entsch. O.V.G. X S. 261, 271, XXIII S. 255.

[4] Vgl. Preuß. Oberverwaltungsgericht 7. Juni 1879 in dessen Entsch. V S. 286.

Die Rechtsnatur des Gewerbes ergibt sich 5. auch aus den neuen Bestimmungen des Patentanwaltgesetzes vom 21. Mai 1900. Hier wollte man eine sehr wichtige Neuordnung durchführen: die Patentanwälte bildeten früher einen Gewerbestand und sind durch das Gesetz zum Berufsstand geworden. Trotzdem aber wurde in § 20 den bereits vorhandenen Patentanwälten die Fortdauer ihrer beruflichen Existenz gestattet, allerdings unter bestimmten Voraussetzungen, die aber gewiß nicht anders als reglementierend bezeichnet werden können; denn die Voraussetzungen sind lediglich, daß ihre Geschäftsführung und ihr Verhalten in Ausübung des Berufs sowie außerhalb desselben zu erheblichen Anständen keinen Anlaß gegeben hat, worüber nötigenfalls der Ehrengerichtshof ebenso entscheidet, als wenn unter dem neuen Gesetze selbst Pflichtwidrigkeiten oder Unzuverlässigkeiten vorgekommen wären (§§ 7 ff. des Gesetzes[1]).

6. Es kann hiernach nur noch die Frage obschweben, ob ein subjektives Gewerberecht auch da anzunehmen ist, wo das Gewerbe ohne jede Konzession, Approbation oder Erlaubnis betrieben werden kann. Das ist sicher zu bejahen; es muß insbesondere bejaht werden bei denjenigen Gewerben, bei denen das Gesetz statt des Erlaubnissystems das System der Freiheit des Betriebs mit dem Rechte der Untersagung im Falle des Mißbrauchs gewählt hat. Wenn hier die Behörde das Gewerbe nicht untersagt, so muß dies einer stillschweigenden Erlaubnis gleichstehen. Hierzu kommt aber, daß auch ein Gewerbe, das keiner Konzession bedarf, eine Existenz des Menschen bildet, Anlagen, Einrichtungen und Betriebsmittel in sehr erheblichem Umfange verlangt und es daher sehr gerechtfertigt ist, einer solchen Art des Gewerbebetriebs ebenso Rechtscharakter zuzuschreiben, als wenn eine Konzession nötig gewesen wäre. Zudem hängt die Frage, ob Konzessions- oder Nichtkonzessionssystem, von Umständen ab, die mit der Rechtsnatur des Gewerbes nichts zu tun haben; sie hängt namentlich mit der größeren oder geringeren Gefährlichkeit, der größeren oder geringeren Möglichkeit des Mißbrauchs zusammen, und es ist nicht abzusehen, warum ein Gewerbe im Falle geringerer Mißbrauchsgefahr weniger Rechtsnatur haben sollte als sonst; weshalb diesem Punkt überhaupt kein Unterscheidungscharakter innewohnen kann. Ist daher das konzessionierte Gewerbe ein Recht, sobald die Konzession erteilt ist, so muß ebenso das freie Gewerbe ein Recht sein, sobald der Betrieb eröffnet worden ist.

7. Für alles dieses spricht auch noch der weitere Umstand, daß der Betrieb des Gewerbes durch Stellvertreter geschehen kann, so daß also die Befugnis zu stellvertretenden Gewerberechtshandlungen den Stellvertreter zugleich zum Stellvertreter des ganzen Gewerbes macht, sei es nun zum Bevollmächtigten oder zum gesetzlichen Vertreter. Die Stellvertretung aber setzt die Rechtsnatur des Verhältnisses voraus, für welches die Stellvertretung gilt. Man vergl. hierüber §§ 45, 46 und 47 der Gew.O.

8. Das Gesagte gilt in gesteigertem Maße vom Betrieb des Versicherungswesens nach unserem neuen Privatversicherungsgesetz vom 12. Mai 1901, sofern die Versicherungsgesellschaften sich unter diesem Gesetz gebildet und die Erlaubnis erwirkt haben, oder sofern sie bereits früher bestanden, dann aber die Erlaubnis unter diesem Gesetz neu erhielten (§§ 95, 96 und 4 Priv.Vers.Ges.). In diesem Fall darf das Gewerberecht nur nach Maßgabe des § 67, also aus Gründen, die in Art oder Inhalt des Betriebs selber liegen, aufgehoben werden. Die Gesellschaften allerdings, welche sich dem Privatversicherungsgesetze nicht angepaßt haben, können noch widerrufen werden, sofern sie seinerzeit unter Widerruf gestattet worden sind (§ 95 Priv.Vers.Ges.); eine solche widerrufliche Erlaubnis findet aber heutzutage nicht mehr statt.

Daraus ergibt sich: das Gewerberecht ist ein Recht; eine spätere Gesetzgebung kann es zwar, wie jedes Recht, aufheben; es ist aber eine gerechte Anforderung an den Gesetzgeber, solches nur gegen Entschädigung zu tun, wenn nicht besondere Gründe vorliegen, das Recht ohne Gegenwert zu opfern. Entschädigung gewährte man darum auch den Privatposten bei Erweiterung des Postmonopols im Postgesetz v. 20. Dezember 1899, ferner den Saccharinfabriken durch das Süßstoffgesetz v. 7. Juli 1902 (in welchen Gesetzen zweckdienlicherweise ein Teil der Entschädigung den Gewerbsangestellten zugewiesen wurde).

[1] Vgl. Handbuch des Patentrechts S. 718 f.

Das Gewerberecht, obgleich ein Persönlichkeitsrecht, kann mitunter auf eine andere Person übergehen; auch hier deshalb, weil die Persönlichkeit mit einem realen Zustand verwachsen kann. Nicht hierher gehören die ehemals erteilten Realgewerberechte: es gibt nämlich eine Reihe von Gewerben, welche besondere ständige Einrichtungen erfordern, und eine Reihe von Gewerben, die mit örtlichen Verhältnissen verbunden sind; als man hier ehedem das Gewerberecht erteilte, wurde vor allem die Anlage und Einrichtung autorisiert, und das Gewerberecht war ein Gewerberecht mit Rücksicht auf diese: ein anderer konnte in Bezug auf diese Anlagen nur dann ein Gewerberecht erwerben, wenn er diese Anlagen selbst miterwarb. Heutzutage sind diese alten Realgewerberechte nicht völlig verschwunden; auch heutzutage ist hier eine scheinbare Veräußerlichkeit gegeben; allein was veräußert wird, ist in der Tat nicht das Gewerbe, sondern die autorisierte Anlage als solche; denn die sonst nötigen persönlichen Gewerbevoraussetzungen muß der Erwerber erfüllen, wenn er das Realgewerbe betreiben will (§ 48 Gew.O.).

Realgewerberechte in dieser Art werden nicht mehr erteilt; aber noch in unserem Recht werden gewerbliche Einrichtungen „genehmigt" und müssen solche vielfach genehmigt werden (§§ 16 ff. Gew.O.). Eine auf solche Weise genehmigte Anlage kann, sofern die Genehmigung nicht durch Nichtgebrauch erloschen ist (§ 49), auf einen neuen Erwerber übergehen: eine neue Genehmigung ist nicht erforderlich (§ 25 Gew.O.). Doch auch hier müssen die persönlichen Voraussetzungen in der Person des Neugewerbetreibenden vorhanden sein; auch hier ist nicht von einer Übertragung des Gewerberechts die Rede.

Ein wirklicher Übergang des Gewerberechts ist folgender: das einmal begonnene Gewerbe kann auf Rechnung der Witwe und der minderjährigen Erben durch einen tauglichen Stellvertreter weitergeführt werden (§ 46 Gew.O.). Ebenso ist eine Fortsetzung möglich während des Konkurses[1].

Auch hier haben wir einen Fall, wo das Persönlichkeitsrecht sich so sehr mit dem Gewerbe verwachsen hat, daß es jedenfalls auf nahe verbundene Personen übergeht und daß es den Gläubigern zur Verfügung gestellt werden muß.

Soweit das Gewerberecht als Recht der Person; vom Gewerberecht als Monopolrecht soll später (S. 635 f.) gehandelt werden.

b) Personifikation (Vertretungsmacht).

§ 22. Das Personenrecht gewährt auch im Rechtsverkehr eine Personifikation. Unter Personifikation ist eine Tätigkeitsform zu verstehen, bei der jemand eine andere Persönlichkeit annimmt. Das kommt in der Kunst vor: beruht doch die ganze dramatische Kunst auf solchen Personifikationen. Im Rechtsverkehr wird die Personifikation nicht so weit getrieben, daß eine Person sich förmlich in die Maske einer anderen begibt, aber doch in der Art, daß eine Person über das Rechtsgebiet herrscht, welches das höchsteigene Rechtsgebiet einer anderen ist. Es wird daher nicht der Kern der Person, aber ihre Stellung im Rechtsleben von einer anderen angenommen. Das ist Stellvertretung[2]. Man spricht deswegen auch von einem alter ego, von einem Handeln im Namen eines anderen. Diese Stellvertretung beruht auf der Stellung, die jemand zu einem fremden Rechtsgebiet hat, auf einer Rechtslage, in welcher sich die Person einerseits und die Rechtsverhältnisse des Vertretenen anderseits befinden; diese Rechtslage nennt man auch Vertretungsmacht. Die Vertretungsmacht kann beruhen auf Vollmacht, d. h. auf einer personenrechtlichen Erklärung dessen, der vertreten werden soll: ein solcher eröffnet gleichsam das Tor seines eigenen Rechtslebens und läßt den anderen eintreten, der nun darin schalten und walten darf. Aber auch das Gesetz kann derartige Zustände schaffen; die bekanntesten Beispiele sind die des Inhabers der elterlichen Gewalt, des Vormunds und des Pflegers.

[1] Leitfaden des Konkursrechts (2. Aufl.) S. 241.

[2] Das B.G.B. spricht von Vertretung; der Ausdruck mag der Kürze halber hingehen; es ist aber nicht einzusehen, warum wir den treffenderen und volleren Ausdruck Stellvertretung dahingeben sollten, wenn es auch immerhin Kritiker genug gibt, die jede Abweichung vom Sprachgebrauch des Gesetzes anstreichen.

Diese ganze Rechtsgestaltung hat etwas ungemein Künstliches und kann dem ursprünglichen Menschen nicht recht zusagen: er kann ein Handeln in die Seele eines andern nicht verstehn: selbst ein so entwickeltes Verkehrsrecht wie das römische hat die Stellvertretung nur höchst mangelhaft entwickelt, und auch das deutsche Recht hat sich lange dagegen gesträubt. Die Überwindung des Hindernisses, welches der großartigen neuen Rechtsform entgegenstand, ist vorzüglich dem (mit den Anschauungen des Orients genährten) kanonischen Recht und der Scholastik zu verdanken[1], und insbesondere haben auch die Erörterungen über die juristische Person viel dazu beigetragen, den Gedanken zu reifen, daß eine Person in ein anderes Rechtsgebiet hineinwirken kann. Die modernen Rechte haben allgemein die Stellvertretung angenommen, und nur wenige Rechtsgeschäfte sind dieser Rechtsfigur entzogen geblieben.

Die Vollmacht wird natürlich im Leben kaum vorkommen ohne irgendwelche besonderen Ausgleichungen, die einmal darin liegen, daß der Bevollmächtigte Pflichten hat im Gebrauch der Vollmacht, und daß er Pflichten hat in der Art und Weise, wie er sich nach Benutzung der Vollmacht zu den Ergebnissen seiner Tätigkeit stellen soll. Diese Pflichtenverhältnisse können so gestaltet sein, daß der Bevollmächtigte durchaus für das Interesse des Vollmachtgebers wirken muß, oder auch so, daß er dem gemeinsamen Interesse dient, oder endlich so, daß er allein für sein eigenes Interesse handelt, aber doch gewisse Schranken einhalten muß, soweit er die fremde Rechtssphäre sich selber dienstbar macht. Der erste Fall ist der des Auftrags, der zweite der des Gesellschaftsverhältnisses, der dritte Fall hat keine besondere rechtliche Kategorie, doch muß, soweit nicht die Besonderheit zutrifft, die Regel des Auftragsverhältnisses Anwendung finden. Es ist nun auf der einen Seite eine große Errungenschaft gewesen, als man die Einheit der Vollmacht gegenüber diesen verschiedenen Pflichtverhältnissen erkannte und insbesondere

---

[1] Das babylonische Recht muß die Stellvertretung gekannt haben; hier bestanden Filialen der Haupthäuser. Die Vollmacht tritt uns besonders kräftig in venezianischen Urkunden entgegen, die, am Rialto oder in Konstantinopel ausgestellt, sich auf den orientalischen Verkehr beziehen. So beispielsweise in folgender wichtigen Urkunde aus Konstantinopel von 1189 (Archivio Veneto XX p. 55): Omnis commissio, cum alicui committitur, scripture vinculo debet annodari, ut, cum alicubi ostenditur, removeri valeat omnis dubitacio. Qua propter ego . . . . . do et committo vobis Andruzane nepcie mee .. et dominico albano nepoti meo, ut amodo in antea ambo et unus solum de vobis, in cuius manibus hanc presentem cartam commissionis apparuerit, totam meam plenissimam virtutem et potestatem habeatis de una videlicet pecia de terra . . . . de qua vero .. pecia de terra . . . . . totam meam potestatem habeatis inquirendi, interpellandi, advocatores inveniendi, placitandi intromittendi, dominandi, tenendi, vendendi, donandi, impegnandi, commutandi, alienandi et, quicquid inde vobis placuerit, faciendi nullo vobis homine contradicente.

Ähnliche Urkunden vom Rialto, datiert von 1176, 1179, 1192 finden sich im Arch. Veneto IX p. 103, 110, XX p. 76. In der Urkunde v. 1176 heißt es noch: Quamcumque igitur securitatem (Quittung) de suprascriptis omnibus feceris, firmam conservabo in perpetuum. Quod si contra hanc meam commissionis cartulam ire temptavero, componere promitto cum meis successoribus tibi et quibuscumque securitatem pro me feceris et tuis ac illorum heredibus auri libras quinque.

Eine andere Vollmachtserteilung, auch vom Rialto, von 1188 treffen wir im Codice Padovano II Nr. 1473, wo es gleichfalls heißt: quamcumque igitur cartam exinde feceris et quicquid inde feceris, a me ratum et firmum perpetuo conservabitur. Si ego contra hanc commissionis cartam ire umquam temptavero, componero promitto . . . auri libras quinque et hec commissionis carta in sua firmitate permaneat. — Im 13. und 14. Jahrhundert wird die direkte Wirkung der Stellvertretung von den Stadtrechten klar anerkannt. So Como 1232 Art. 264 (Mon. hist. patr. XVI p. 98): tantum valeat et prosit illi, ad cujus partem vel cujus nomine facta est vel recepta, ac si illam cartam vel contractum vel obligationem recepisset. Ebenso enthält das Stadtrecht von Brescia 1313 III 189 (Mon. h. patr. II p. 1769) folgende aus dem Jahre 1252 stammende Bestimmung: quod ex omni contractu inito et facto nomine alterius, tam de mercato quam de aliis rebus, aquiratur actio et aquisita sit illi vel illis, quorum vel cujus nomine contractus sive promissio factus est vel facta. In Castellarquato 1445, IV 6 heißt es: quilibet possit stipulari et aquirere nomine et vice alterius . . . ex ipsa stipulatione jus et actio aquiratur illi cujus nomine stipulatum . . . fuerit.

Voll ausgebildet ist die Stellvertretung kraft Vollmacht, allerdings hauptsächlich für den Prozeß, aber auch allgemein, bei Durantis Spec., de procur. I 3 § 4 und bei Beaumanoir IV 4.

zur Überzeugung kam, daß auch, wenn jemand nach Maßgabe des besonderen Pflichtverhältnisses pflichtwidrig gehandelt und sich der Vollmacht zu Unrecht bedient hat, die Vollmacht wirken muß: denn wenn jemand ein ihm in die Hand gegebenes Instrument auch pflichtwidrig benutzt, so hat er es eben doch benutzt; und dies ist von um so größerer Bedeutung, als dritte Personen, die mit dem Stellvertreter verkehren, nicht in der Lage sind, die Gesamtheit des Pflichtverhältnisses zu überschauen und sich nur an die Vollmacht kehren können. Daher kennt insbesondere das Handelsgesetzbuch eine Reihe von Einrichtungen, wo die Vollmacht einen ganz bestimmten unbeschränkbaren Umfang hat und dieser Umfang mithin im Gegensatz steht zu dem individuell gestalteten Umkreis der Pflichten; so hat beispielsweise der Prokurist, soweit die gesetzliche Schablone seiner Vollmacht reicht, in vollgültiger Stellvertretung gehandelt, auch wenn er von der Vollmacht einen pflichtwidrigen Gebrauch gemacht und die Vorschriften des Geschäftsherrn schnöde übertreten hat. Derartige Verhältnisse, wo jemand eine Rechtsmacht hat, welche Rechtsmacht bleibt, auch wenn er sie pflichtwidrig benutzt, kommen ja auch sonst vor; so beispielsweise, wenn man jemandem einen Depotwechsel giriert mit der Bestimmung, über diesen Wechsel nicht weiter zu verfügen, und überhaupt, wenn man jemanden zum Fiduziar macht. Hier überall hat seine Rechtsmacht einen Umfang, der viel weiter reicht als das pflichtenmäßige Soll, das aus dem Gesamtverhältnis hervorgeht.

Ist auf solche Weise die Erkenntnis von der Natur der Rechtsmacht (Vollmacht), als unterschieden von dem Pflichtverhältnis, eine nicht unerhebliche Erkenntnis gewesen, so darf man auf der anderen Seite nicht, wie es gewöhnlich geschieht, die Sache übertreiben; man darf bei der Rechtsbehandlung nicht vergessen, daß die Vollmacht in den Lebensverhältnissen kaum vorkommen wird, ohne daß zu gleicher Zeit ein derartiges Pflichtverhältnis mitbegründet wird; so kann beispielsweise die Frage der Widerruflichkeit nicht von der Frage losgelöst werden, welche Funktion die Vollmacht im einzelnen Falle zu spielen hat.

Die Vollmacht ist regelmäßig widerruflich. Wer nicht in der Lage wäre, die einem anderen anvertraute Vollmacht zurückzurufen, der würde zum Knecht und Sklaven. Doch ist eine Ausnahme dann zu machen, 1. wenn die Vollmacht einem Gesellschaftsvertrag und seinem Pflichtverhältnis entspricht: wer als Gesellschafter Vollmacht hat, weil er Geschäftsführer ist, dem kann die Vollmacht nur nach den Regeln der Geschäftsführung entzogen werden, denn er ist mitbeteiligt (§ 712 f.); 2. noch mehr dann, wenn die Vollmacht im reinen Interesse des Stellvertreters gegeben ist, denn in diesem Falle begibt sich der Vollmachterteiler nicht seiner Persönlichkeit, sondern der in seinem Rechtsgebiete liegenden Interessen, also hier seines Vermögens, indem er dem anderen ein freies Schalten gestattet. Wer jemandem sein Vermögen schenkt, der gibt seine Person nicht preis; nur derjenige tut es, der das Vermögen als Vermögen behält und die Verwaltung einem anderen überläßt (§ 168 B.G.B.).

Mit Recht hat das B.G.B. ausgesprochen, daß die Vollmacht als einseitiges Rechtsgeschäft sowohl dem Stellvertreter als auch Dritten gegenüber geäußert werden kann; sie kann auch dem Publikum gegenüber geäußert werden durch eine öffentliche Erklärung; sie kann Dritten auch mittelbar erklärt werden, indem man dem Stellvertreter eine Vollmachtsurkunde mitgibt: denn dadurch erklärt man gegenüber einer jeden „incerta persona", welcher etwa der Stellvertreter die Urkunde vorweisen wird, die Vollmacht[1]. Dies ist allerdings nicht so zu denken, als ob auf solche Weise die Vollmacht immer und immer erneuert würde, aber so, daß die in der Ausstellung und Überreichung der Urkunde liegende Bevollmächtigung immer neue Vollmachtswirkungen gegenüber den Personen äußert, welche die Vollmachtsurkunde sehen und infolge ihrer handeln. Das ist allerdings etwas sehr Gefährliches, und der Widerruf der Vollmacht ist hier sehr erschwert; denn der Widerruf kann nur demjenigen geäußert werden, dem gegenüber die

[1] Das B.G.B. spricht von Erklärung und Kundgebung der Vollmacht, § 167, 170, 171; ein juristischer Unterschied besteht nicht; es steht nichts im Weg, daß ich die Vollmachtserklärung mehreren gegenüber und zu verschiedenen Zeiten mache.

Vollmacht geäußert ist; mit der Vollmachtsurkunde aber wandert die Vollmacht in ihrer Wirkung von Person zu Person; sie wirkt, ehe der Geschäftsherr diese Personen kennt, und ehe er daher durch einen Widerruf die Vollmacht vernichten könnte. Das B.G.B. hat deshalb zu dem Aushilfsmittel der Kraftloserklärung gegriffen, welche durch eine Privaterklärung geschehen kann, die nach dem Grundsatz der öffentlichen Ladungszustellung vom Gericht an das Publikum gebracht wird. Dies hat allerdings wieder den großen Nachteil, daß durch die Möglichkeit einer solchen Kraftloserklärung die Vollmachtsurkunde an Sicherheit bedeutend verliert; doch ist dabei wohl in Betracht zu ziehen, daß die Kraftloserklärung erst nach Ablauf eines Monats, nach der Einrückung in die öffentlichen Blätter, wirkt, so daß man dann ziemlich gesichert sein kann, wenn die Vollmacht eine Vollmacht neueren Datums ist, welche dieses Monatsstadium sicher noch nicht überschritten hat (§ 176).

Übrigens kann auch eine sonstige Widerrufserklärung von Wirkung sein, aber nur dann, wenn der Dritte, dem gegenüber die Vollmacht wirkt, von dem Widerruf weiß oder schuldhafterweise nichts weiß (§ 173 B.G.B.).

Zweites Buch.

Rechte an Sachen.

1. Abgeleitetes Recht kraft der Friedensordnung (Besitz).

§ 23. Der Besitz ist im B.G.B. nicht in der schablonenmäßigen Weise gekennzeichnet, daß hier von einem corpus und animus die Rede wäre; dies war eine Ausgeburt der Scholastik des 19. Jahrhunderts. Man besitzt eine Sache, wenn ein individuelles und ein soziales Moment zusammentreffen. Das soziale Moment besteht darin, daß man in eine solche Beziehung zur Sache tritt, daß die Menschheit die Zusammengehörigkeit von Person und Sache respektiert, so daß ein Auseinanderreißen dieser Zusammengehörigkeit von seiten eines Dritten als ein Bruch der allgemeinen Friedensordnung erscheint. Zu diesem sozialen Moment muß aber noch ein individuelles Moment treten; es besteht darin, daß man die Zusammengehörigkeit, die auf obige Weise durch die sozialen Verhältnisse gegeben ist, nicht von sich ablehnt. Eine solche Ablehnung kann bald ohne weiteres geschehen, bald nur durch ein Eingreifen in die tatsächliche Lage der Dinge. Das letztere ist dann der Fall, wenn die Sache zu mir in eine solche innige Beziehung getreten ist, daß diese Beziehung ohne tatsächliches Eingreifen meiner Persönlichkeit nicht gelöst werden kann; z. B.: es ist mir eine Sache in die Tasche gesteckt, es ist mir ein Gegenstand in die Schublade meines Schreibtischs gelegt worden oder in die geheime Kassette oder in einen anderen Verwahrungsraum: hier bin ich ohne weiteres Besitzer, und will ich die Sache nicht, so muß ich diese vertrauliche Beziehung aufheben. Ganz anders dann, wenn die Beziehung nicht in einer solchen Weise hergestellt ist; wenn etwas zwar in den Kreis meines Hauses oder in den Kreis meines Wirkens fällt, aber so, daß es ohne tatsächliches Eingreifen meiner Persönlichkeit von mir losgetrennt werden kann. In einem solchen Falle gilt folgendes: ich besitze die Sache, wenn ich sie besitzen will, aber nur in diesem Falle. Diesen Willen kann ich zum voraus erklären, z. B. ich bezeichne meinen Schreibtisch als die Stelle, wo die abgegebenen Briefe niedergelegt werden sollen; oder ich lasse die vom Lebensmittelhändler herrührenden Gegenstände ein und für allemal in den Vorraum oder in die Küche bringen. Ist dagegen ein solcher Wille nicht bezeichnet, sei es zum voraus, sei es nachher, so liegt ein Besitzerwerb nicht vor, z. B. nicht dann, wenn jemand seinen Hut in meinem Hausraum ablegt, oder wenn ein Dritter meinen Keller benutzt, um dort seinen Raub für einige Zeit in Sicherheit zu bringen.

Diese Verbindung des sozialen mit dem individuellen Moment ist die Schwierigkeit der Lehre. Das individuelle Moment wird natürlich dann ganz besondere Bedeutung gewinnen, wenn es sich um ein Grundstück handelt, welches nicht ebenso wie eine beweg-

liche Sache in eine unmittelbare Berührung zu mir und meinem Hausweſen treten kann. Hier muß der Wille, die Sache für mich zu haben, ganz beſonders zum Ausdruck gebracht werden; das kann aber nicht bloß durch Sachbehandlung geſchehen, ſondern auch durch ſonſtige ſoziale Tätigkeit: ſo dadurch, daß ich der Öffentlichkeit gegenüber, z. B. durch einen Grundbucheintrag, erkläre, die Sache haben zu wollen.

Die große Bedeutung des Beſitzinſtituts beſteht in folgendem: niemand iſt berechtigt, den Beſitzzuſtand eigenmächtig zu brechen, auch wenn er das beſte Recht hat. Findet er, daß der Beſitzſtand nicht mit dem Recht übereinſtimmt, dann iſt es ſeine Sache, auf dem Wege ſtaatlicher Hilfe ſein Recht zu verwirklichen. Dies iſt die ganze Grundlage des Beſitzſchutzes, und es verſteht ſich daher von ſelber, daß der Beſitz ein Recht iſt, aber nicht, wie die gewöhnlichen ſubjektiven Rechte, ein Recht zu Gunſten des Berechtigten, ſondern ein Recht zur Erhaltung des allgemeinen Friedens, ein Recht, das jeder gleichſam als Beauftragter des Staates, als Verteidiger der Friedensordnung innehat; und ſo erklärt es ſich, daß auch der Dieb, auch der unredliche Beſitzer Beſitzer iſt und den Beſitzesſchutz genießt, weil der Staat und die Ordnung nicht beſtehen kann, wenn nicht der Beſitzer, ohne Rückſicht auf ſeinen Beſitzgrund, alſo auch der Dieb, geſchützt iſt: der Dieb, der ſonſt ein ſtaatsgefährliches Subjekt iſt, tritt inſofern als Vertreter der ſtaatlichen Friedensordnung auf. Daraus ergibt ſich auch von ſelber, daß jemand den Beſitz erwerben kann, der völlig geſchäftsunfähig iſt, denn auch er iſt ein Mitglied der Friedensordnung, und auch ein Einbruch in ſeine Sphäre würde die Friedensordnung ſtören: die Annahme, daß nur ein Geſchäftsfähiger Beſitz erwerben könne, widerſpricht den Grundlagen des Beſitzinſtituts. Daher iſt es auch begreiflich, daß man Beſitz an Teilen einer Sache, an Räumen, auch an einer Wandfläche haben kann (z. B. wenn man ſie für öffentliche Anſchläge mietet), während an ſolchen Beſtandteilen ein Eigentum nicht möglich iſt (§ 865 B.G.B.): das Recht der Friedensordnung folgt anderen Grundſätzen als das individuelle Recht menſchlicher Intereſſen. Vgl. auch Einführung in die Rechtsw. S. 43 f.

Das Willenselement beim Beſitz tritt nun aber insbeſondere noch in folgendem hervor: nicht ſelten finden Beziehungen zwiſchen zwei Perſonen in der Art ſtatt, daß die eine Perſon eine Sache inne hat in voller Anerkennung deſſen, daß ſie einem anderen gehört. Man könnte nun in ſolchem Falle dem Inhaber allein Beſitz geben und den anderen auf das Recht beſchränken; damit würde man aber eine große Ungerechtigkeit begehen. Nicht nur wäre es ſehr ungerecht, wenn hier die Erſitzung nicht zu Gunſten jenes andern liefe, ſondern vor allem: man muß dieſem andern die Befugnis geben, die Sache gegen Beſitzſtörungen Dritter zu ſchützen: er kann in dieſer Beziehung nicht auf den guten Willen des Inhabers geſtellt ſein. Das römiſche Recht hat dies wohl erkannt, aber es iſt dabei in das entgegengeſetzte Extrem gelangt, indem es dem Inhaber den Beſitzesſchutz aus der Hand nahm und ihn zum bloßen Detentor machte: ſo war der Mieter, der Pächter bloßer Detentor und ohne eigentlichen Beſitzſchutz, wenn man ſich dabei auch genötigt ſah, ihm mittelbar manche Schutzrechte zu geben, wie das interdictum quod vi aut clam und die actio legis Aquiliae utilis. Dies iſt eine mangelhafte Geſtaltung der Sache, die allerdings auch im römiſchen Recht nicht überall durchgedrungen iſt: bald hat man durch den ſogenannten abgeleiteten Beſitz nachgeholfen, durch den abgeleiteten Beſitz des Provinzialeigners, der in der Tat keinen wahren Beſitz haben konnte, da ihm das Eigentum am Provinzialboden grundſätzlich entzogen war; durch den abgeleiteten Beſitz des Erbpächters und des Erbbauberechtigten und vor allem durch den abgeleiteten Beſitz des Fauſtpfandgläubigers. In anderen Fällen, wie beim Nießbrauch, half man ſich durch die künſtliche Geſtaltung eines Rechtsbeſitzes, einer possessio juris. Dieſes ganze Syſtem leidet an einer unerträglichen Künſtelei und iſt im höchſten Grade unfolgerichtig und für wichtige Intereſſen verderblich. Es iſt unbegreiflich, wie man hierin ſeit Savignys Zeiten die Höhe des Beſitzesrechts hat finden können. Das Richtige liegt vielmehr darin, daß in den angeführten Fällen ſowohl der Eigenbeſitzer als der Fremdbeſitzer, d. h. ſowohl derjenige, der für ſein Eigenrecht, als auch derjenige, der für das Eigenrecht eines anderen beſitzt, Beſitzer ſind: zwei Beſitzer, die Dritten gegenüber in ſolidarer Kraft auftreten und nur in Beziehung zueinander nicht als Beſitzer handeln können, weil hier Beſitz und

Besitz einander gegenüberstehen und in solchem Falle nur schließlich das Recht entscheiden kann.

Das B.G.B. hat dem abgeholfen, indem es das römische Besitzesrecht mit Elementen der deutschen Gewere durchsetzte und auch dem obenbezeichneten Inhaber, dem Mieter, Pächter, Verwahrer der Sache Besitz gab. Auf diese Weise kam es zu einem doppelten Besitz, zum Eigenbesitz und zum Fremdbesitz, zum mittelbaren und zum unmittelbaren Besitz (§ 868).

Es hat auch gar nichts auf sich, wenn dieses scheinbar verwickelte System in das Besitzrecht aufgenommen wird, denn die Verhältnisse des Lebens werden hier gewöhnlich dazu führen, daß der Eigen- und Fremdbesitz in seinem wahren Charakter auch nach außen hervortritt. Insbesondere, was Miete und Pacht betrifft, wird ein jeder erkennen, daß sowohl Mieter und Pächter auf ihrem Gebiete Herr sein wollen, als auch, daß sie nur Herr sein wollen unter vollständiger Anerkennung des Eigners; das gleiche gilt, wenn jemand eine Sache geliehen oder eine Sache als Faustpfand erhalten hat, und das gleiche vom Nutznießer in den Nutznießungsverhältnissen des Familienlebens: in der Stellung des Ehemannes und des Trägers der elterlichen Gewalt tritt beides schon nach außen klar genug hervor; jeder weiß, daß der Ehemann Besitzrecht hat, jeder weiß auch, daß die Gegenstände seines Besitzrechts Eigentum der Frau sein können und vielfach sein werden, weshalb sie auch der Mann zugleich für den Besitz der Frau, die Frau zugleich für den Besitz des Mannes erwirbt.

Daraus geht hervor: auch der mittelbare Besitzer muß gegen Dritte das Recht der Selbstverteidigung haben; ferner: auch der mittelbare Besitzer muß die Besitzklage gegen Dritte haben. Ersteres wird lebhaft bestritten und ist im B.G.B. nicht wörtlich gesagt, aber sicher anzunehmen; letzteres dagegen ist ausdrücklich anerkannt im § 869. Die Selbstverteidigung des Besitzers beruht auf dem Grundsatze der Friedensordnung. Niemand soll in seinem Besitz gestört werden, und wenn eine solche Störung versucht wird, darf sich der Besitzer dagegen wehren. Wie man also auf der einen Seite die Selbsthilfe als in Widerspruch mit der Friedensordnung erklärt hat, so auf der anderen die Selbstverteidigung als Ausfluß und Folgerung eben dieser Friedensordnung; und gerade darin liegt der wesentliche Charakter des Besitzes: wer Besitzer ist, darf sich wehren (§§ 227, 859). Übrigens hat unser Recht diesem Satze noch die weitere Folgerung gegeben, daß, auch wenn der Besitzer bereits verdrängt ist, er sich immer noch wehren kann, sofern er es nur sofort tut, so daß man Besitzentsetzung und -wiedererlangung gleichsam als einen Vorgang behandeln kann, der so zu betrachten ist, als wenn der Besitz niemals verloren worden wäre. Man darf das Zeitliche im Recht nicht auf die Weise übertreiben, daß man dem kurzen Augenblick des Besitzverlustes eine grundsätzliche Bedeutung beimäße, während er doch ohne Einfluß auf die wirtschaftliche Lage gewesen ist. Noch weiter geht unser Recht in diesem Gedanken, soweit es sich um die klageweise Geltendmachung des Besitzes handelt. Hier herrscht der Satz, daß zwar im Grunde genommen jeder des Besitzes Entsetzte die Wiedereinsetzung verlangen kann; das soll aber nicht der Fall sein, wenn der des Besitzes Entsetzte selbst seinerseits vor weniger als einem Jahr den Beklagten entsetzt hatte: in diesem Falle ist der Beklagte, dieser Besitzklage gegenüber, in der Art geschützt, daß er die Fortdauer seines Besitzes verlangen kann. Auch hier wird die Entsetzung und Wiedereinsetzung gewissermaßen so behandelt, als wenn eine Entsetzung niemals stattgefunden hätte (§ 861).

Der Besitzer hat ein Recht nicht nur gegen den Entsetzer, sondern auch gegen denjenigen, welcher von diesem geerbt hat, und gegen denjenigen, der von diesem mit dem Bewußtsein erworben hat, daß dessen Besitz auf einer Entsetzung, d. h. auf verbotener Eigenmacht, beruht. Daher kann die Selbsthilfe, soweit sie auf die sofortige Wiedererlangung der entzogenen Sache geht, auch gegen denjenigen gerichtet werden, der von dem Besitzentzieher die Sache in diesem Bewußtsein erlangt hat; z. B. während ich meiner Sache nacheile, überträgt sie der Verfolgte schnell auf einen anderen; und das gleiche muß natürlich von der Besitzklage gelten. Das ist ein wichtiger Grundsatz des deutschen

Rechts; hiernach geht die Verfolgung auch gegen den Rechtsnachfolger, der die Fehlerhaftigkeit des Besitzes kennt: dieser ist ebenfalls fehlerhafter Besitzer (§ 858).

Keine Besitzklage ist mein Anspruch gegen einen solchen, in dessen Sphäre sich meine Sache befindet, ohne daß er sich einer Besitzentsetzung schuldig gemacht hat. So, wenn meine Sache mir durch Naturgewalt entzogen und in den Bereich eines anderen gebracht worden ist. Nimmt dieser die Sache in Besitz, dann ist ein Besitzanspruch gegen ihn nicht mehr möglich, denn er ist nicht Besitzentsetzer, sondern er hat sich der Sache bemächtigt, nachdem sie bereits meiner Herrschaftssphäre entzogen war. Hier kann ein Anspruch nach § 1005 B.G.B. gegeben sein. Hat er aber die Sache noch nicht in Besitz genommen, so habe ich ein Anrecht, daß mir die Möglichkeit gegeben wird, sie wieder zu erlangen, und darum habe ich das sogenannte Abholungsrecht, d. h. die Befugnis, zu diesem Zwecke den Kreis seiner Herrschaft zu betreten. Die Friedensordnung gibt hier also kraft des Verfolgungsrechts die Befugnis, fremde Grundstücke zu begehen. Dieses Recht kann auch aus subjektiven Berechtigungen hervorgehen (§§ 1005 und 962 B.G.B.), es ist ein Anspruch auf rechtliche Hilfeleistung, ähnlich dem Recht der §§ 809 ff. B.G.B., und ist demgemäß zu behandeln.

2. Selbständige Rechte an Sachen.

§ 24. Dingliche und obligatorische Rechte sind im B.G.B. ziemlich scharf geschieden. Allerdings gibt es Vermittlungen, z. B. Miete und Pacht; sie sind zwar an sich obligationsrechtlich, aber sie erlangen unter Umständen die Eigenheit von Rechten mit Ansprüchen gegen einen jeden Rechtsnachfolger, so mindestens, wenn es sich um Miete und Pacht von Grundstücken, Wohnräumen und Räumen handelt und diese Sachen und Räume den Mietern und Pächtern überlassen sind; ein Recht gegen jeden Rechtsnachfolger, mitunter auch gegen andere Personen, welche an Stelle des Vermieters treten, so gegen den Eigner, wenn der Nießbraucher vermietet, gegen die Ehefrau, wenn der Ehemann das eingebrachte Gut der Frau vermietet, gegen die Nacherben, wenn der Vorerbe vermietet hat (§§ 1056, 1423, 1663, 2135 B.G.B.) — alles mit gewissen Vorbehalten, vergl. auch § 57 Z.V.G. Durch dieses obligatorische Recht gegen jeden Rechtsnachfolger tritt eine bedeutende Annäherung nach der Seite des dinglichen Rechtes ein. Zwar ist der Unterschied immer noch prinzipiell; denn beim dinglichen Recht liegt ein unmittelbares Verhältnis des Berechtigten zur Sache vor, beim Recht gegen jeden Rechtsnachfolger dagegen ist ein obligationsrechtlicher Anspruch gegeben auf Übertragung oder auf eine sonstige Leistung, der gegen die Person des jeweiligen Nachfolgers gerichtet ist. Schon das römische Recht kannte derartige Typen, insbesondere die sog. actio quod metus causa; häufiger noch ist der Typus im deutschen Recht, und so ist Miete und Pacht im Bürgerlichen Gesetzbuch gestaltet; denn der Mieter und Pächter erlangen ein Recht gegenüber jedem Rechtsnachfolger seines Miet- und Pachtherrn auf die jeweiligen Leistungen, die der Miet- oder Pachtherr in der betr. Zeit zu machen hat. Mehr erlangt er nicht, er wird nicht dinglich berechtigt; wäre er es, so könnte er auch gegen Dritte vorgehen, z. B. gegen einen, der durch bauliche Anlagen in das Recht des Mietherrn eingreift; denn solcher würde zu gleicher Zeit das Recht des Mieters beeinträchtigen. Das ist aber nicht der Fall. Es wäre ja auch gar nicht zweckmäßig, dem Mietrecht eine derartige Ausladung nach dritter Seite hin zu geben und dadurch in die freie Selbstbestimmung des Mietsherrn gegenüber seinen Nachbarn einzugreifen.

Ein besonders wichtiger Fall dieses Rechtes gegen jeden Rechtsnachfolger war im deutschen Rechte das sog. jus ad rem, welches ja bekanntlich eine lange Entwicklung hat und namentlich an einige römische Stellen in der Lehre von der Pauliana angeschlossen wurde; das jus ad rem, wonach der Käufer, auch wenn er noch nicht Eigentümer geworden ist, doch ein obligatorisches Recht nicht nur gegen den Verkäufer hat, sondern auch gegen den Dritten, der vom Verkäufer im Bewußtsein dessen erwirbt, daß die Sache bereits verkauft ist.

Das B.G.B. hat dieses jus ad rem im allgemeinen nicht angenommen. Wenn jemand zweien hintereinander dieselbe (bewegliche) Sache verkauft, so wird in vielen Fällen

der erste Käufer Eigentümer werden, sofern ein sogenanntes constitutum possessorium vorliegt, wovon alsbald (S. 611 f.) zu sprechen sein wird. Ist dies nicht der Fall, dann wird derjenige Eigentümer, dem die Sache zuerst zu Eigentum übertragen worden ist, auch wenn er der zweite Käufer ist. Das ist mißlich. Bei Grundstücken wird der Nachteil dadurch überwunden, daß der, welcher berechtigt ist, eine solche Übertragung zu verlangen, sich durch eine sog. Vormerkung ein Recht gegen jeden Rechtsnachfolger wahren kann, d. h. durch eine Eintragung im Grundbuch; eine solche Vormerkung kann auch zu anderen Zwecken geschehen, z. B. wenn jemand sich einen Wiederkauf vorbehält, aber auch, wenn jemand sich versprechen läßt, daß der Grundeigentümer unter Umständen ein dingliches Recht, z. B. eine Grunddienstbarkeit, aufgibt oder eine Grunddienstbarkeit gewährt. So § 883 B.G.B. Damit ist die Brücke zum dinglichen Recht geschlagen[1].

Nicht das gleiche gilt bei beweglichen Sachen. Wenn also jemand eine Sache dem A verkauft, aber noch nicht übereignet hat, so kann der erste Käufer gegen einen dritten, der nach ihm zum zweiten Male die Sache kauft, nicht mit einem jus ad rem vorgehen. Doch wird man folgendes annehmen: wenn dieser Dritte im Bewußtsein erwirbt, daß es sich nicht darum handelt, den ersten Käufer loyalerweise zufriedenzustellen, sondern ihn geradezu um seinen Anspruch zu bringen, so hat der erste Käufer gegen den Dritten einen Anspruch nach § 826 B.G.B., denn das ist ein Handeln gegen Anstand und Sitte; und auf diese Weise bekommt der erstere die Sache heraus. Der § 826 verlangt aber einen solchen Verstoß gegen die Verkehrstreue; nicht so würde es sein, wenn etwa der Dritte im Moment des Kaufes von dem Recht des ersten Käufers nichts wußte, oder wenn er der Ansicht war, daß der erste Käufer nicht auf der Sache bestehe oder sonst in irgend einer Weise rechtmäßig zufriedengestellt werde.

§ 25. Der germanische Unterschied zwischen liegenschaftlichem und beweglichem Vermögen ist bedeutungsvoll ins B.G.B. übergegangen. Das Grundstücksvermögen wird charakterisiert durch das Grundbuch. Die einzelrechtlichen Geschäfte, welche sich auf dingliche Rechte an Grundstücken beziehen, bedürfen zu ihrer dinglichen Wirksamkeit des Grundbucheintrages; Geschäfte über Eigentum sowohl als auch über Grunddienstbarkeiten, ebenso über alle Arten von Wertrechten. Damit ist zu gleicher Zeit zum Ausdruck gebracht, daß die Ersitzung in allen diesen Beziehungen fast nur noch als Tabularersitzung eine durchgreifende Rolle spielen kann, d. h. nur als Ersitzung mit Hilfe des Grundbuchs. Sie kommt beim Eigentum an Grundstücken nur insofern in Betracht, als jemand im Grundbuch eingetragen ist und besitzt: hier kann die Ersitzung zum Eigentum führen, wenn der Eintrag im Grundbuch noch nicht dazu geführt hat; und ebenso kann umgekehrt das Löschen eines Rechtes im Grundbuche, sofern es nicht schon das Recht zum Erlöschen bringt, dadurch zur Zerstörung desselben führen, daß der Zustand des Nichtvorhandenseins eine bestimmte Zeitlang fortbesteht. In der Tat ist in beiden Fällen eine Art von Ersitzung, bez. Versitzung, also eine Tabular-Ersitzung und Tabular-Versitzung gegeben (§ 900, 901 B.G.B.). Ohne dies giebt es bezüglich des Eigentums nur noch eine Ersitzung mit Hilfe des Aufgebotsverfahrens nach § 927 und bei Grunddienstbarkeiten noch das Erlöschen auf Grund einer die Dienstbarkeit beeinträchtigenden Anlage, z. B. eines in den Weg gesetzten Baues, eines die Nachbarschaft belästigenden Kamines, in welchem Falle die Versitzung insoweit stattfindet, als durch die Anlage die Ausübung der Grunddienstbarkeit unmöglich wird (§§ 927, 1028 B.G.B.).

Die Grundbücher sind entweder bereits durch das frühere System gegeben oder es handelt sich darum, das Grundbuchsystem neu einzuführen, was für gewisse Rechtsgebiete noch eine Arbeit von Jahren sein wird, während in den Gebieten, wo die preußische

---

[1] Die Vormerkung gibt daher eine actio in rem scripta; sie ist grundsätzlich von der Hypothek verschieden; wird daher auf die Vormerkung verzichtet, so wird das Grundstück davon frei, und ein der Eigentümerhypothek entsprechendes Recht des Grundeigentümers tritt nicht ein; vgl. auch §§ 886 cf. 1169 B.G.B. Vgl. Kammergericht 11. Juli 1902, Mugdan V S. 390.

Grundbuchordnung und das Eigentumserwerbsgesetz bestanden, sich die Überleitung von selbst ergeben hat.

Für die Behandlung der Grundbücher und die Art der in ihnen sich vollziehenden Geschäfte ist die Grundb.O. v. 24. März 1897 (20. August 1898) maßgebend. Die Grundbücher werden von den Grundbuchämtern geführt; in Preußen sind es die Amtsgerichte, in manchen Ländern Gemeindebehörden. Sie werden nach Realfolien geführt: jedes Grundstück hat sein Grundbuchblatt. Die Eintragungen geschehen regelmäßig nur auf Antrag, und es ist meist Bewilligung des Betroffenen erforderlich, doch können, im Falle nachgewiesener Unrichtigkeit, Ausnahmen bestehen[1]. Die Erklärungen müssen öffentlich oder öffentlich beglaubigt, die Nachweise durch öffentliche Urkunden geführt sein (§§ 22, 29 Grundb.O.).

Gewisse Grundstücke allerdings, Grundstücke des Fiskus, Grundstücke öffentlicher juristischer Personen, öffentliche Wege, Gewässer, Grundstücke des öffentlichen Verkehrs, Grundstücke von Landesherren und ähnliche können dem Grundbuch entzogen sein; sie bekommen dann ein Grundbuchblatt nur auf Antrag, was von Wichtigkeit ist, weil insbesondere Grunddienstbarkeiten, die an öffentlichen Wegen bestehen, z. B. das Recht der Leitung von Gasröhren oder elektrischen Anlagen, ohne Grundbuch erworben werden. Für die Art der Erwerbung sind die Landesgesetze bestimmend (Art. 127, 128 E.G. z. B.G.B.); vgl. z. B. preuß. Ausf.-Ges. zum B.G.B. Art. 27, bayrisches Ausf.-Ges. Art. 83 ff.[2].

Soweit das Grundbuch besteht, sind also die bürgerlichen Rechtsgeschäfte, welche einen Erwerb oder Verlust dinglicher Rechte an Grundstücken bewirken, im allgemeinen einzutragen, allein es gibt andere Rechtsvorgänge, welche eine Änderung der dinglichen Verhältnisse ohne Eintragung bewirken, so insbesondere Erbgang und Ehegemeinschaft, so der Zuschlag bei der Zwangsvollstreckung, (§ 90 Zwangs-V.G.), so die Enteignung (z. B. § 44 preuß. Enteign.-Ges.). In diesen Fällen hat natürlich der Berechtigte die Befugnis, die Eintragung zu verlangen, aber die Eintragung hat hier nicht erwerbende, sondern nur bezeichnende oder bestätigende Bedeutung. Bedeutsam ist sie allerdings, teils wegen des § 892, von dem alsbald zu sprechen sein wird, teils auch aus anderen Gründen; z. B. kann eine Zwangsvollstreckung nur gegen einen solchen ergehen, der als Eigentümer oder dessen Erblasser als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen ist (§ 17 Z.V.G.), umgekehrt ergeht sie rechtsgültig gegen jeden, der als Eigentümer eingetragen ist (§ 1148 B.G.B.); und ebenso kann nach § 40 Grundb.O. jemand nur dann eine Änderung oder Übertragung seines Rechts im Grundbuch eintragen lassen, wenn er selbst eingetragen ist.

Die Einträge im Grundbuch unterliegen einer bestimmten Rangordnung. Die Rangordnung richtet sich nach Reihenfolge der Einträge, die Reihenfolge der Einträge nach der Reihenfolge der Anträge (§§ 17, 18 Grundb.O.). Das gilt nicht nur im Verhältnis von Hypotheken zueinander, sondern auch im Verhältnis von Hypotheken und Grunddienstbarkeiten. Doch kann die Rangordnung unter Zustimmung der Beteiligten geändert werden; nur daß, wenn es sich um Hypotheken und ähnliche Rechte handelt, dazu die Zustimmung des Eigentümers erforderlich ist (§ 879, 880). Der Grund wird sich unten S. 617 ergeben.

Von höchster Bedeutung ist aber dasjenige, was man öffentlichen Glauben des Grundbuches nennt. Es gilt nämlich folgender Grundsatz: 1. der Eingetragene hat die

---

[1] Nach § 27 Grundb.O. kann eine Hypothek nur mit Zustimmung des Eigentümers gelöscht werden. Dies ist zutreffend, sofern der Eigentümer durch die Löschung mit betroffen wird; denn, wenn die Hypothek aufgegeben ist, so wird sie zur Eigentümerhypothek; es bedarf daher der Zustimmung des Eigentümers, wenn statt dessen das Erlöschen der Hypothek eintreten soll (vgl. §§ 1179, 1183 B.G.B.). Diese Erwägung trifft bei der Gesamthypothek nicht zu, da hier das (der Gesamthypothek entgegentretende) Bestreben des B.G.B. dahin führt, daß der Verzicht auf die Hypothek an einem der Grundstücke ihr Erlöschen bewirkt, soweit dieses Grundstück angeht (§ 1175). Gleichwohl nimmt das Kammergericht (bei Mugdan III S. 225, IV S. 318) an, daß gemäß § 27 Grundb.O. auch hier die Zustimmung des Grundstückseigentümers zur Löschung nötig sei. Das ist unrichtige Wortauslegung.

[2] Über derartige Geschäfte, namentlich mit Gasanstalten, vgl. meinen Aufsatz in Z. f. bürgerl. u. französisches Recht XXXII S. 47 f.

Rechtsvermutung für sich, daß er dem Eintrag entsprechend berechtigt ist[1]; 2. wer auf Grund des Grundbuches durch Rechtsgeschäft (durch Rechtsgeschäft des Zivilrechtes) erwirbt, der erwirbt durch das Geschäft so, wie er erwürbe, wenn das Grundbuch richtig wäre, vorausgesetzt, daß er in gutem Glauben ist, d. h. die Unrichtigkeit des Grundbuchs nicht kennt. Natürlich ist das Grundbuch nicht immer richtig, denn einerseits ist alles Menschliche der Irrung unterworfen, anderseits gibt es eine Menge Rechtsvorgänge, die ohne das Grundbuch wirken, wie dies S. 605 hervorgehoben worden ist, und so kann eine Rechtsänderung ohne Eintragung erfolgt und dadurch die alte Eintragung unrichtig geworden sein. Trotzdem aber wird derjenige, der auf Grund eines so gestalteten Grundbuches gutgläubig erwirbt, entsprechend berechtigt: er erlangt ebenso ein dementsprechendes Recht, wie bei beweglichen Sachen unter Umständen der gutgläubige Erwerber. Der Grundgedanke ist der deutschrechtliche, daß möglicherweise der gutgläubige Erwerber mehr Rechte erwirbt, als sein Vorgänger hatte.

Um dieser schlimmen Folge zu entgehen, kann der Berechtigte, zu dessen Ungunsten ein unrichtiger Eintrag lautet, nicht nur die Berichtigung des Eintrages begehren, sondern auch (kraft einer einstweiligen Verfügung) einen Widerspruch eintragen lassen, und dieser Widerspruch hat die Bedeutung, daß nunmehr ein gutgläubiger Erwerb in dem oben erwähnten Sinne nicht mehr möglich ist. Vergl. § 892, 894, 899, 902 B.G.B.

Eine eigenartige Aufhebung dinglicher Rechte an Grundstücken kennen manche Landesgesetze, namentlich auch das preußische Recht: es ist das Erlöschen kraft eines sog. *Unschädlichkeitszeugnisses*. Nicht selten nämlich werden von einem größeren Grundstück Parzellen abgetrennt und dafür irgend ein Ersatz gegeben. Diese abgetrennten Parzellen sind vielfach mit irgend welchen dinglichen Belastungen, auch vielleicht mit Lehen oder fideikommissarischer Verfangenheit belegt und würden darum dem anderen Grundstück nur mit einer schweren Bürde zuwachsen. In einem solchen Falle kann von der zuständigen Behörde ausgesprochen werden, daß der Ersatz, der für das abgetrennte Stück geschaffen wird, ein vollgenügender ist, so daß ein solcher Austausch dem dinglich Berechtigten keinen Schaden bringt; auf Grund dessen kann dann das dingliche Recht gelöscht werden. Das ist das sog. Unschädlichkeitszeugnis, wie es sich z. B. in Preußen in Gesetzen vom 8. März 1850, 27. Juni 1860, 15. Juli 1890 findet und nunmehr auch im preußischen Ausführungsgesetz zur Grundbuchordnung, Artikel 20, näher geregelt ist; denn das Einführungsgesetz zum B.G.B., Art. 120, läßt solches zu. Vgl. auch Preuß. Ausf.-Ges. zum B.G.B. Art. 19.

§ 26. Zu den Benutzungsbefugnissen des Grundeigentums gehört auch das Recht, ein Grundstück mit einem Gebäude zu *bebauen*; dies ist eine Befugnis, aber eine an gewisse Bedingungen geknüpfte Befugnis, und zwar an Bedingungen, die eben gerade in dem Momente, wo gebaut werden soll, erfüllt sein müssen. Man kann daher regelmäßig nicht, bevor gebaut werden soll, sagen, daß jemand ein Recht zu bauen als wohlerworbenes Recht habe. Das ist aber ein Zustand, der nicht vollkommen aufrecht zu erhalten ist; denn sehr häufig werden Grundstücke eben zum Zwecke der Bebauung angekauft, und wird die nötige Vorkehrung für die Bebauung sofort getroffen. Es wäre daher ein solcher schwebender Zustand für die Volkswirtschaft recht mißlich. Deshalb haben die neueren Gesetze Abhilfe geschaffen und unter gewissen Umständen die Befugnis zu bauen zu einem wohlerworbenen Recht erhoben. Hierüber gilt folgendes.

Man geht, namentlich was Stadtanlagen betrifft, davon aus, daß die Häuser in einer bestimmten sog. Flucht gebaut werden müssen, weil nur auf solche Weise Schönheit, Bequemlichkeit, Sicherheit gewahrt werden kann: sog. Baufluchtlinie, die einer Straßenflucht entspricht. Die neuen Gesetze haben mehr oder weniger derartige Baufluchtbestimmungen gegeben in der Art, daß nach bestimmten Vorbereitungen, insbesondere nachdem vorher die Bedürfnisse abgewogen und die Beteiligten zu Vorschlägen und Erklärungen aufgefordert worden sind, eine sog. Straßen- und Baufluchtlinie festgesetzt wird. Hier gilt nun

[1] Das ist prozessualisch bedeutsam, Encyklopädie II S. 112.

vielfach, z. B. nach dem preußischen Straßenfluchtgesetz vom 2. Juli 1875 § 18 Ziff. 3, die Bestimmung, daß, sobald eine Straßenlinie festgesetzt ist, ein wohlerworbenes Recht entsteht, so daß, wenn nachträglich die Bauflucht geändert wird, ein Schadenersatz verlangt werden kann. Vgl. R.G. 14. April 1888 Entsch. XXI S. 212, 27. März 1889 XXIII S. 283, 8. Juli 1891 XXVIII S. 275, 5. November 1898 XLII S. 287.

Noch mehr natürlich muß ein sicheres Recht vorhanden sein, nachdem nicht nur die Bauflucht festgesetzt, sondern auch bereits gebaut ist. Darum ist es allgemeine Rechtsüberzeugung, daß, wenn nachträglich durch Verlegung der Straße, insbesondere auch durch Höher- oder Niederlegung bauliche Veränderungen nötig werden, Gemeinde und Staat, welche diese Bauänderungen vornehmen, in entsprechender Weise Schadenersatz zu leisten haben. So auch R.G. 7. März 1882 Entsch. VII S. 218, 13. Februar 1883 Entsch. X S. 271, 18. April 1899 Entsch. XLIV S. 282 und die dort zitierten, so namentlich auch die französische Literatur und Rechtsprechung [1].

Die obigen Grundsätze gelten vom Bauen; sie gelten noch mehr von der Art des Bauens: denn wenn auch ein Baurecht begründet ist, so ist immer noch nicht gesagt, in welcher Weise der Bau stattzufinden hat. Vielmehr bestehen darüber Bauordnungen und müssen solche bestehen, mit Bestimmungen über die Art des Bauens, welche die Sicherheit des Lebens, die Sicherheit des Eigentums, ja, welche auch die Schönheit der Straßen betreffen können. Hiernach ist das System allgemein verbreitet, daß die Baupläne eingereicht, obrigkeitlich geprüft und sodann der fertige Bau selber obrigkeitlich abgenommen werden muß, ansonst die Wohnung nicht bezogen werden darf [2].

Ganz besondere Bestimmungen gelten in dieser Beziehung in der Gewerbeordnung, wenn es sich um gewerbliche Anlagen handelt, durch die möglicherweise das Publikum geschädigt oder belästigt werden kann, worüber bereits oben (S. 594) gehandelt worden ist.

§ 27. Das Eigentum, namentlich das Grundeigentum, unterliegt vielen sogen. Eigentumsschranken, d. h. die dem Einzelnen kraft des Eigentums gegebene Willkür der Sachbenutzung stößt sich an den sozialen Erfordernissen des Rechts und der Wirtschaft: sie findet daher ihre Begrenzung und Regel.

Zu den notwendigen Beschränkungen des Eigentums gehört die Möglichkeit der Enteignung, welche man früher Expropriation nannte. Sie hat sich im Mittelalter entwickelt aus dem Dominium eminens des Kaisers und der Landesherren, und insbesondere war hier eine Stelle bedeutsam, die l. 9 de lege Rhod. de jactu 14, 2, wo der Kaiser sagt: ego sum dominus mundi [3]. Dazu kamen die Stadtrechte [4]; später haben Berggesetze die Notwendigkeit der Enteignung klargelegt, und das 18. und 19. Jahrhundert haben eine Reihe von Expropriationsbestimmungen geschaffen, wobei gewöhnlich sogar verfassungsmäßig ausgesprochen wird (z. B. in der preußischen Verfassung, Art. 9), daß nur gegen vollständige Entschädigung enteignet werden dürfe. Außer einer Menge von Einzel-

---

[1] So sagt Art. 18 des badischen Ortsstraßengesetzes v. 11. März 1868 ausdrücklich: „Wird die Höhe einer Ortsstraße verändert, so haben die Gemeinden bezw. die zur Herstellung der Straße Verpflichteten die dadurch nötig werdenden Veränderungen an den Zufahrten und Zugängen der anstoßenden Liegenschaften, soweit diese letzteren durch diese Veränderung nicht einen höheren Wert erhalten haben, auf ihre Kosten herzustellen und bei Gebäuden außerdem für eine etwa eingetretene Wertsverminderung Entschädigung zu leisten."

[2] In Preußen gilt noch das L.R. I 8 §§ 65 ff.; sodann bestehen Baugesetze in den verschiedensten Ländern. Vgl. darüber meine Abhandlung im Arch. f. d. R. IX S. 80 f.

[3] So die lateinische Übersetzung der Vulgata; die Stelle selbst ist griechisch.

[4] So sagen die Statuten von Chianciano v. 1287 Art. 292 (Ed. Fumi p. 142): Quicunque habet aliquam possessionem infra bannitas comunis Clanziani, teneatur ipsam comuni vendere ad existimationem duorum massariorum super hoc per potestatem et consilium generale positorum, et qui nollet vendere, compellatur personaliter ad vendendum. Florenz 1415 III 93 bestimmt, daß, wer in einem castrum eine fortalitia hat, sie pro precio quod videbitur sex officialibus popularibus an die Stadt veräußern muß. Expropriationen für Wege und öffentliche Bauten verordnen die Päpste, so Sixtus VI. 30. Juni 1480, so Gregor XIII. 1. Oktober 1574 (Bullarum Ed. Taurin, V p. 273 f., VIII p. 89).

landesgesetzen, worin von Enteignung die Rede ist, und außer einer Reihe von besonderen Reichsgesetzen dieser Art gelten in vielen Ländern Gesetze über die Enteignung im allgemeinen, so das preußische vom 11. Juni 1874, das bayrische vom 17. November 1837, das badische vom 28. August 1835 u. s. w. Die Grundgedanken dieser Gesetze bestehen darin, daß im Falle der Notwendigkeit, namentlich wenn es sich um wichtige neue Einrichtungen, besonders Verkehrseinrichtungen handelt — der Eisenbahnbau kam hier vor allem in Frage —, eine bestimmte staatliche Behörde beschließen kann, daß enteignet werden soll; worauf dann die Enteignung gegen Bestimmung einer entsprechenden Entschädigung festgesetzt wird, doch so, daß bezüglich der Höhe der Entschädigung der Rechtsweg vorbehalten bleibt. Die Entschädigung soll eine vollständige sein; wenn insbesondere, wie häufig, der Teil eines Grundstückes weggenommen wird, so muß berücksichtigt werden, daß auch der andere Teil an Wert verliert oder vielleicht ganz wertlos wird. Nicht zu berücksichtigen ist die durch das Unternehmen selber herbeigeführte allgemeine Steigerung des Wertes der Grundstücke; nicht zu berücksichtigen ist es ferner, wenn durch das Unternehmen speziell das übrige Stück des teilweise enteigneten Grundstückes einen besonderen Wertzuwachs erfährt: denn der Schaden erwächst durch die Enteignung und nicht durch die Unternehmung, wegen welcher die Enteignung stattfindet, und es besteht daher zwischen Schaden einerseits und Werterhöhung anderseits nicht der nötige Zusammenhang. Daher ist die Werterhöhung, die dadurch eintritt, daß z. B. eine Eisenbahn in die Nähe kommt, nicht eine mit der Enteignung, sondern eine mit dieser ganz verschiedenen Tatsache zusammenhängende Werterhöhung, und wenn darum die eine Hälfte des Grundstücks wegen Eisenbahnbaues enteignet ist, so kann nicht angerechnet werden, was das übrige Stück durch die Eisenbahnanlage an Wert gewinnt.

Sonderbestimmungen enthalten, wie andere Reichsgesetze, so namentlich das Rayongesetz vom 21. Dezember 1871 über die Umgebung von Festungen. Hier wird nicht in der Art enteignet, daß das Eigentum weggenommen wird, sondern bloß durch Belastung des Bodens, indem die Grundstücke in einer bestimmten Entfernung (Rayons) von der Festung nicht oder nur mit bestimmten Beschränkungen bebaut werden dürfen. Es werden drei Rayons unterschieden mit Belastungen von verschiedener Energie, je nach der größeren oder geringeren Nähe zur Festung. Hier wird durch eine Kommission die Belastung bestimmt, und dem entspricht eine nach den Rayons verschiedene Entschädigung, die in einer Rente besteht, aber, nach dem Willen des Berechtigten, bei starker Wertminderung auch in Kapital bestehen kann (§ 36). Andere derartige Entschädigungen für Wegnahme oder Zerstörung auf Grund des öffentlichen Wohles verordnet beispielsweise das Rinderpestgesetz vom 7. April 1869 § 3, das Viehseuchengesetz von 1880 und von 1894, das Reblausgesetz vom 3. Juli 1883, das Gesetz über die Bekämpfung gemeingefährlicher Krankheiten vom 30. Juni 1900 §§ 29 ff.

Besondere Beschränkungen des Grundeigentums sind erforderlich in Bezug auf die Waldkultur. Daß die Wälder in bestimmtem Bestand erhalten werden, ist für die klimatischen Verhältnisse und namentlich zur Vermeidung von Überschwemmungen eine unbedingte Notwendigkeit; und es ist um so dringender notwendig, in dieser Beziehung einzuschreiten, als die Abholzung der Wälder — wenigstens augenblicklich — meist große Vorteile bietet, weshalb vielfach ein Anreiz dazu besteht, so daß die eine Generation häufig alle künftigen in empfindlicher Weise schädigt. Der Schutz der Waldungen ist der Landesgesetzgebung anheimgestellt. Es besteht darüber schon von früher her eine Reihe von Gesetzen; in Preußen gibt es ein Gesetz vom 6. Juli 1875, sodann Gesetze über Gemeindewaldungen, und endlich die Bestimmung, daß Waldgenossenschaften gegründet werden können, in der Art, daß eine Mehrheit der Beteiligten die Minderheit bezüglich gemeinsamer Maßnahmen überstimmen kann.

Dies letztere System ist auch noch in anderer Weise zur Anwendung gekommen, nämlich im Verkoppelungs- und Arrondierungsverfahren. Bei der Verteilung von Grund und Boden haben sich häufig unleidliche Verhältnisse herausgestellt, indem eine Reihe von Eigentümern von der gemeinen Straße getrennt wurden und nur durch mühsame Dienstbarkeiten sich helfen konnten, oder indem sonst die Grundstücke oft in einer äußerst un-

bequemen Weise gestaltet waren. Wie man früher, solange Grund und Boden gemein war, von Zeit zu Zeit durch Neuverteilungen abgeholfen hat, so hat man im 19. Jahrhundert, als der Boden längst Privateigentum geworden war, Gesetze gegeben, wonach, wenn die Grundeigentümer einer bestimmten Gemeinde zusammentraten und eine bestimmte Mehrheit eine Neuverteilung beschloß, eine solche stattfinden solle. Derartige Gesetze finden sich vielfach in Deutschland, z. B. preußisches Gesetz vom 2. April 1872, für das Rheinland vom 24. Mai 1885, bayrisches Arrondierungsgesetz vom 10. November 1861 und andere.

Eine wichtige Eigentumsbeschränkung besteht auch darin, daß Altertümer und Kunstwerke von historischem Werte der Menschheit erhalten werden müssen. Daher gilt schon seit alter Zeit die Bestimmung, daß, wer im Eigentum derartiger Gegenstände ist, sie erhalten muß und sie der Kultur nicht entziehen darf. Besonders interessante Gesetze der Art haben seinerzeit die Päpste gegeben, von Papst Paul II. im Jahre 1462 bis zu dem berühmten editto Pacca vom Jahre 1820, und ebenso bestehen neuzeitliche Gesetze in den verschiedenen Kulturstaaten, beispielsweise in Frankreich vom Jahre 1887, und eine Reihe Verordnungen und Verfügungen in deutschen Staaten[1]. Der Grundgedanke ist ein innerlich vollkommen vernünftiger und gesunder. Es dürfen die Schönheiten, welche der Menschengeist geschaffen, der Menschheit nicht entrissen werden: die Interessen der Allgemeinheit müssen hier über das Recht des Einzelnen obsiegen. Daß frühere Zeiten hier nicht fester eingeschritten sind, ist die Ursache, daß uns so unendlich viel Schönes verloren gegangen ist. Merkwürdig ist, daß man in alten Zeiten nicht nur den Verderb der Altertümer teilnahmlos mit angesehen, sondern ihn bilderstürmend selbst gefördert hat. Dies geschah nicht nur in der Türkei, sondern selbst im Lande Italien[2]. Notwendig wäre es aber auch, Bestimmungen in der Art zu treffen, daß ein Eigentümer derartiger Gegenstände nicht berechtigt wäre, sie vollständig einzuschließen und dem kunstsinnigen Publikum zu verbergen. In dieser Beziehung fehlt es noch durchaus an den energischen Normen, und es war vor Jahren ein jämmerliches Schauspiel, als die Farnesina jahrelang der Menschheit entzogen war und die Rechtsordnung kein Mittel hatte, dies zu verhüten[3].

Soweit die Kunstschönheiten; auch für Naturschönheiten hat die neuere Gesetzgebung gesorgt und gesetzliche Bestimmungen getroffen, wonach es verboten werden kann, landschaftlich hervorragende Gegenden durch Reklameschilder und Ähnliches zu verunzieren, so Preuß. Ges. vom 2. Juni 1902, so lübische Bauordnung 1903 u. a.

§ 28. Zu den hauptsächlichen Bedingnissen der Grundeigentumsbenutzung gehört, daß sich der Eigentümer mit den Nachbarn in gesetzmäßiger Weise stellt: dies ist das Nachbarrecht; es ist im B.G.B. nur sehr unvollständig entwickelt und läßt in vieler Beziehung der Landesgesetzgebung Raum. Zwar gibt es einige Bestimmungen, welche eine Regelung der nachbarlichen Beziehungen enthalten, so insbesondere das Verbot der Vertiefung der Erde in zu großer Nähe des Nachbargrundstücks (§ 909 B.G.B.); dieses Verbot ergibt sich von selber, denn ein jeder Grundeigentümer nimmt teil an dem gemeinsamen Erdboden und muß darum jede Behandlung des Erdbodens unterlassen, welche diesem den nötigen Halt und die nötige Stütze nimmt: die Zusammengehörigkeit des Erdbodens trotz der Getrenntheit des Eigentums tritt hier mit großer Kraft hervor.

Von ganz besonderer Bedeutung ist auch die berühmte Bestimmung des Über-

[1] Neuerdings auch hessisches Denkmalsschutzgesetz vom 16. Juni 1902.

[2] Allerdings waren die alten Bauten oft lebensgefährlich. Interessant aber ist es doch, daß eine Verordnung von Berengar von 895 (in Valerini, Belezze di Verona 1586 p. 24) bestimmt, daß jeder das Recht habe, ein baufälliges Werk niederzulegen: ubicumque edificium aliquod publicum parti pertinens minatur ruinam aut alicui videtur, ut in ruinam ejusdem quomodocunque sit damnum futurum, liceat eis .... absque ulla publicae partis ofensione ipsum edificium usque ad firmum evertere .... Natürlich galt nun alles als baufällig, und von den Quadern der Arena wurde der ganze Brà rings ausgebaut.

[3] Vgl. Arch. f. bürgerl. R. IX S. 56 f. Neuerdings plant man auch Gesetze über ein ausschließliches Recht des Staates an Altertumsfunden.

hangs und Überfalls. Die überhängenden Zweige kann der Eigentümer des Nachbargrundstücks abschneiden und behalten, sofern der Baumeigner sie innerhalb einer gesetzten Frist nicht beseitigt, vorausgesetzt, daß sie nicht in einer Höhe schweben, in welcher sie ihm keine Beeinträchtigung schaffen. Der Nachbar hat hier ein Eigentumserwerbsrecht (ähnlich dem Fruchtrecht des gutgläubigen Besitzers), nur daß das Eigentum an den Zweigen erst mit dem Besitzerwerb und nur unter der bezeichneten Bedingung erworben wird (§ 910). Wichtiger noch ist das Recht auf die Früchte, die auf das Nachbargrundstück herüberfallen. Mit dem Moment, wo sie das Nachbargrundstück berühren, sind sie Eigentum des Nachbarn. Sie sind und bleiben es, sofern sie nicht durch Naturereignisse, wie z. B. durch einen Windstoß, wiederum auf das andere Grundstück herübergetrieben werden, so daß schließlich derjenige Grundeigner, auf dessen Fläche die Früchte aufgefunden werden, Eigentümer der Früchte ist. Der Grundgedanke ist ein allgemein germanischer; er beruht auf dem Satze, daß der Grundeigner von dem Guten und Bösen, was ihm von den Pflanzungen seines Nachbarn zukommt, gleichmäßig betroffen sein soll. Danach wird der § 911 sicher auf den Fall zu beschränken sein, wenn durch Naturereignisse oder auch durch unerlaubte Handlung eines Dritten die Früchte herübergetrieben werden (Anriß); er kann nicht auch dann gelten, wenn bei der Aberntung der Früchte einzelne Stücke herüberfallen, es müßte denn sein, daß sie von dem Eigentümer des Baumes nicht mehr weiter begehrt, sondern auf dem Nachbargrundstück belassen werden.

Noch viel wichtigere Grundsätze des Nachbarrechts gelten für den Zwischenraum, den man zwischen dem Bau und dem Nachbargute lassen muß, für die Höhe, die ein Bauwerk in der Nähe der Grenze erreichen darf, für die Fenster und andere Lichtanlagen, die man unweit des Nachbargutes anlegen darf. Alle diese Nachbarverhältnisse sind in Deutschland noch provinziell sehr verschieden, und man hat Anstand genommen, hier eine gemeinsame Regel zu bilden (Art. 124 E.G.). Es gelten daher die Landesgesetze, die in dieser Beziehung sehr große Verschiedenheiten aufweisen; in den Teilen, wo das preußische Landrecht galt, herrscht noch der altväterliche Grundsatz, daß man unter Umständen das Recht hat, von dem Fenster des Erdgeschosses aus den Himmel zu betrachten, also zu verlangen, daß ein Zwischenraum frei bleibt, der die Betrachtung des Himmels ermöglicht![1] — während in den Rheinlanden die viel praktischeren Bestimmungen nach dem Metermaße gelten, die seinerzeit der Code civil eingeführt hat.

Eine Lizenz des Nachbarrechts liegt darin, daß man unter Umständen den Überbau gestatten muß, d. h. es gestatten muß, daß ein Nachbarbau in unser Gebiet hineinragt. Die Bestimmung ist eine sehr humane und zweckmäßige Abmilderung des B.G.B. gegenüber dem strengen Recht. Sie setzt allerdings voraus, daß der Überbau ohne Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit geschehen ist, und daß der Nachbar nicht rechtzeitig Widerspruch eingelegt hat. Der benachteiligte Nachbar wird übrigens durch eine Rente (Reallast) entschädigt, kann aber auch verlangen, daß der Boden, der dem Überbau entspricht, gegen entsprechenden Wertersatz übernommen werde (§§ 912—916 B.G.B.).

Eine weitere Nachbarlizenz ist die uralte Pflicht zur Gestattung eines Notweges (§§ 917 f. B.G.B.) u. a. Alles dieses ist germanische Eigenart[2].

§ 29. Bewegliche Sachen, die niemandem gehören, werden durch Aneignung, d. h. durch Besitzergreifung, mit dem Willen, die Sache seinem Vermögen zuzufügen, erworben, was man im gemeinen Rechte Okkupation nannte. Doch verordnet das B.G.B. folgende wichtige Beschränkung: Steht die Okkupation im Widerspruch mit dem ausschließenden Okkupationsrecht eines anderen, dann wird der Aneignende nicht Eigentümer; aber auch der Okkupationsberechtigte wird hierdurch nicht Eigentümer, sondern die Sache bleibt eigentumslos, und so kann z. B. ein vom Wilderer geschossener Hase eigentumslos

[1] Wenn das Gebäude schon zehn Jahre besteht, hat man das Recht, von den Fenstern des Untergeschosses den Himmel zu betrachten, falls das Zimmer nur von dieser Seite her Licht hat, sonst von den Fenstern des zweiten Stockwerkes; Preuß. L.R. I 8 §§ 142. 143.

[2] Vgl. die Stadtrechte Chianciano (1287) Art. 137, Modena (1327) IV 49, Carpi (1353) p. 54, Ravenna (15. Jahrh.) II 14 p. 115, Gradara (1552) Art. 57 (Collez. Marchigiana III p. 31).

bleiben, bis er etwa einem gutgläubigen Erwerber ins Eigentum kommt. Man hat gefragt, ob, wenn jemand dem Wilderer den Hasen wieder stiehlt, der Wegnehmende dafür überhaupt nicht bestraft werden dürfte, und man hat es verneint; doch ist es unzweifelhaft, daß darin ein Eingriff in das Okkupations(=Jagd)recht enthalten ist[1]. Bei unbeweglichen Sachen hat das B.G.B. das Aneignungsrecht des Publikums nicht angenommen, sondern lediglich dem Staat die Befugnis gegeben, ein solches Grundstück, namentlich wenn es der frühere Eigentümer aufgegeben hat, an sich zu ziehen und zu Eigentum zu erwerben, indem er sich als Eigner ins Grundbuch eintragen läßt (§ 928 B.G.B.).

Eine wichtige Art des Eigentumserwerbs beweglicher Sachen ist die durch Verarbeitung; wer mit einem fremden Stoff in der Art umgeht, daß er die Sache zu einer ganz anderen macht, erwirbt, sofern nur der Wert der Arbeit nicht erheblich geringer ist als der Stoff, Eigentum (§ 950). Diese Bearbeitungen finden heutzutage hauptsächlich durch Hilfspersonen statt, also insbesondere durch Fabrikarbeiter, und hier muß der Grundsatz gelten, daß, wenn die Verarbeitung stellvertreterisch geschieht, das Eigentum an den Geschäftsherrn fällt. Eine solche stellvertreterische Tätigkeit erfolgt stets dann, wenn Leute in einem Dienstverhältnisse angestellt sind und in diesem für den Geschäftsherrn tätig sein müssen[2]. In ganz ähnlicher Weise handelt auch diejenige Person stellvertreterisch, welche berufen ist, für eine Fabrik Erfindungen zu machen und dadurch den Fabrikbetrieb zu fördern, also insbesondere der Fabrikschemiker. Der Erwerb findet so lange stellvertreterisch statt, bis der Stellvertreter erklärt hat, nicht mehr auf diese Weise tätig sein zu wollen; darin kann allerdings eine Vertragswidrigkeit liegen, und diese kann den Geschäftsherrn zur Kündigung und zum Schadenersatz berechtigen (§ 950).

Deutschrechtlich ist der Grundsatz, daß der Finder einer beweglichen Sache unter Umständen Eigentümer wird, ferner, daß ihm unter allen Umständen ein Finderlohn zukommt[3]. Auch das B.G.B. hat dem entsprochen, und zwar mit der Maßgabe, daß ein Eigentumserwerb nur dann stattfinden soll, wenn der Finder vollständige Ehrlichkeit bewahrt, insbesondere die nötige Anzeige gemacht hat, und wenn dann innerhalb einer bestimmten Zeit (in einem Jahre) kein Empfangsberechtigter bekannt wird. Außerdem soll aber, auch wenn auf solche Weise der Finder Eigentümer geworden ist, dem Verlierenden noch ein Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung zustehen, aber nur innerhalb dreier Jahre. Der Finderlohn beträgt 5 % bis zu 300 Mk., dann 1 %.

Diese Grundsätze sind im allgemeinen gesund, nur von dem B.G.B. recht peinlich und schwerfällig ausgestaltet. Als richtig muß insbesondere auch noch der Satz anerkannt werden, daß, wenn jemand Gegenstände in Verkehrsanstalten oder bei Behörden verloren hat, die Rechte des Finders nicht eintreten. Das würde zu einem ständigen Eigentumserwerb der Personen führen, welche die Stuben auszukehren oder die Eisenbahnwagen zu säubern haben. Vielmehr soll die betreffende Behörde ein Versteigerungsrecht haben, sobald eine bestimmte Zeit verstrichen ist, und der Verlierende hat innerhalb dreier Jahre ein Recht auf den Erlös als ungerechtfertigte Bereicherung. Nach drei Jahren fällt der Erlös an die Behörde (§§ 965—983).

§ 30. Der abgeleitete Erwerb beweglicher Sachen wird zwar scheinbar durch das Übertragungs- oder Traditionssystem beherrscht, d. h. durch das System, wonach Eigentum und dingliches Recht noch nicht durch bloßen Vertrag (Einigung), sondern erst durch die Besitzübergabe erworben wird. Ich habe aber anderweitig dargetan, daß dieser Gedanke vom B.G.B. so sehr durchbrochen ist, daß schließlich eher das Gegenteil herausgekommen ist: wir können kecklich sagen, daß das B.G.B. in der Tat und Wirklichkeit das System des Eigentumserwerbs durch bloßen Vertrag angenommen hat; denn 1. gilt, wie schon im römischen Rechte, der Grundsatz der kurzhändigen Übertragung, wonach,

[1] Vgl. auch R.G. 23. Januar 1903 Goltd. Arch. 50 S. 132.

[2] Natürlich ist hier das Dienstverhältnis maßgebend, nicht der innere Wille dieser Personen. Dies habe ich schon längst vor Rümelin (Arch. f. civ. Prax. Bd. 93 S. 282) in meinem älteren Werk über das Patentrecht S. 59 ff. ausgeführt. Jetzt auch Handb. des Patentrechts S. 234.

[3] Die Statuten von Pistoja (1296) III 145 haben ein Fundgeld von 10 %.

wenn der Erwerber bereits im unmittelbaren Besitz der Sache ist, z. B. als Mieter oder Leiher, die Übertragung durch bloßen Vertrag, d. h. durch bloße Einigung, geschehen kann; 2. wenn der Eigentümer im unmittelbaren Besitze ist, so kann die Übertragung durch Besitzauftragung, constitutum possessorium, erfolgen. Dies ist eine großartige, im deutschen Mittelalter zur höchsten Entwicklung gelangte Rechtsfigur, die man allerdings Ende des 18., Anfang des 19. Jahrhunderts beinahe vergessen zu haben schien. Sie besteht darin, daß der besitzende Eigentümer dem Erwerber erklärt, er wolle zwar immer noch weiter besitzen, aber nicht mehr für sich, sondern für den Erwerber, so daß der Erwerber der mittelbare Eigenbesitzer und er der unmittelbare Fremdbesitzer wird. So in den zahllosen Urkunden, wo der Eigner das Grundstück reservato usufructu oder deducto usufructu veräußert, welcher Ususfrukt oft nur eine Woche, einen Tag oder gar nur eine Stunde dauerte[1]. Eine solche Besitzauftragung verlangt allerdings nach dem B.G.B. ein Rechtsverhältnis, vermöge dessen der Erwerber zum mittelbaren Besitz gelangt (§ 930); allein ein mittelbarer Besitz ist überhaupt nicht ohne ein solches Rechtsverhältnis möglich, und daß das Rechtsverhältnis gültig sein muß, verlangt das Gesetz nicht und kann es nicht verlangen. Daher wird insbesondere eine Besitzauftragung dann stattfinden, wenn die Parteien darüber einig sind, daß der Veräußerer die Sache nur noch als Verwahrer weiterbesitzen soll; also in den unzähligen Fällen, wo man sie dem Veräußerer mit der Bemerkung zurückläßt, er möge sie noch eine Zeitlang im Gewahrsam behalten (§ 930 B.G.B.). 3. Ist der Veräußerer im mittelbaren Besitz, so wird nach dem Wortlaut des B.G.B. das Eigentum übertragen durch Abtretung des Anspruchs gegen den unmittelbaren Besitzer. Die Abtretung des Anspruchs ist nur ein anderer Ausdruck für Einigung oder bloßen Vertrag; so beispielsweise, wenn ich ein Pferd vermietet habe: ich kann es verkaufen und durch bloßen Vertrag an den Käufer übertragen. In einem solchen Falle erlangt der Erwerber Besitz und Eigentum. Auch ein Faustpfand kann auf diese Weise begründet werden; aber hier muß noch etwas Weiteres hinzukommen, nämlich die Benachrichtigung des unmittelbaren Besitzers (§§ 870, 931, 1205 B.G.B.). 4. Der Fall kann aber auch so vorliegen, daß der Eigentümer gar nicht besitzt. Hier wird nach dem Wortlaut des B.G.B. das Eigentum übertragen durch Abtretung des Anspruches; in der Tat ist dies aber nichts anderes als eine Übertragung des Eigentums durch bloßen Vertrag (§ 931 B.G.B.).

§ 31. Ein wichtiger Grundgedanke beim Erwerb der beweglichen Sachen ist der bekannte germanische Satz „Hand muß Hand wahren" (§ 935). Es ist der Satz, daß der gutgläubige Erwerber mehr Rechte erwirbt als der Übertragende hat, nämlich dann wenn die Sache nicht eine gestohlene oder verlorene, also nicht eine dem Eigentümer gegen seinen Willen abhanden gekommene ist. Der Hauptfall ist der, wenn der Eigentümer die Sache jemandem, sei es geliehen, sei es sonst zur Aufbewahrung oder zum Gebrauch überlassen hat und dieser eine Unterschlagung begeht. Sobald die Sache in die Hand eines gutgläubigen Erwerbers kommt, wird dieser Erwerber Eigentümer, obgleich der Unterschlagende, der ihm die Sache übertrug, nicht Eigentümer war. Das gilt allerdings dann nicht, wenn der Erwerb der Sache bloß durch Besitzauftragung erfolgte; es gilt auch dann nicht, wenn er durch bloßen Vertrag im obigen Falle Nr. 4 geschah, also, wenn der Veräußernde keinen mittelbaren Besitz hatte: hier erlangt der gutgläubige Erwerber erst Eigentum mit der Erlangung des (realen) Besitzes. Als guter Glaube wird im B.G.B. der Geisteszustand bezeichnet, wonach das Nichteigentum des Veräußerers dem Erwerber unbekannt und nicht durch grobe Fahrlässigkeit unbekannt ist (§ 932 B.G.B.). Dem muß

[1] Vgl. darüber Zwölf Studien zum B.G.B. I S. 265 f. Wie häufig die Besitzauftragung war, ersehen wir aus den Formeln bei Durantis Spec. II part. 2 de instr. edit. § porro: licet per usufructus retentionem intelligatur facta traditio, nihilominus tamen me tuo nomine pro eis ad majorem cautelam constituo possidere; und: quam rem idem T. se dicti P. precario nomine constituit possidere, donec ipsius rei possessionem acceperit corporalem. Über das Konstitut in England vgl. Bracton II 18; über das Konstitut im indischen Recht vgl. den Fall bei Tupper, Punjab Customs III p. 216 (wo der Übertragende als Mieter weiter besitzt).

aber der Fall gleichstehen, wenn er sich in ähnlicher Weise über die Vollmacht des verfügenden Vertreters täuschte, obgleich § 366 H.G.B. in dieser Beziehung eine unnötige und völlig unzutreffende Bestimmung hat. Urgermanisch ist noch die Begünstigung des öffentlichen Kaufes in § 935 Abs. 2[1].

Endlich ist der Erwerb beweglicher Sachen noch weiter beherrscht durch das Institut der Ersitzung. Die Ersitzung, die bei unbeweglichen Sachen fast keine Rolle mehr spielt, ist bei den beweglichen noch von ziemlicher Erheblichkeit. Sie verlangt einen Besitz von zehn Jahren, und zwar einen Eigenbesitz. Ein vom Besitzerwerb getrennter Titel wird nicht erfordert; es genügt daher auch ein vermeintlicher Titel, z. B. ein vermeintliches Kaufgeschäft. Der Erwerb muß in gutem Glauben geschehen; aber das genügt nicht: der gute Glaube muß fortdauern: der kanonische Grundsatz, wonach der später auftretende böse Glaube schadet, ist im B.G.B. zur Aufnahme gelangt. Das B.G.B. geht daher nicht, wie das römische Recht, von dem Gedanken aus, als ob die durch den guten Glauben erworbene Ersitzungslage bereits eine so unverbrüchliche Rechtslage bilde, daß sie der Fortsetzung des Glaubens entbehren könne, sondern die Ersitzungslage zerfällt, sobald späterhin Umstände eintreten, welche dieser Rechtslage bei dem ursprünglichen Erwerb entgegengestanden wären, und das ist vor allem der böse Glaube. Wichtig sind ferner die Sätze, daß 1. durch Klagerhebung die Ersitzung unterbrochen wird, aber nur relativ, soweit es sich um den Kläger oder seine Rechtsnachfolger handelt, und daß 2. durch Verlust des Besitzes die Ersitzung unterbrochen wird, aber nur dann, wenn der Nichtbesitz ein Jahr gedauert hat; ja, wenn der Besitz durch eine in diesem Jahre angestellte Klage wiedererlangt worden ist (sei es durch Zwangsvollstreckung, sei es durch freiwillige Rückgabe von seiten des Beklagten vor oder nach dem Urteil), dann ist es, als ob die Unterbrechung nicht ein ganzes Jahr gedauert hätte; eine sehr praktische Bestimmung, welche Härten des römischen Rechts ausgleicht und die Ersitzung von augenblicklichen Fährnissen unabhängig macht (§ 937—945).

§ 32. Der Eigentümer hat einen Anspruch gegen denjenigen, der ihm den Besitz vorenthält. Das ist die römische rei vindicatio (Eigentumsanspruch), welcher Anspruch in einer dem römischen Rechte ziemlich entsprechenden Weise gestaltet ist. Nur ist hier manches näher ausgearbeitet, insbesondere auch das Recht der Verwendungen, und in der Fruchtlehre ist der verkehrte römische Satz beseitigt, wonach auch der gutgläubige Besitzer, obgleich er die Früchte zu Eigentum erwirbt, verpflichtet sei, die noch vorhandenen Früchte herauszugeben, was natürlich nichts anderes als eine Aufforderung ist, möglichst bald mit den Erzeugnissen der Sache aufzuräumen. Die Nutzungen hat vielmehr nur der unentgeltliche gutgläubige Besitzer herauszugeben, der entgeltliche nur insoweit, als er ordnungswidrig, d. h. über die ordnungsmäßige Wirtschaft hinaus Früchte gezogen hat (§§ 988, 993 B.G.B.). Vgl. auch unten S. 704.

Der negatorische Anspruch, nicht gegen Entziehung des Besitzes, sondern gegen Störungen, ist gleichfalls vollkommen dem römischen Recht entlehnt; bei beweglichen Sachen hat außerdem das römische und deutsche Recht zusammengewirkt zu einer Art von actio Publiciana, indem auch der Nichteigentümer, vorausgesetzt nur, daß er in gutem Glauben der letzte Besitzer war, und daß die Sache in einen bösgläubigen Besitz übergegangen ist, diese Sache herausverlangen kann; ja, wenn sie ihm gestohlen oder verloren ist, kann er sie selbst vom gutgläubigen Besitzer herausbegehren; alles dies natürlich nur dann, wenn nicht der jetzige Besitzer Eigentümer geworden ist, denn der actio Publiciana stünde die exceptio dominii entgegen; und ferner nur dann, wenn nicht der jetzige Besitzer ein noch früherer Besitzer war, dem die Sache abhanden gekommen ist; denn dann stünde der actio Publiciana die exceptio Publiciana entgegen (§ 1007 B.G.B.).

---

[1] Vgl. Stadtrecht Viterbo (1251) IV 152, Montefeltro (1384) II 31 (Collez. Marchig. III p. 315).

§ 33. Der Nießbrauch ist ziemlich nach römischer Weise gestaltet, insbesondere auch in der Art, daß der Ususfrukt an verbrauchbaren Sachen zum uneigentlichen Nießbrauch wird, so daß mithin die Sachen in das Eigentum des Nießbrauchers übergehen und er nur den Wert zu ersetzen hat. Diese Weise der Gestaltung ist nicht zweckmäßig, und es wäre besser gewesen, das B.G.B. hätte sich hier von den Beschränkungen des römischen Rechts losgemacht und angenommen, daß in solchem Falle kein Eigentum entstehe, sondern ein Nießbrauch mit Verfügungsgewalt, so daß der Nießbraucher über die verbrauchbaren Sachen verfügen dürfe; ganz ähnlich, wie dies bezüglich der Nutznießung in §§ 1376 und 1653 B.G.B. bestimmt ist; denn die römisch-rechtliche Gestaltung führt zu dem schweren Nachteil, daß, wenn der Nießbraucher in Konkurs kommt, der Eigentümer auf einen blanken Konkursanspruch beschränkt ist. Das ist um so mißlicher, als das B.G.B. den Kreis der verbrauchbaren Sachen erheblich erweitert hat: es sollen nämlich auch diejenigen beweglichen Sachen als verbrauchbar gelten, welche einem Warenlager oder einem sonstigen zur Einzelveräußerung bestimmten Sachinbegriff angehören (§ 92 cf. 1035 B.G.B.). Wenn daher jemand an einem Laden, an einem Warenhaus oder dgl. einen Nießbrauch erwirbt, so wird er der volle Eigentümer aller in den Magazin- und Ladenräumen befindlichen Waren und nur zur Werterstattung verpflichtet. Hier hätte das B.G.B. mindestens bestimmen sollen, daß eine Sicherungspflicht des Nießbrauchberechtigten bestehe, wie sie im römischen Recht bestanden hat. Das B.G.B. hat den uneigentlichen Nießbrauch aus dem römischen Rechte entnommen, die Sicherungspflicht aber auf den Fall der erwiesenen Gefährdung beschränkt (§ 1067), und das ist ein bedeutender Fehler.

Eine wichtige Besonderheit ist, daß das Recht des Nießbrauchers, auch wenn es einer juristischen Person zusteht, erst mit der Person erlischt, so daß hiernach die juristischen Personen einen ewigen Nießbrauch erwerben können (§ 1061 B.G.B.), und das gilt auch von den beschränkt persönlichen Dienstbarkeiten nach Maßgabe des § 1090 B.G.B. Ist auf solche Weise das Gebrauchsrecht bei juristischen Personen recht ausgiebig gestaltet, so hat das Gesetzbuch bezüglich der physischen Personen durchaus nicht die nötige Vorsicht bewiesen, denn es gibt eine Reihe von Gebrauchsrechten, welche eine physische Person zu Gunsten eines Unternehmens erwirbt, bei denen es eine Lebensfrage ist, daß das Recht die Person überdauert und so lange bleibt, als das Unternehmen besteht. Man denke z. B. an eine Fabrik, welche ihre Elektrizität auf einem anderen Grundstück zu erzeugen hat. Nun könnte man ja in einem solchen Falle immerhin an eine Grunddienstbarkeit denken, die dem Fabrikgrundstück zukäme; allein auch das genügt dem Sachverhalt nicht, denn möglicherweise kann die Fabrik auf ein anderes Grundstück verlegt werden und das Elektrizitätsbedürfnis weiterbestehen, so daß es weiter und weiter in der angegebenen Weise befriedigt werden muß. Hier wird man anzunehmen haben, daß trotz der §§ 1060 und 1061 ein Gebrauchsrecht in der Art begründet werden kann, daß es zu Gunsten eines jeden Inhabers des Unternehmens besteht, so daß also die Person des Berechtigten durch die Unternehmung bezeichnet wird.

§ 34. Die Grunddienstbarkeiten haben den Zweck, die Nachteile, welche die Zerlegung des Erdbodens in verschiedene Eigentumsstücke herbeiführt, soweit als möglich auszugleichen und, wo immer die Zusammenbenutzung zweier Grundstücke nötig ist, um erhebliche menschliche Zwecke zu erreichen, eine solche Mitwirkung zu erzielen. Eine solche kann natürlich erzielt werden, wenn das Grundeigentum in der nämlichen Hand vereinigt wird, allein sie soll auch möglich bleiben, wenn eine Scheidung des Grundeigentums erfolgt ist und ein jeder sein besonderes Gut zu eigen hat[1]. Sehr häufig genügt eine kleine Belästigung des einen, um dem anderen mächtige wirtschaftliche Vorteile zu bringen; wie ich dies bereits in der Einführung S. 46 hervorgehoben habe.

---

[1] Besteht die Grunddienstbarkeit kraft Eintragung, so bleibt sie bestehen, wenn nachträglich die Grundstücke in einer Hand vereinigt werden (§ 889 B.G.B.). Ist es zuzulassen, daß, während die Grundstücke sich in einer Hand befinden, eine Grunddienstbarkeit eingetragen wird? Warum nicht? Anders Kammergericht 24. September 1900 Mugdan I S. 427.

Im übrigen soll die Grunddienstbarkeit auch nur in dieser Sphäre stattfinden; sie soll nur stattfinden, wenn das eine Grundstück dem anderen in der Art dienen kann, daß Nutzungen, die dem Grundstück nützen, möglich werden oder ausgiebiger werden, als sie sonst wären. Dabei kommt natürlich das sogenannte herrschende Grundstück, d. h. dasjenige, dem das andere dienen soll, nicht nur als Grund und Boden in Betracht, sondern auch als gewerbliche Anlage, so daß möglicherweise Vorteile, die nur der gewerblichen Anlage als solcher zu gute kommen, ebenfalls durch Grunddienstbarkeiten erreicht werden können, so z. B., wenn das eine Grundstück Fabrik ist oder Wirtschaft und zu Gunsten dieser etwa ein Wege- oder Wasserschöpfrecht bestellt wird. Dagegen wäre allerdings eine derartige Grunddienstbarkeit nicht möglich, wenn das herrschende Grundstück nicht eine besondere Anlage darstellte, wenn auf ihm der Eigner lediglich ein Geschäft betriebe, ebenso wie er ein anderes betreiben könnte, oder wenn der Eigner Liebhabereien hätte, die einem anderen fremd blieben. Daher gibt es keine Grunddienstbarkeit in der Art, daß der Eigentümer des einen Grundstücks im anderen spazieren gehen oder dort das Obst für seine Tafel pflücken dürfe; hier handelt es sich nicht um Bedürfnisse des Grundstückes, sondern des einzelnen Grundbesitzers. Anders, wenn etwa der Fabrikherr das Recht bekäme, daß die Fabrikarbeiter auf dem Nachbargrundstück ihr Mittagessen verzehren dürften: dies wäre ein Vorteil für die Fabrik.

Auf der anderen Seite muß natürlich auch das dienende Grundstück durch seine Grundstücksnatur dienen, und es wäre darum keine Grunddienstbarkeit in der Art möglich, daß jemand, der eine Fabrik betreibt, einem anderen aus der Fabrik so und so viel Waren zu liefern hätte oder dieser gar die Möglichkeit hätte, die Waren aus der Fabrik selber herauszuholen; auch nicht in der Art, daß der Eigner des dienenden Grundstückes sich verpflichtete, seine Lebens- oder Betriebsmittel von dem des herrschenden Grundstückes zu beziehen[1].

Die Grunddienstbarkeiten hat schon das römische Recht in Feld- und Stadtdienstbarkeiten unterschieden: sie haben auf den Gebieten städtischen Lebens besondere Betätigung erlangt: denn das engere Zusammenleben vieler bewirkt es notwendig, daß die Wohnungen des einen und des anderen in rechtlichen Zusammenhang zu einander treten[2]; die ganzen Nachbarschaftsverhältnisse nehmen dadurch einen neuen Charakter an, und eine Menge nutzloser Baulichkeiten wird erspart, indem der eine Bau zugleich dem andern dient und dessen Bedürfnissen entspricht. Und ist nun gar die Industrie beteiligt, so treten neue Funktionen ein, da die Industrie auf Verbindung von Arbeit und Natur beruht, die vielfach nur teilweise vorhanden ist, so daß fremdes Gelände herbeigezogen werden muß. Hier wird man eine Kontinuität der Verbindung beider Grundstücke annehmen müssen, aber nichts weiter; und so können kraft der Ausnutzung der den Raum überspannenden Naturkräfte selbst Länder und Erdteile grunddienstbarkeitsweise miteinander verknüpft werden. Es ist darum eine Grunddienstbarkeit möglich, wonach man das Recht erhält, ein elektrisches Kabel meilenweit zu legen; ebenso ist bei der drahtlosen Telegraphie eine Grunddienstbarkeit in der Art zulässig, daß ein Grundstück an der Nordsee mit einer Empfangstation in den Vereinigten Staaten in Verbindung tritt, denn hier ist eine Kontinuität gegeben.

Über die Grunddienstbarkeiten im Interesse der Gesundheitspflege habe ich in meiner Einführung S. 47 f. gehandelt, worauf verwiesen wird.

§ 35. In der Gestaltung der Wertrechte hat das B.G.B. einen sehr hohen Stand der Vollkommenheit erreicht; konnte es doch bezüglich der hauptsächlichen Rechte, nämlich bezüglich der Hypothek und Grundschuld, auf die preußische Gesetzgebung von

---

[1] Arch. f. civ. Praxis 87 S. 169 f., Kammergericht 16. Juni 1902 in d. Jahrb. v. Johow u. Ring XXIV A 241 f. und 30. Juni 1902 bei Mugdan V S. 154.

[2] Vgl. Urk. v. 1318 Boos, Urkundb. v. Worms II 185 (Verbot der Fensteranlage), Beispiele v. 13. Jahrh. an in Fabricius, Stralsunder Urkundb. S. 279.

1872 bauen, welche es in verständnisvoller Weise weiter ausgearbeitet hat, wenn auch gerade hier die Fassung vielfach eine recht unglückliche ist.

Nicht sehr verbreitet ist die erste Art: die Grundschuld. Sie ist ein Recht auf einen im Grundstück befindlichen Wert, ohne daß ein obligationsrechtliches Element miteingemischt wäre; denn weder kann von einer Schuld- und Obligationshaftung des Grundstückes die Rede sein, noch kann man etwa den jeweiligen Eigentümer für den Verpflichteten erklären, was vollkommen mit der ganzen Technik der Grundschuld in Widerspruch stünde; vielmehr ist das Recht ein blankes dingliches Wertrecht, und zwar auch dann, wenn die Grundschuld eine Eigentümer-Grundschuld ist, d. h. wenn die Grundschuld dem Eigentümer des Grundstückes zusteht[1]. Man hat sich hier ganz unnötige Schwierigkeiten gemacht, indem man behauptete, daß ein solches Recht an der eigenen Sache mit dem Charakter der Grundschuld nicht verträglich sei; völlig verfehlt: wenn ich an einer Sache eine Grundschuld habe, so kommt es gar nicht darauf an, in wessen Eigentum sie ist; ich kann eine Grundschuld auch an einer Sache haben, die niemandem gehört, natürlich auch an einer Sache, die in meinem Eigentum steht[2]. Allerdings ist in § 1197 B.G.B. vorgesehen, daß der Grundschuldberechtigte, der selber Eigentümer ist, das Grundstück nicht in Zwangsvollstreckung setzen und daher die Grundschuld nicht in dieser Weise zur Ausführung bringen kann. Das ist aber begreiflich; denn wenn er das Grundstück mit allen seinen Werten im Eigentum hat, so bedarf er, um einen bestimmten Wert daraus zu erzielen, nicht der Zwangsveräußerung. Sobald sich aber die Sache zweit, indem der Eigentümer nicht mehr zu gleicher Zeit der Grundschuldberechtigte ist, ist das Vollstreckungsrecht gegeben[3]; und ebenso das Recht auf die Zinsen mit dem Augenblick, wo andere Berechtigte vorhanden sind, welche auf die Früchte greifen und auf solche Weise den Nutzen der Sache in Anspruch nehmen: so insbesondere, wenn ein anderer Gläubiger die Zwangsverwaltung erwirkt hat, welcher Fall in § 1197 ausdrücklich ausgesprochen ist, so aber auch wenn der Nießbraucher die Früchte der Sache (natürlich gegen Zahlung der laufenden Lasten und damit der Grundschuldzinsen) erwirbt (§ 1047 B.G.B.). Die Bestimmung des § 1197 muß dem Sinne nach weiter ausgelegt werden[4].

Im Gegensatz zur Grundschuld steht die Hypothek des gemeinen Rechtes, welche nichts anderes als ein accessorisches Wertrecht, ein Anhängsel der Forderung ist. Auch hier besteht ein dingliches Recht an der Sache, aber nur, sofern und soweit eine Forderung besteht. Mit dem Erlöschen der Forderung erlischt das dingliche Recht. Der Gläubiger hat also nicht ein festes Wertrecht, sondern nur eine wertrechtliche Deckung seiner Forderung; die Haftung der Sache ähnelt insofern der Schuld des Bürgen und ist, wie diese, von der Hauptschuld abhängig. Daraus hat das gemeine Recht die Folgerung gezogen, daß, wenn mehrere Hypotheken hintereinander auf dem Grundstück ruhen und die eine erlischt, die nachfolgenden Hypotheken vorrücken; denn man sagte, die Sache bürge eben in dem Falle, wenn keine vorhergehenden Lasten vorhanden seien, besser, als früher: die Sache habe aber zu bürgen, so gut sie könne. Dies ist schon an und für sich ein etwas mißlicher Zustand, denn es bringt ein aleatorisches Element in das Hypothekenrecht; eine solche aleatorische Hypothek kann sich aber im Verkehr nicht bewähren, sie kann nicht zum festen Geldwert werden: eine Verkehrshypothek muß eine feste, unverbrüchliche Wertgröße bilden, sie darf nicht den zufälligen Rechtsschicksalen der Sache unterworfen sein. Zwar wird man eine zweite Hypothek mit Aufrückungsrecht höher bewerten als

[1] Es ist ebenso, wie ich Inhaberbriefschuldner sein kann, auch wenn ich zugleich Eigentümer des Papiers und damit mein eigener Gläubiger bin.

[2] Eine solche Doppelstellung der Person war auch dem römischen Rechte gemäß; man denke nur an fr. 93 pr. de solut.

[3] Also auch dann, wenn ich Eigentümer und Grundschuldberechtigter bin und hinter meiner Grundschuld ein Nießbrauch steht; denn hier habe ich dasselbe Wertinteresse, wie wenn das Grundstück einen anderen Eigentümer hätte.

[4] Selbstverständlich ist Wertrecht nicht das Recht auf den Wert des Grundstücks, sondern auf einen aus dem Grundstück zu schöpfenden Wert; Wert im Sinne von abstraktem Geldwert im Gegensatz zum konkreten, der Art des Gebrauchs entsprechenden Nutzungswert. Dies mag selbstverständlich sein, soll aber wegen der vielen Mißverständnisse noch einmal besonders hervorgehoben werden.

eine andere, aber doch nicht so, daß man für diesen Vorzug eine völlige Deckung zahlt: dafür ist die Sachlage zu fraglich. Mithin besteht auf der einen Seite ein gewisses Mehr an Recht, für welches wegen seiner aleatorischen Natur keine genügende Vergütung gegeben wird, und die Folge ist, daß das Eigentum nicht so vollkommen wirtschaftlich ausgenutzt wird, als es ausgenutzt werden könnte; ist also beispielsweise der Betrag, um den die zweite Hypothek vorrücken kann, 10000, so wird der zweite Hypothekar für diese Möglichkeit seine Hypothek nicht um 10000 mehr bewerten, vielleicht nur um 2000, und so erleidet der Eigentumer einen Verlust.

Allerdings bleibt im Hypothekenverkehr immer noch ein aleatorisches Moment: der wechselnde Grundstückswert, allein dieses Element läßt sich nicht entfernen, solange es Grundstücke und Hypotheken gibt.

Ganz unerträglich aber wird die bezeichnete Folgerung dann, wenn etwa der Eigentümer selber eine Hypothek abgelöst hat, in welchem Falle die anderen nachrücken und er das Nachsehen hat: sic vos non vobis; in diesem Falle hat bereits das gemeine Recht eingelenkt.

Die ganze Lehre vom Vorrücken aber ist verfehlt, und es bedarf ihrer nicht. Es ist vollkommen entsprechend, daß, wenn eine Hypothek aufhört, dafür eine Hypothek des Eigentümers in ihrem Range entsteht, welche sich allerdings regelrecht zur Grundschuld gestalten wird, wenigstens dann, wenn eine Forderung neben der Hypothek nicht mehr besteht. Auf solche Weise ist das Aleatorische entfernt: jede Hypothek behält ihre bestimmte Stelle; ein Vorrücken im Rang findet nur statt, wenn solches ausdrücklich bestimmt ist, wenn der Eigentümer sich verpflichtet, im Falle der Eigentümerhypothek die Hypothek löschen zu lassen (§ 1179 B.G.B.)[1]. Und auch eine Vertauschung der Rangordnung zweier Hypotheken ist zwar an sich gestattet, aber nur mit Zustimmung des Eigentümers der Sache, denn seine Anwartschaft auf eine Eigentümerhypothek wird dadurch beeinflußt (§ 880 vgl. mit 1179 B.G.B., § 27 Grundb.O.). Vgl. oben S. 605.

Diese tiefgreifende Umgestaltung des Hypothekenrechtes ist bei uns vollzogen. Ja, man ist so weit gediehen, daß man den Grundsatz aufgestellt hat: Ist die Forderung von Anfang an nichtig, so entsteht nicht ein dingliches Nichts, sondern eine Eigentümerhypothek. Erlischt die Forderung, so entsteht eine Eigentümerhypothek, und das gleiche gilt auch, wenn etwa bei einer aufschiebenden Bedingung die Bedingung nicht eintritt oder bei einer auflösenden die Auflösung stattfindet (§ 1163, 1168 B.G.B.). Dies gilt auch von dem Erlöschen durch Zahlung der Amortisationsbeträge, obgleich diese in manchen Beziehungen (§§ 197, 902 B.G.B.) wie Zinsen behandelt werden[2]. Zinsen und Nebenleistungen allerdings haben eine andere Natur: ihre Hypothek erlischt durch Zahlung, so daß keine Eigentümerhypothek für sie eintritt (§ 1178).

Aber auch wenn man das Vorrücken ausschließt, kann eine solche Gestaltung der Hypothek dem Bedürfnis noch nicht genügen; auch wenn man sich dieses Vorrücken wegdenkt, ist die gemeinrechtliche Hypothek doch noch von der Forderung abhängig, sie ist ihre bloße Befestigung und Verbürgung; was man aber erstrebt, ist, die Hypothek zu etwas frei Veräußerlichem zu gestalten, zu einem blanken Wert, wie etwa der Wechsel, und daher abgelöst von allen Zufälligkeiten. Die Zufälligkeiten aber bestehen darin, daß der Erwerber einer Forderung im Fall der Zession nicht etwa die Sicherheit hat, wie der Erwerber

---

[1] Kraft dieser Verpflichtung ist eine Vormerkung einzutragen (§ 1179 B.G.B.). Kann die Einräumung des künftigen Vorranges auch zum voraus direkt geschehen? Das ist zu verneinen; man kann sich verpflichten, künftig die Vorrangordnung zu ändern, man kann sie aber nicht zum voraus ändern, O.L.G. Kolmar bei Scherer, Das dritte Jahr des B.G.B. S. 333. Wohl aber ist eine Verpflichtung zur Gestattung des Vorrückens und eine entsprechende Vormerkung auch dann möglich, wenn der, zu dessen Gunsten die Vormerkung gilt, noch keine spätere Hypothek hat, sondern sie erst künftig erwerben will; Oberst.L.G. Bayern 17. April 1902 Mugdan IV S. 490.

[2] Die Frage ist allerdings bestritten; vgl. die Kammergerichtsentsch. 31. Dezember 1901, 2. Dezember 1901 und 26. Mai 1902 bei Mugdan V S. 155, IV S. 70, V S. 256. Man vgl. auch noch § 1115, 1158, 1159, 1178 B.G.B. („Nebenleistungen", wozu die Amortisation nicht gehört). Die besondere Natur der Amortisationsrenten (Tilgungsbeiträge) ergibt sich namentlich aus Hypothekenbankgesetz § 21.

eines Wechsels, daß er vielmehr in alle Zufälligkeiten der Forderung hineingestürzt wird, und wenn die Forderung in der Person des Vorgängers erloschen oder geschwächt ist, so hat dies der Nachfolger zu büßen. Wäre man daher bei den bisherigen stehen geblieben, so wäre auch bei der Übertragung der Hypotheken das gleiche eingetreten: die Hypothek wäre mit der Forderung übergegangen, als deren Sicherung; sie wäre übergegangen mit allen Schwächen, welche der Forderung ankleben, und wäre die Forderung erloschen, so wäre die Hypothek entschwunden; es wäre dann eine Eigentümerhypothek entstanden, aber der Zessionar, welcher mit der Forderung die Hypothek erwerben sollte, hätte das Nachsehen gehabt. Dies wollte man vermeiden. Man hätte es nun in der Art vermeiden können, daß man einfach neben die Forderung eine Grundschuld stellte, so daß der Berechtigte zwei verschiedene Rechte erwarb, die Grundschuld und die Forderung: die Grundschuld wäre dann beliebig veräußerlich gewesen, sie hätte sich um die Forderung nicht gekümmert. Im Verkehr aber wollte man lieber dingliche und persönliche Sicherheit verbinden: der Erwerber wollte Forderung und Grundschuld zugleich haben, und hier empfahl sich ein System der Gezweitheit von obligatorischen und dinglichen Rechten nicht. Namentlich wäre sehr leicht die Möglichkeit eingetreten, daß die Forderung auf den einen und die Grundschuld auf den anderen übergegangen wäre, woraus sich schwierige Verwicklungen ergeben hätten. Darum hat das preußische Recht einen Mittelweg geschaffen: man hat zwar auf der einen Seite die Grundschuld geschaffen, man hat ferner neben der Grundschuld noch die accessorische Hypothek in der Eigenschaft als *Sicherungshypothek* beibehalten, denn vollkommen überflüssig ist diese nicht: namentlich kann sie als Gerichtshypothek im Arrest- und Vollstreckungswesen nicht entbehrt werden (§§ 866, 932 Z.P.O.); die sog. *Verkehrshypothek* aber, d. h. diejenige, welche gerade für den Handel bestimmt ist, bei welcher das Hypothekenrecht als fester Wert von einer Hand zur anderen gelangen soll, ist in folgender Weise gestaltet worden:

1. Man verband die Forderung mit der Hypothek in der Art, daß sie nur gleichzeitig mit der Hypothek veräußert werden kann und die Hypothek nur gleichzeitig mit ihr (§ 1153 C.P.O.). Die Veräußerung geschieht regelrecht durch Eintrag ins Grundbuch. So fungieren die sog. *Buchhypotheken*; sie kommen bei uns vor, allein sie erfreuen sich im Verkehr keiner großen Beliebtheit. Man hat deshalb folgendes System ersonnen: Der Hypothekenberechtigte bekommt einen Brief, den sog. *Hypothekenbrief*, welcher Brief den Charakter eines Wertpapieres hat, insofern, als die Veräußerung und die Geltendmachung der Hypothek regelmäßig nur mit dem Brief geschehen kann. Die Veräußerung geschieht dadurch, daß der Brief übertragen und zugleich die Übertragungserklärung schriftlich gegeben wird; eine öffentliche Beglaubigung dieser Erklärung ist zwar nicht vorgeschrieben, aber doch sehr zweckmäßig, wie das Folgende dartun soll. Auf diese Weise kann die Hypothek ohne weiteren Gang zum Grundbuch übertragen werden. Der Grundbucheintrag will eben in einem solchen Falle sagen: berechtigt sei der A. und der etwaige legitimierte Erwerber des Hypothekenbriefes. Man hätte noch weitergehen und den Hypothekenbrief zum Order- oder Inhaberpapier stempeln können; man hat es nicht getan, weil man die Regeln des Inhaber- und Orderpapiers hier nicht brauchen konnte; denn man wollte den Hypothekenbrief den Regeln des Grundbuchrechtes unterwerfen (§ 1154 B.G.B.).

2. Oben wurde bemerkt, daß das Grundbuch eine maßgebende Bedeutung hat; einmal ist der Eintrag im Grundbuch der unentbehrliche letzte Akt des Erwerbs eines dinglichen Rechtes; sodann aber bietet er, auch wenn nicht alles in Ordnung ist, ein Doppeltes: er bietet einmal eine Rechtsvermutung für die Richtigkeit, und er bietet dem Erwerber vor allem den Vorzug des § 892 B.G.B. In dieser Beziehung ist aber für die Briefhypothek bestimmt, daß, wenn jemand durch eine fortdauernde Reihe öffentlich beglaubigter Übertragungserklärungen und durch den Besitz des *Hypothekenbriefes* legitimiert sei, für ihn dieselben Grundsätze gelten, als wenn diese ganze Reihe der Übertragungen im Grundbuch stünde, und daher: wer gutgläubig erworben hat, der erwirbt das Recht, auch wenn die Voraussetzungen nicht gegeben sind. Hier kommt nun das Besondere hinzu: da Hypothek und Forderung zusammenhängen und eines nicht ohne das andere erworben wird, so

wird durch einen derartigen Hypothekenerwerb zu gleicher Zeit die Forderung insoweit erworben, als sie die Grundlage der Hypothek ist, auch wenn sie nicht besteht oder zu Gunsten eines anderen besteht. Mit anderen Worten: soweit die Hypothek der Grundlage des persönlichen Rechtes bedarf, ist der Erwerb der Forderung dem dinglichen Erwerb gleichgestellt. So namentlich § 1138 B.G.B.

Auf diese Weise haben sich die Hypothekenbriefe als ein unentbehrliches Hilfsmittel des Geldverkehrs entwickelt, und sie werden unter dem B.G.B. weiter gedeihen.

Die Sicherungshypothek dagegen trägt weder eine Zusicherung noch eine Vermutung bezüglich der Forderung in sich. Wer sie geltend machen will, muß die Forderung beweisen. Doch kann die Sicherungshypothek insofern eine größere Beweglichkeit erwerben, als ihr zwar der Hypothekenbrief versagt ist, sie aber der dingliche Anhang für ein Inhaber- oder Orderpapier sein kann. Dann richtet sich natürlich die weitere Entwicklung nach den Grundsätzen der Inhaber- und Orderschulden, und die Hypothek besteht, sofern und soweit diese Inhaber- und Orderschulden existieren (§ 1185 ff.).

Bei Grundschulden hat man nicht gezögert, Schuldbriefe auf den Inhaber zuzulassen, welche allerdings in gleicher Weise wie die Inhaberobligationen, sofern sie auf eine bestimmte Geldsumme gehen — und das ist unentbehrlich —, der staatlichen Genehmigung bedürfen (§ 1195 B.G.B.).

Die Lösung der Wertrechte geschieht natürlich durch Verwertung der Sache. Diese kann eine Sachverwertung und eine Gebrauchsverwertung sein. Erstere geschieht durch Zwangsversteigerung, letztere durch Zwangsverwaltung. Beides kann miteinander verbunden werden. Die Zwangsverwaltung hat den großen Vorzug, daß die Sache als nutzbare Sache sofort dem Schuldner entzogen wird, so daß nunmehr auch sofort eine Beschlagnahme der Früchte und der Miet- und Pachtzinsen stattfindet (§§ 1121, 1123 f. B.G.B., §§ 21, 148 Z.V.G.). Irgend welche Vorausverfügung über solche Miet- und Pachtzinsen kann dem Gläubiger nicht schaden, außer soweit sie auf das Kalendervierteljahr zur Zeit der Beschlagnahme und das nächstfolgende Kalendervierteljahr gerichtet ist (§ 1124 B.G.B.); denn zwei Kalendervierteljahre müssen stets dem gegenwärtigen Mieter oder Vermieter zur Verfügung stehen. Durch die Befriedigung auf dem Wege des Zwangsversteigerungsverfahrens erlischt die Hypothek; dasselbe gilt, soweit das Hypothekenrecht nicht als innerhalb des geringsten Gebotes stehend mit dem Grundstück übergeht (§§ 1147, 1181 B.G.B., §§ 52, 91 Z.V.G.).

Schwierige konstruktive und legalpolitische Probleme bietet die Gesamthypothek (§§ 1190, 1172 f. B.G.B.), auf die hier nicht eingegangen werden kann[1]; desgleichen die sog. Maximalhypothek (§ 1190), die für ein Verhältnis gegeben ist, dessen Kontokorrenthöhe sich erst später ergibt; hier zeigt das Grundbuch nur das Maximum an, so daß eine feste hypothekarische Beziehung (mit der Möglichkeit einer Eigentümerhypothek) erst bei Beendigung des Verhältnisses eintritt.

§ 86. Das Pfand an beweglichen Sachen ist im Gegensatz dazu stets accessorisches Sicherungspfand mit Vorrückungsrecht; es ist ferner nach dem bürgerlichen Recht stets Faustpfand, d. h. es setzt stets Besitzübergabe voraus, in der Art, daß der Pfandgläubiger nicht nur Besitzer werden, sondern auch Besitzer bleiben muß, solange er pfandberechtigt sein will; wobei aber Mitbesitz genügt, sofern sich dabei die Sache im Verschluß beider Teile, des Pfandgläubigers und des Eigentümers, befindet (§ 1206 B.G.B.). Die Verwertung eines solchen Pfandrechts kann auf dem Wege der Zwangsvollstreckung geschehen, braucht es aber nicht: sie kann auch geschehen durch öffentliche Versteigerung, welche der Pfandgläubiger veranlaßt (Pfandverkauf). Öffentliche Versteigerung ist eine Versteigerung, bei welcher ein Versteigerungsbeamter die Sache dem allgemeinen Publikum zum Verkauf bietet; wer Versteigerungsbeamter ist, besagen die Landesgesetze; der

[1] Vgl. Marcusen in Z. f. vgl. Rechtsw. XIII S. 220 f.; Lang, Arch. f. civ. Praxis. 89 S. 251 f. Das Gesetz strebt möglichst nach Beseitigung der hypothekarischen Gesamthaftung, ohne aber dem Gläubiger, der darin eine gesteigerte Sicherheit findet, zu nahe treten zu wollen.

Gerichtsvollzieher ist es jedenfalls (§ 383). In Preußen sind insbesondere auch, wo Dorfgerichte bestehen, die Dorfgerichte hierzu befugt (mit allgemeiner amtsgerichtlicher Ermächtigung), Art. 109 Preuß. A.G. zu G.F.G., ferner die Notare, Gerichtsschreiber (Art. 31, 38 ebenda).

Voraussetzung für die Gültigkeit des Pfandverkaufs ist, daß die Forderung fällig ist, daß nur so viel Sachen versteigert werden, als zur Befriedigung nötig, und daß die Versteigerung nach öffentlicher Bekanntgabe stattfindet (§ 1243 B.G.B.). Handelt es sich um Sachen mit Markt- oder Börsenpreis, dann kann an Stelle der öffentlichen Versteigerung auch der Verkauf unter der Hand treten, nur muß er durch einen Versteigerungsbeamten oder einen hierzu ermächtigten Handelsmäkler vollzogen werden[1].

Bei der Pfandversteigerung sollen noch andere Dinge berücksichtigt werden; insbesondere soll sie vorher dem Eigentümer der Sache angedroht werden, unter Bezeichnung des Geldbetrages, für welchen sie ausgeführt werden soll; auf die Androhung soll eine Frist von einem Monat folgen; bei Handelssachen genügt eine Woche (§ 1234 B.G.B., § 368 H.G.B.). Wird eine derartige Bestimmung nicht gewahrt, so ist die Versteigerung zwar gültig, aber der Gläubiger wird schadenersatzpflichtig (§ 1243).

Drittes Buch.

Rechte an immateriellen Gegenständen.

1. Rechte an Kräften im Raum.

§ 37. Die Elektrizität ist keine Sache, sie ist nicht Gegenstand des Eigentums und kann nicht Gegenstand des Diebstahls sein. Was hiergegen entwickelt worden ist, beruht teils auf technischen, teils auf juristischen Irrtümern. Wenn man gesagt hat, daß bei der Elektrizität etwas Körperliches vorhanden sein müsse, so ist dies insofern richtig, als selbstverständlich die Elektrizität nicht etwas bloß Gedachtes ist und nicht etwa, wie eine Erfindung oder ein Autorgut, als Schöpfung menschlichen Geistes bloß in der Hirnsphäre des Menschen existiert. Allein, was an ihr körperlich ist, das ist nicht die Elektrizität selbst, sondern der Äther, in dem die elektrischen Schwingungen sich entwickeln, und wenn diese Schwingungen von einem Orte zum andern gehen, so nehmen sie nicht den Äther mit; es ist wie beim Licht nicht eine Mitteilung von Äther zu Äther, sondern eine Fortsetzung der Schwingungen, die auf der einen Seite aufhören, auf der anderen weiterlaufen; und es verhält sich wie beim Schall, der aus Schwingungen der Luft besteht: wie niemand, wenn er in der Lage ist, etwa durch ein Hörinstrument die Schallwellen nach einer bestimmten Stelle zu lenken, einen Luftdiebstahl begeht, so begeht auch niemand einen Ätherdiebstahl, wenn er bewirkt, daß Lichtwellen oder elektrische Wellen sich nach einer gewissen Richtung hin im Äther weiter fortpflanzen. Schließlich könnte man es noch als Diebstahl betrachten, wenn jemand in irgend einer Weise bewirkte, daß, wenn im Wasser Schwingungen sind, diese Schwingungen den Weg rechts und nicht links nehmen.

Von einer körperlichen Sache kann daher keine Rede sein. Damit ist natürlich nicht gesagt, daß nicht auch schon vor dem Elektrizitätsgesetz und ohne dasselbe die Elektrizität als Rechtsgut bestehen und zivilrechtlich geschützt sein konnte. Ein Strafrechtsschutz allerdings konnte erst durch besonderes Gesetz erwachsen, und mit Recht hat das Reichsgericht die Diebstahlsbestimmung nicht angewandt; denn die Entziehung elektrischer Energie beruht auf tatsächlichen Verhältnissen, die mit dem Diebstahl nur

[1] Die Ermächtigung erfolgt in Preußen durch die Handelskammer bezw. den Regierungspräsidenten (Art. 13 A.G. zum B.G.B.). Die Kursmakler sind ohne weiteres reichsrechtlich ermächtigt kraft § 34 Börsengesetzes (Art. 14 E.G. zum H.G.B.).

eine ferne Ähnlichkeit haben, und es ist völlig ungerechtfertigt, denjenigen, der Elektrizität entzieht, mit dem Dieb auf gleiche Stufe zu stellen. Der Mangel strafrechtlichen Schutzes war allerdings ein Mangel der Gesetzgebung, allein ihn durch Rechtsähnlichkeit zu decken, wäre geradeso unrichtig gewesen wie jede andere rechtsähnliche Anwendung einer Strafrechtsdrohung, und sehr seltsam ist es, wie schwer man über diesen Mangel geklagt hat, als ob dabei unsere ganze Kultur in Gefahr wäre, während doch die Autoren jahrzehntelang auf einen Schutz warten mußten, ohne daß sich die Welt darüber besonders aufgeregt hätte; und auch jetzt noch gibt es viele, die glauben, daß die Autoren, wenn sie geschützt sein wollen, etwas Unbilliges verlangen: man denke nur an die Klagen mancher Zeitungen, welche den Autoren Vorwürfe machen, wenn sie es mit dem Schutze ihres Rechtes ernst nehmen!

Die Elektrizität ist also keine Sache, sondern eine Ätherbewegung, die die Eigenschaft hat, sich fortzupflanzen, oder vielmehr: die Elektrizität ist die der Ätherbewegung zu Grunde liegende Kraft. Wenn man neuerdings behauptet hat, daß Kraft überhaupt nur eine Abstraktion, nicht eine Wirklichkeit sei, so beruht dies auf einem Verstoße gegen die logische Betrachtungsweise; denn selbstverständlich ist jeder Begriff Abstraktion, Kraft sowohl wie Stoff; aber der Abstraktion liegt eben ein objektiv Seiendes zu Grunde. Ein Schutz dieser Kraft muß schon nach bürgerlichem Rechte anerkannt werden; denn es versteht sich von selber, daß, wer ohne Gestattung dem anderen ein Arbeitsergebnis entzieht, ein Unrecht begeht, und wenn auch nur ein Unrecht nach § 826 B.G.B. Wir werden daher ein Schadenersatzrecht und einen negatorischen Anspruch auch dann geben, wenn die Bestimmungen des Elektrizitätsgesetzes vom 9. April 1900 nicht zutreffen, denn dieses hat nur den besonderen Fall im Auge, wo die Bestrafung eintreten soll. Das Gesetz verlangt nämlich auf der einen Seite eine elektrische Anlage oder Einrichtung mit in Kraft umgesetzter Arbeit und auf der andern Seite einen Leiter, der nicht zur ordnungsmäßigen Entnahme von Energie bestimmt ist. Danach wird derjenige nicht bestraft, der mittelst der richtigen Leitung zu Unrecht Elektrizität entnimmt und für sich gebraucht: dafür sprechen auch gute Gründe; aber schadenersatzpflichtig ist er doch, sobald es sich um Vorsatz oder auch nur um Fahrlässigkeit handelt; und liegt weder das eine noch das andere vor, so ist mindestens ein Bereicherungsanspruch gegeben.

2. Rechte an Ideen (Immaterialgüterrecht im eigentlichen Sinne).

§ 88. Es gibt Rechte an rein *immateriellen* Gütern, die nicht in einer an bestimmtem Orte gebannten Kraft bestehen, sondern als *Gedankendinge* überall verkehren, wo überall denkende Menschen leben: Rechte an ästhetischen und an technischen Ideen.

Das immaterielle Güterrecht ist ein *positives* Recht, wie das Eigentum: es ist ein Genußrecht, nicht etwa ein bloßes Verbietungsrecht, denn die Ausbeute der Immaterialgüter ist dem Berechtigten vorbehalten als ein Recht; es ist hier nicht so, als ob diese Ausbeute bloß etwas Tatsächliches wäre und andere nur hiervon zurückgehalten würden: die Zurückhaltung anderer ist nur der Rückschlag der positiven Berechtigung.

Das Immaterialgüterrecht ist ein absolutes Recht, d. h. eine unmittelbare Beziehung zwischen einer Person und einem Rechtsgut; es ist also nicht etwa so wie bei der Obligation, daß nur eine Persönlichkeit zu einer Leistung *verpflichtet* wird; sondern das, was man will, hat man bereits in der Gestalt des immateriellen Gutes.

Immaterielle Güter sind veräußerlich, sie können in die dritte Hand übergehen, sie können auch beliebig vererbt werden; auch dies ist eine Parallele zum Eigentum. Die Veräußerung kann möglicherweise, wie beim Eigentum, in öffentliche Register eingetragen werden, welche mehr oder minder für den Rechtsübergang maßgebend sind; so z. B. in die Patentrolle: in dieser Beziehung allerdings ist die Entwicklung in Deutschland nicht so weit gediehen wie bei den Grundbüchern, aber sie ist nichtsdestoweniger sehr hervorragend. Dem Grundbuchsystem ähnlich ist die Patentrolle in Österreich gestaltet.

Entsprechend können die Immaterialrechte verpfändet werden und in die Konkursmasse fallen.

Die Immaterialrechte können auch in obligationenrechtliche Verhältnisse hineingezogen werden; so kann jemand ein Erfinderrecht in eine Gesellschaft einbringen, er kann die Verpflichtung übernehmen, es zu übertragen, oder er kann die Verpflichtung übernehmen, es nach gewissen Richtungen hin nicht geltend zu machen.

Aus allem diesem ergibt sich von selber der weite Unterschied zwischen den Immaterial- und den Persönlichkeitsrechten.

Persönlichkeitsrecht ist, wie oben (S. 587) bemerkt, ein Recht darauf, daß die Persönlichkeit in ihrem unverrückbaren Anspruch auf Sein und Entwicklung gewahrt und nicht wider Recht angetastet wird. Ein solches Persönlichkeitsrecht kann allerdings in die Sphäre des Eigentums wie in die Sphäre des Immaterialrechts eingreifen. Wie niemand berechtigt ist, Vertrauensbriefe als körperliche Sachen zu pfänden, auch wenn sie einen Verkehrswert haben, und wie niemand berechtigt ist, den Schuldner oder die Schuldnerin scheren zu lassen, um daraus eine Bezahlung von Schulden zu erlangen, so ist niemand berechtigt, Manuskripte des Autors oder Erfindungen gegen seinen Willen an die Öffentlichkeit zu bringen, um daraus eine Befriedigung seiner Forderung zu erzielen.

Aber auch in anderen Beziehungen darf das Geheimnis des Manuskripts nicht angetastet werden: ein Nichtgläubiger darf natürlich noch viel weniger das Manuskript eines Autors, wenn er es etwa zufällig in gutem Glauben erstanden hat und Eigentümer geworden ist, veröffentlichen. Insofern kann das Persönlichkeitsrecht, das vorhin das Immaterialrecht gequert hat, mit ihm gleichen Schritt gehen: denn wie der Verfasser nach dem Immaterialrecht verbieten kann, daß derartige Geisteserzeugnisse ohne seinen Willen veröffentlicht werden, weil er das Alleinausbeutungsrecht hat, so kann er es auch kraft des Persönlichkeitsrechts verbieten, weil die Veröffentlichung des Vertraulichen — und jedes Manuskript ist zugleich ein vertrauliches — dem Persönlichkeitsrecht zuwider ist. Mit andern Worten: wie die *Ausübung* des Immaterialrechts in das Persönlichkeitsrecht eingreifen kann, so kann auch umgekehrt eine Handlung, welche das Immaterialrecht *verletzt*, zu gleicher Zeit das Persönlichkeitsrecht verletzen. Ist es doch auf dem Gebiete des Eigentums ebenso; denn auch hier kann möglicherweise die Hinderung der Benutzung der Sache eine Eigentumsstörung und zugleich ein Eingriff in die Persönlichkeit sein, wofür das römische Recht die actio injuriarum gab.

Wenn manche aber darum Persönlichkeitsrecht und Immaterialrecht identifizieren zu müssen meinten, so ist dies irrtümlich: die Persönlichkeit ist unveräußerlich, das Immaterialrecht veräußerlich; das Immaterialgut, das früher im Kreise der Person war, tritt ebenso wie das geborene Kind aus dem Kreise der Person heraus. Und daß man ein derartiges Werk immer noch *sein* Werk nennt, will nur die geschichtliche Tatsache der Erzeugung dartun; ebenso wie man das Kind als sein Kind bezeichnet, ohne damit seine Selbständigkeit anzutasten, oder wie der Produzent einer körperlichen Ware immer noch von seiner Ware sprechen kann.

Die Verwechslung von Persönlichkeits- und Immaterialrechten beruht auf Irrtümern der juristischen Konstruktion.

§ 39. Gegenstand des Immaterialgüterrechts ist eine *Ideengestaltung* entweder *ästhetischer* oder *technischer Art*; sie ist wohl zu unterscheiden von den Körperlichkeiten, die sich bei der Schöpfung dieser Gestaltungen zu gleicher Zeit mitentwickeln. Nichts war früher gebräuchlicher als die Verwechslung des Eigentums am Manuskript mit dem Immaterialrecht am Manuskriptinhalt: während beides im höchsten Grade unterschieden ist, was sich schon daraus erweist, daß ein Manuskript möglicherweise sofort in drei oder vier Exemplaren geschrieben werden kann, und auch daraus, daß möglicherweise eine Ideengestaltung zu Tage tritt, die der Autor gar nicht durch ein Manuskript festhält. Jede Anlehnung des Autorrechts an dieses körperliche Recht ist verkehrt und irreführend. Auch im Erfinderrecht gibt es nichts Verfehlteres, als wenn man die Erfindung etwa mit einem Modell identifiziert, in dem sich die Erfindung zuerst verkörpert,

oder auf dem Gebiete des Kunstwerks, wenn man das Bild des Malers als körperliches Bild nicht von dem Bildinhalt unterscheidet, der ja dem Maler zusteht, auch wenn das körperliche Bild kopiert oder photographisch vervielfältigt wird, und der dem Maler verbleibt, auch wenn er das körperliche Bild veräußert. Noch im französischen Recht zeigt sich diese Verwechslung in der unrichtigen Annahme, daß mit der Veräußerung eines Gemäldes auch das dem Bilde entsprechende Kunstwerkrecht übergehe.

§ 40. Jedes Immaterialrecht entsteht durch Schöpfung, d. h. durch Gestaltung des Ideenbildes kraft geistiger Initiative; ob diese Gestaltung der schnelle Wurf des Genies oder das Resultat langjährigen Nachdenkens und Sinnens ist, kommt nicht in Betracht, ebensowenig ob das Spiel des Zufalls den Schöpfer beeinflußt und die ihm vorschwebende Idee ausgelöst hat; denn mag der äußere Einfluß noch so groß sein, so ist es doch immer die innere Verarbeitung, wenn auch nur die Übertragung des Beobachteten auf etwas Neues, was das Wesen der Schöpfung ausmacht.

Dagegen kann die Entdeckung niemals ein Immaterialrecht bieten. Es ist vollkommen verfehlt, etwa dem Entdecker eines neuen Flusses ein Alleinrecht zu geben, diesen Fluß in die Karten einzuzeichnen, oder dem Entdecker eines Planeten, über diesen Planeten wissenschaftlich zu handeln, oder dem Entdecker eines fremden Manuskripts, dieses zu veröffentlichen, oder dem Entdecker eines bei den Naturvölkern sich findenden nützlichen technischen Brauches, diesen sich patentieren zu lassen. Ein jedes Übergreifen der Schöpfungsgrundsätze in das Gebiet der Entdeckung ist irrig, führt zur Hemmung des menschlichen Fortschritts und zur Unterbindung des freien Laufes der Wissenschaft. Wenn noch gar erst nur der Entdecker einer babylonischen Inschrift das Recht hätte, sie zu veröffentlichen und zu übersetzen, so könnten wir bald der Wissenschaft Valet sagen.

Die Schöpfung ist also unbedingt notwendig; möglicherweise muß aber, damit das Immaterialrecht entsteht oder wenigstens in seiner vollen Macht entsteht, etwas Weiteres hinzukommen, nämlich die Anmeldung, d. h. die einer öffentlichen Behörde gemachte Erklärung, daß daran ein Recht bestehen solle. Ein solches Erfordernis wird die Rechtsordnung sehr zweckmäßig dann aufstellen, wenn es zweifelhaft sein kann, ob der Schöpfer der Idee daran überhaupt ein Recht haben will oder nicht. Das wird namentlich bei technischen Ideen der Fall sein, insbesondere bei kleineren Erfindungen; aber auch bei ästhetischen Mustern ist es ganz anders wie bei einem Bilde: denn unzählige Muster erfindet man, an denen man kein Alleinrecht erwerben will, während ein Bild oder eine Komposition so sehr mit dem persönlichen Schaffen zusammenhängt, daß der Gedanke, der Autor wolle an einem solchen Geschöpf seines Geistes ein festes Recht haben, sich sofort aufdrängt.

Möglicherweise kann die Rechtsordnung außer der Anmeldung auch noch Prüfung und obrigkeitliche Bestätigung verlangen, was namentlich den Zweck haben kann, die Sachlage zu klären und die Ausdehnungssphäre der einzelnen Ideen scharf darzulegen. So ist man im Erfinderrecht zu Patenten gekommen, die auf Grund von Vorprüfungen erteilt werden.

§ 41. Der Inhalt des Immaterialrechts kann nicht darin bestehen, daß dem Berechtigten alle und jede Beziehung zum Immaterialgut vorbehalten ist. Es wäre ein törichtes Verlangen, daß niemand anderes als der Verfasser ein Gedicht in seinem Innern tragen oder für sich aufsagen dürfe. Einen derartigen Anspruch kann auch der Eigentümer körperlicher Sachen auf seinem Gebiete nicht erheben; denn auch bei diesen ist eine gewisse Teilnahme Dritter am Genusse oft gar nicht zu vermeiden, wie z. B. wenn jemand eine Fassade baut, die nicht nur zu seinem Vergnügen, sondern zum Vergnügen der ganzen Nachbarschaft dient, oder ein Licht hat, das auch die Nachbarschaft erhellt. Dazu kommt aber, daß bei körperlichen Sachen (mindestens bei den festen) infolge ihrer Fixierung auf einem bestimmten Raum eine gewisse tatsächliche Abschließung gegen die Außenwelt (Eigenbesitz) möglich ist, was den Immaterialgütern widerstrebt; weshalb das Alleinrecht an diesen notwendig hinter dem Alleinrecht des Sacheigentümers zurückstehen muß.

Das Recht kann daher immer nur das Recht auf eine gewisse Art von Verwertung

sein, und zwar muß auch hier die Verwertung im häuslichen Kreise vom Alleinrecht streng ausgeschlossen werden; die Beherrschung des häuslichen Kreises durch den Erfinder wäre ein Eingriff, der unserer Kulturordnung im höchsten Grade widerstrebte. Man hat daher mit Recht längst angenommen, daß, wenn eine Erfindung von der Hausfrau in ihrer Privatküche verwendet oder ein patentierter Glühkörper vom Gelehrten in seinem Studierzimmer gebrannt wird, der Patentberechtigte nichts dagegen einwenden dürfe. Ebenso muß man sagen, daß das bloße Abschreiben eines Manuskripts oder das Abzeichnen eines Gemäldes für seine eigene persönliche Betrachtung autorrechtlich nicht verboten sein kann, ebensowenig die Wiedergabe eines Musikstückes im privaten Heim.

Ganz anders aber, wenn die Benutzung über den häuslichen Bereich hinausgeht, in welchem Falle man bei Erfindungen von einer gewerblichen Benutzung spricht: wie Handb. Patentr. S. 432 f. ausgeführt, muß hier der Ausdruck „gewerblich" im weiteren Sinne verstanden werden; so ist insbesondere auch eine staatliche Benutzung in weiteren Kreisen, z. B. in den Staatsanstalten, gewerblich und ebenso die Benutzung von Glühkörpern zur Straßenbeleuchtung seitens der Gemeinden u. a. Nicht darauf kommt es an, daß die Anwendung zum Zweck des Gewinnes oder als Hilfsmittel der Spekulation erfolgt, sondern nur darauf, daß sie über den Bereich des Privaten, Individuellen hinausgeht. Übrigens ist wohl zu beachten, daß die Benutzung auch dann eine gewerbliche ist, wenn sie bloß nebensächlich im Gewerbe stattfindet, z. B. wenn die Glühlampen in einem Kramladen oder in einer Fabrik verwendet werden: die Benutzung bei dem Gewerbe ist eine gewerbliche, auch wenn der Gewerbebetrieb auf andere Dinge gerichtet ist. Beim Autorrecht spricht man hier von Öffentlichkeit, und man sagt, daß die öffentliche Wiedergabe durch Dritte ohne Zustimmung des Autors verboten ist. Der Begriff der Öffentlichkeit ist auch hier im Gegensatz zur Häuslichkeit zu fassen; er will auch hier besagen, daß das Heim, daß Haus und Hof frei sind.

§ 42. Jedes Immaterialrecht hat seine Beschränkung. Nicht etwa bloß in dem obigen Sinne der Beschränkung auf das Gewerbliche und Öffentliche: auch in seinem eigentlichen Kreise erleidet es gewisse Durchkreuzungen. Solche können insbesondere veranlaßt sein 1. durch Rücksichten des internationalen Verkehrs; so ist es ein Satz des Erfinderrechts, daß ausländische Fahrzeuge das Inland passieren dürfen ohne Rücksicht auf ihre Patentwidrigkeit. Eine 2. Ausnahme besteht zur Wahrung des sogenannten Besitzstandes: so ist es eine Bestimmung des Patentrechts, daß, wenn jemand eine Erfindung bisher gewerblich verwertete, ohne dafür ein Patent zu erwerben, und ein Dritter ein Patent erlangt, der Erste im Gebrauche der Erfindung zu belassen ist. 3. muß unter Umständen eine gewisse nebensächliche Benutzung fremder Immaterialrechte gestattet sein, insofern man durch Verbindung dieser nebensächlichen Benutzung mit anderen Nutzungsweisen einen Gesamtzweck erreicht, der sonst schwer zu erzielen wäre; so kann z. B. ein Lesebuch, das einem sehr wichtigen Erfordernis entspricht, nur dadurch zu stande kommen, daß man fremde Autorwerke zusammenträgt: hier hat es guten Grund, daß der Autor, der hierdurch in seinem eigenen Kreise wenig angetastet wird, sich eine solche Zwecktätigkeit gefallen lassen muß. 4. Auch andere Interessen der Menschheit können möglicherweise eine Beschränkung der Immaterialrechte verlangen; so hat man insbesondere angenommen, daß das Alleinrecht der öffentlichen Aufführung von Tonwerken unter Umständen, z. B. bei Wohltätigkeitskonzerten und bei Volksbelustigungen, zurücktreten müsse. 5. Endlich muß die letzte Möglichkeit, die Möglichkeit der Enteignung, die Wahrung der Interessen der Allgemeinheit gegen das Übermaß individualistischen Wirkens auch hier gegeben werden. 6. Ein letztes Schutzmittel ist der Satz, daß unter Umständen ein Immaterialrecht wegen Mißbrauchs verwirkt werden kann.

§ 43. Die Art der Beteiligung am Immaterialrecht kann eine verschiedene sein, entsprechend der verschiedenen Art der Beteiligung an Rechten körperlicher Sachen. Wie dort das Eigentum neben sich den Nießbrauch, das Pfandrecht, die Grunddienstbarkeit

hat, so kann auch bei Immaterialrechten das Erstrecht, das „volle" Recht derartige Nebenrechte, Nießbrauch und Pfandrecht, zulassen. Das volle Recht pflegt man auch hier als Eigentum zu bezeichnen, obgleich dies nicht korrekt ist, allein es fehlt an einem allgemein anerkannten zutreffenden Ausdruck. Neben Nießbrauch und Pfandrecht aber haben sich auf dem Gebiete der Immaterialrechte insbesondere noch folgende Berechtigungen entwickelt:

a) Das Verlagsrecht, dessen Hauptanwendungsgebiet im Autorrecht liegt; doch auch im Bereich der Erfindungen kommt es vor: sein Wesen besteht darin, daß jemand ein Gebrauchsrecht erwirbt in Verbindung mit einer Treupflicht: er kann gebrauchen und soll gebrauchen, weil dies zugleich im Interesse des Vollberechtigten ist. Ich habe darum seinerzeit (Autorrecht S. 290 f.) dieses Recht mit den Benefizialverhältnissen des Mittelalters in Vergleich gestellt, und es läßt sich keine treffendere Parallele finden. Wichtig ist auch hier, daß das Recht am immateriellen Gut mit obligatorischen Verpflichtungen verbunden ist, ganz ebenso wie das Lehnrecht auf einer untrennbaren Verknüpfung des dinglichen Rechts mit obligatorischen und persönlichen Elementen besteht.

b) Ein weiteres eigenartiges Recht ist das Lizenzrecht. Es besteht darin, daß einem Dritten die Benutzung des Immaterialguts übertragen wird, jedoch nicht als Alleinbenutzung, sondern unter Vorbehalt der Benutzung anderer. Dies kommt insbesondere im Erfinderrecht vor, indem der Erfinder einer oder mehreren oder vielen Fabriken das Benutzungsrecht gibt, so daß sie benutzen dürfen, aber keine Ausschließlichkeit zu beanspruchen haben. Im Urheberrecht ist das Hauptanwendungsgebiet das Gebiet der Theateraufführungen; denn die Verfasser pflegen den Theatern Aufführungsrechte zu geben, und zwar Aufführungsrechte ohne Alleinberechtigung.

§ 44. Wie aus dem Eigentum, so geht aus dem Immaterialrecht ein negatorischer Anspruch hervor, aber er wird erst wachgerufen durch eine besondere Veranlassung, nämlich durch eine Störung; die Störung stört den schlummernden Funken auf, und das Recht kommt gleichsam in Aufwallung: der Berechtigte erlangt die Befugnis, vom anderen Teile zu begehren, daß er von der Störung abläßt, und zwar für jetzt wie für die Zukunft, solange das Immaterialrecht besteht.

Wesentlich davon verschieden ist das obligatorische Entschädigungsrecht, das darauf beruht, daß eine Störung zugleich einen Eingriff in die vermögensrechtlichen Nutzungen des Immaterialrechts enthalten kann, ganz ebenso wie eine Störung des Eigentums die Sache eine Zeitlang der Benutzung zu entziehen oder ihren Nutzen zu schmälern vermag. Hier entsteht ein obligationsrechtlicher Schadenersatzanspruch, aber nur, wenn ein ethisches Moment hinzutritt, nämlich Vorsatz oder mindestens Fahrlässigkeit. Unsere Gesetze verlangen mitunter grobe Fahrlässigkeit, und wo sie dies tun, muß die Sache hierbei ihr Bewenden behalten: es ist unrichtig, aus den Bestimmungen des B.G.B. etwas anderes abzuleiten, denn die Sondervorschrift geht vor (Art. 32 E.G. z. B.G.B.). Ohne ethische Verfehlung wäre höchstens ein Bereicherungsanspruch gegeben, aber auch ein solcher ist dann abzulehnen, wenn der Inhalt der Sondergesetzgebung widerspricht. Die Sondervorschrift wird auch hier nicht durch das B.G.B. überwunden; denn ähnliche Bestimmungen wie §§ 823, 812 B.G.B. enthielt bereits das frühere Recht, und doch hat man in den Sondergesetzen diese Beschränkungen gegeben; sie bestehen daher als ein auf den besonderen Umständen der Materie beruhendes Sonderrecht weiter[1].

Mit dem zivilrechtlichen Schutz kann ein strafrechtlicher verbunden sein, wenn eine ethische Verfehlung schwerer Art vorliegt, also insbesondere, wenn vorsätzlich gehandelt wurde. Diese strafrechtliche Betätigung hat ihre Besonderheiten: das Strafrecht entsteht erst kraft Antrags, der zurückgenommen werden kann, und mit der Strafe kann zu gleicher Zeit auf Buße erkannt werden[2].

---

[1] So namentlich, was das Patentrecht betrifft; vgl. mein Handbuch des Patentrechts S. 561.
[2] Vgl. §§ 40, 45 Urhebergesetzes und über Patentrecht Handbuch S. 578. 908

§ 45. Die Immaterialrechte können Rechte an ästhetischen wie an technischen Ideengestaltungen sein.

Die Rechte an ästhetischen Ideengestaltungen können wieder sein: Rechte an einer Gestaltung durch die Sprache und an einer Gestaltung durch die Raum- und Lichtformen. Die ersteren wirken durch das Gehör oder quasi durch das Gehör, die letzteren durch das Auge. Die Sprache kann wiederum eine begriffliche Sprache sein, so daß man Begriffe mitteilt, wobei für die Begriffe gewisse Lautzeichen gelten, sogenannte Worte, oder eine Tonsprache, bei welcher die Verhältnisse der Töne zueinander auf unser Ohr und auf unseren Geist wirken. Beides bildet den Inhalt des sogenannten literarischen Urheberrechts, welches Gegenstand jahrhundertelanger Entwicklung gewesen ist. Das Bedürfnis drängte sich in einer Zeit hervor, als es möglich war, durch mechanische Mittel (Buchdruck) Mitteilungsfaktoren zu schaffen und sie in ungemessener Weise zu vervielfältigen. Hier regte sich zunächst der Geist der Buchhändlergilde, welche sich nicht damit befreunden wollte, daß, nachdem für ein Werk Kosten aufgewandt waren, ein anderer es einfach nachdruckte —, was natürlich mit weniger Mühe, Aufwand und Kosten geschehen konnte. Das Mittel, dessen sich die Buchhändlergilden bedienten, war das Privileg. Solche Privilegien zeigen sich zuerst in der Republik Venedig, sodann in Frankreich und auch in Deutschland; es waren sowohl kaiserliche als auch landesherrliche Privilegien. Ursprünglich hing dies alles mit dem Rechte des Verfassers nur sehr lose zusammen, denn den Buchhändlern wurden Privilegien gegeben, nicht den Verfassern, und ohne Rücksicht darauf, ob die Werke alt oder neu waren. Das mußte allmählich anders werden. Man mußte zwischen alten und neuen Werken unterscheiden, und seit dem 16. Jahrhundert bildet sich die Idee des geistigen Eigentums. Die erste Anerkennung fand dieses Recht schon in einigen deutschen Städten, aber doch nur zeitweise, allgemein erst durch das bekannte englische Gesetz von 1709. Dem folgten französische und deutsche Gesetze nach. Wir hatten ein Urhebergesetz vom 11. Juli 1870, das allerdings einen früheren Stand der Anschauung verkörperte. Neuerdings ist uns ein Gesetz vom 19. Juli 1901 geworden, das aber sehr viel zu wünschen übrig läßt und sowohl im Inhalt als auch in der Redaktion schwere Verstöße enthält: nicht einmal die Sprachweise des B.G.B. ist festgehalten worden; die Bestimmungen sind oft so vage und auf der anderen Seite so kasuistisch verschränkt, daß man meint, ein Gesetz früherer Zeiten vor sich zu sehen.

Das literarische Urheberrecht besteht darin, daß der Urheber das Alleinrecht hat, sein Werk gewerblich auszunutzen. Dies kann durch Herstellung von Mitteilungsfaktoren und deren Verbreitung geschehen. Der hauptsächlichste Mitteilungsfaktor ist das gedruckte Buch; aber auch das Abschreiben gehört hierher, sofern es zu gewerblichem Zwecke geschieht, also beispielsweise das Abschreiben zur Verbreitung, aber auch das Abschreiben, um von der Abschrift eine öffentliche Vorlesung zu halten oder um daraus ein öffentliches Konzert zu dirigieren. Die Ausnutzung kann auch erfolgen durch Vortrag mit oder ohne Verbindung mit einem den Vortrag unterstützenden Spiel. Aber auch das Spiel allein kann hierher gehören, sofern es die Bedeutung hat, durch die Mimik Worte zu ersetzen, mithin jedes Ballett, jede choreographische Darstellung, welche eine mimische Ideenwiedergabe bezweckt. Nicht jeder Vortrag jedoch ist in den Schutz des Gesetzes aufgenommen, sondern nur der Vortrag oder vielmehr die Aufführung von Bühnenwerken und von Werken der Tonkunst: solche Aufführung ist, soweit sie öffentlich geschieht, dem Urheber vorbehalten; der Vortrag eines anderen Werkes nur dann, wenn das Werk noch nicht veröffentlicht ist. Dieses letztere Verbot des Vortrages ist aber dem persönlichen Recht, nicht dem Autorrecht, zuzuschreiben; denn autorrechtlich ist es gleichgültig, ob eine Veröffentlichung stattgefunden hat oder nicht, und es ist unhaltbar, autorrechtlich zwischen veröffentlichten und nichtveröffentlichten Schriftstücken einen Unterschied zu machen. Die Aufführung von Bühnenwerken aber erfolgt durch das Mittel der Personifikation, nämlich dadurch, daß der Vortragende nicht als eigene Person hervortritt, sondern sich in die Persönlichkeit eines anderen hineinfindet und als solche fremde Persönlichkeit spricht und handelt: hierdurch nimmt der Vortrag eine gesteigerte Bedeutung an.

Die Aufführung ist also bei Bühnenwerken von besonderer Bedeutung. Hier bestand das Aufführungsrecht bereits nach dem früheren Gesetz. Den Tonwerken dagegen, die nicht dramatischer Art sind, gab das frühere Gesetz nur dann ein Aufführungsrecht, wenn entweder das Werk noch gar nicht veröffentlicht oder auf den Veröffentlichungsfaktoren (auf den Drucken) ein ausdrücklicher Aufführungsvorbehalt angebracht war. Dies ist mit Recht anders geworden; der Aufführungsvorbehalt ist nicht mehr nötig; trotzdem besteht der Schutz gegen Aufführung nur in sehr beschränkter Weise: so soll insbesondere eine öffentliche Aufführung ohne Entgelt jedem ohne weiteres gestattet sein[1], unter Umständen aber auch eine solche gegen Entgelt, so namentlich, wenn das Erträgnis nur für wohltätige Zwecke verwendet werden soll. Dies ist zutreffend; eine ganz unhaltbare Bestimmung aber ist die, daß unter allen Umständen die Aufführung in Vereinen gestattet sei, sofern lediglich Vereinsmitglieder zur Aufführung zugelassen werden. Zu welchen Ergebnissen dies führt, und wie auf solche Weise das Recht geradezu illusorisch gemacht werden kann, werde ich anderwärts ausführen. Übrigens hat ein Aufführungsvorbehalt auf dem Titel oder an der Spitze des Werkes immer noch Bedeutung für das internationale Recht, wovon alsbald noch zu sprechen sein wird (S. 628).

Das, was dem Autor auf solche Weise vorbehalten ist, ist sein Ideengebilde. Dieses ist etwas Künstlerisches: eine künstlerische Gestaltung von Begriffskomplexen oder eine künstlerische Gestaltung von Tonmotiven. Daraus geht hervor, daß sich das Autorrecht, sowohl was den Nachdruck als was die Aufführung betrifft, so weit erstreckt, als dieses Gut reicht, und daß insbesondere Veränderungen in der äußeren Bildung nicht bewirken können, daß das innere Wesen des Autorgutes verschwindet. Hieraus ergibt sich von selber, daß der Autor auch gegen die Übersetzung eines Werkes der Begriffssprache und gegen die Transkription eines Werkes der Tonsprache geschützt sein muß. Im übrigen kann natürlich das Übersetzen oder die Transkription selbst eine, wenn auch untergeordnete, künstlerische Gestaltung sein, und auch an diesen Gestaltungen kann ein Autorschutz bestehen, so daß möglicherweise zwei Autorrechte zusammentreffen und kein Beteiligter in das Autorrecht des anderen eingreifen darf, der Originalautor nicht in das Recht des Übersetzers oder umgekehrt; sie müssen sich daher verständigen, wenn die Übersetzung öffentlich verbreitet werden soll.

Besondere Beschränkung hat das Autorrecht von jeher im Zeitungsverkehr erfahren, und lange Zeit waren Zeitungsartikel eigentlich geradezu schutzlos und rechtlos. Allmählich hat man sich dazu verstanden, wissenschaftliche oder künstlerische Ausarbeitungen dem Autor vorzubehalten und auch bei den Leitartikeln den Nachdruck durch ein Nachdrucksverbot unzulässig zu machen. Übrigens kann hier (bei Zeitungen und auch Zeitschriften) ein solcher Vorbehalt auch sonst von Bedeutung sein; denn im internationalen Verkehr bestehen in dieser Beziehung noch recht beschränkende Bestimmungen, denen durch einen solchen Vorbehalt aufgeholfen werden kann[2].

Wie alle immateriellen Rechte so ist auch das Autorrecht an eine Frist gebunden, und zwar hat man hier schon längst die Frist an das Leben des Autors angeknüpft, weil man nicht will, daß ein Werk schon zu Lebzeiten des Verfassers frei werden solle. Unser Gesetz gibt den Schutz während Lebzeiten und dreißig Jahre nach dem Tode, und zwar gilt dieser Schutz für das Autorrecht nach allen seinen Seiten hin, also für das Recht der Veröffentlichung wie für das Recht der Aufführung. Ein schwieriges Problem ist die Frage, wie weit nachgelassene Werke geschützt werden. Hier bestehen zwei Auffassungen; entweder schützt man das Autorrecht des Verstorbenen, oder man schützt die Tätigkeit des Herausgebers. Wir haben mit Recht von jeher den ersten Standpunkt aufgenommen, denn die Herausgebertätigkeit an sich, sofern sie nicht mit einer Neugestaltung

[1] Sofern sie nicht etwa gewerbliche Zwecke verfolgt; sie ist unzulässig, wenn durch Gratismusik das Publikum in einen Biergarten gelockt werden soll.

[2] Natürlich muß auch hier neben dem Autorschutz das Recht des lauteren Wettbewerbs beobachtet werden. Gewöhnliche Nachrichten genießen nicht den Autorschutz; dagegen wäre es eine dem § 826 B.G.B. verfallende Unlauterkeit, wenn eine Zeitung Stück für Stück, Nummer für Nummer die Nachrichten der anderen wiedergeben wollte. Vgl. S. 709.

verbunden ist, hat ebensowenig einen Anspruch auf Autorschutz, als wenn man etwa dem Entdecker eines neuen Gebirges das ausschließliche Recht geben wollte, es auf den Karten zu vermerken. Nach dem neuen Autorgesetz soll der Schutz nachgelassener Werke natürlich während der dreißig Jahre nach dem Tode des Verfassers bestehen, in jedem Falle aber zehn Jahre von der ersten (rechtmäßigen) Veröffentlichung an. Wenn daher beispielsweise ein Werk neunundzwanzig Jahre nach dem Tode des Verfassers veröffentlicht wird, so besteht immerhin noch ein zehnjähriger Schutz; so aber auch dann, wenn das Werk etwa erst nach dreißig Jahren veröffentlicht wurde. Nur muß eben derjenige, der den Schutz behauptet, nachweisen, daß er das Autorrecht mittelbar oder unmittelbar (mit der Erbschaft des Autors) überkommen habe. Eine höchst verunglückte Bestimmung, welche diesen Beweis erleichtern will, enthält § 29 des Autorgesetzes.

Über den internationalen Schutz sind bereits Andeutungen gegeben worden. Es war ein veralteter internationaler Rechtsstand, als die Gesetze nur Werke der Inländer oder Werke, die im Inlande erschienen, zu schützen pflegten; Auslandswerke waren daher vogelfrei; sie waren vogelfrei, sowohl wenn man sie im Original, als auch wenn man sie in einer Übersetzung wiedergab. Durch einige Staatsverträge hat man allmählich dem dringendsten Bedürfnis abzuhelfen gesucht; eine durchgreifende Besserung ist aber erst durch die Berner Literarkonvention vom 9. September 1886 erfolgt, die am 4. Mai 1896 in bedeutsamer Weise erweitert wurde, wonach die Mitglieder der Verbandesländer im ganzen Verbande den Schutz der Inländer genießen, ja, wonach selbst solche Werke Schutz finden, die einen dem Verbande fremden Autor (z. B. ein Mitglied der Vereinigten Staaten) zum Verfasser haben, sofern sie zuerst in einem der Verbandsländer erscheinen. Allerdings ist der Schutz noch nicht so weit gediehen, daß er völlig dem inländischen Schutze gleichäme. Nichtdramatische musikalische Werke bedürfen noch des ausdrücklichen Aufführungsvorbehalts, ebenso Werke in Zeitungen und Zeitschriften, abgesehen von Romanen und Novellen; und der Übersetzungsschutz ist zwar im allgemeinen durchgeführt, jedoch mit der Beschränkung, daß er aufhört, wenn nicht in zehn Jahren eine autorisierte Übersetzung erschienen ist.

Sehr wichtig für das Autorrecht ist das abgeleitete Recht des Verlegers, welchen man früher für den vollständigen Rechtsnachfolger des Autors gehalten hat. Das war unrichtig: der Verleger hat nur ein Verwertungsrecht in bestimmten Grenzen; er hat insbesondere im Zweifel nicht das Recht der Übersetzung, nicht das Recht der Aufführung und nicht das Recht der Umgestaltung des Werkes; auch hat der Autor die Befugnis, sein Werk nach zwanzig Jahren in eine Gesamtausgabe seiner Werke aufzunehmen[1]. Außerdem ist des Verlegers Recht mit bedeutenden Pflichten verbunden und kann darum entweder gar nicht veräußert werden oder nur in der Art, daß zugleich für die Erfüllung dieser Verpflichtungen genügende Sicherheit gegeben wird. Über diese Verhältnisse haben wir ein eigenes Gesetz, das Gesetz über Verlagsrecht vom 19. Juni 1901: was die Übertragung betrifft, so ist jetzt dessen § 28 maßgebend. Das eigenartige quasi dingliche Recht des Verlegers, ein Recht, das, wie die Feudalrechte, mit Pflichten belastet ist, hat das Gesetz nach meinem Vorgang Verlagsrecht genannt (§ 8). Vgl. oben S. 624.

§ 46. Das Recht an Werken der bildenden Kunst ist bei uns in Gesetzen geregelt, die noch in eine frühere Periode zurückgreifen. Es ist das Kunstwerkgesetz vom 9. Januar 1876, das Photographiegesetz vom 10. Januar und das Mustergesetz vom 11. Januar 1876. Sie sind großenteils veraltet und bedürfen dringend einer Neugestaltung.

Wie bei dem Autorrecht, handelt es sich nicht etwa um einen Schutz der einzelnen Kunstausführung, sondern um einen Schutz der zu Grunde liegenden Idee; die Idee ist aber keine räsonnierende Begriffsidee, sie ist die Bildidee, also dasjenige, was bleibt, wenn man dem Bild eine andere Ausführung gibt; sie ist dasjenige, was ich das imaginäre Bild genannt habe[2].

[1] Hier hatte man im Gesetz leider nicht die Vorsicht, dieser Bestimmung (§ 2 Verlags-Ges.), was dringend wünschenswert gewesen wäre, rückwirkende Kraft zu geben!

[2] Das artistisch-literarische Kunstwerk S. 37 f.

Das Recht an Werken der bildenden Kunst umfaßt Flächenkunst und plastische Kunst; Baukunst ist ausgeschlossen. In dieser Beziehung muß allerdings zugegeben werden, daß die Baukunst keine freie Kunst ist, sondern mehr dem Kunstgewerbe ähnelt, da sie nicht eine unbefangene künstlerische Ideengestaltung, sondern eine Ideengestaltung für praktische Zwecke und innerhalb praktischer Zwecke zu geben hat. Es muß ferner bemerkt werden, daß die Bauausführungen meist so öffentlich sind, daß es nicht wohl angeht, Dritten ohne weiteres die Wiedergabe zu versagen. Allein innerhalb dieser Schranken wäre ein Schutz sehr wohl gerechtfertigt und muß von einem künftigen Gesetz verlangt werden. Es geht beispielsweise nicht an, daß, wenn ein Architekt in der Konkurrenz unterlegen ist, man nichtsdestoweniger ohne seine Zustimmung wichtige Teile seiner Ideen in die Bauausführung aufnimmt. Auch sonst enthält das Gesetz merkwürdige Beschränkungen, insbesondere die, daß ein plastisches Werk durch Flächenkunst und ein Flächenwerk durch plastische Kunst wiedergegeben werden kann, — eine Beschränkung, die keinen irgendwie überzeugenden Grund für sich hat.

Dagegen hat man mit Recht die frühere Beschränkung fallen gelassen, wonach bloß die Wiedergabe unter Benutzung mechanischer Mittel verboten sei, also die Wiedergabsformen, die durch Druckvervielfältigung geschehen, wie Stiche, Ätzungen u. s. w. Es ist bei uns auch unzulässig, ein Werk mit der Hand zu kopieren und die Kopie zu veröffentlichen. Nur wenn man keine gewerblichen Ziele verfolgt, wenn man also zum Zwecke der Übung, der Belehrung oder des eigenen Genusses kopiert, ist die Wiedergabe eines fremden Werkes gestattet.

Nicht zu beanstanden ist auch der Vorbehalt des Gesetzes, daß Werke auf Straßen und Plätzen, sofern sie sich dort bleibend befinden und nicht etwa nur vorübergehend ausgehängt sind, in bestimmter Weise wiedergegeben werden dürfen. Es ist ein Bedürfnis, öffentliche Plätze nachzubilden und das Bild der dort befindlichen Kunstwerke dem Publikum zugänglich zu machen. Unser Gesetz geht allerdings zu weit: es gestattet, ein auf einem öffentlichen Platze befindliches Marmordenkmal (etwa in einer anderen Stadt) in Bronze wiederzugeben, es verlangt nur die Umwandlung in eine andere Technik, wie z. B. hier, daß an Stelle des Marmors Bronze gewählt wird u. s. w. Das geht zu weit: die Gestattung der Wiedergabe in Flächenformen, überhaupt in der Weise, wie man Landschaften oder Straßenbilder dem Publikum bekanntzumachen pflegt, würde vollkommen genügen.

Ganz unzureichend ist der Photographieschutz, der von der Anschauung ausgeht, als ob die Photographie eigentlich kein Kunstwerk sei, — ein völlig verkehrter Standpunkt, der nicht beachtet, daß auch hier künstlerische Auffassung wesentlich ist und diese Auffassung durch eine bestimmte Art der technischen Behandlung der Natur zum Ausdruck kommt, und daß auch hier die Technik Sache der Übung und Sache des künstlerischen Geschmackes ist.

Das Geschmacksmuster aber unterscheidet sich vom Kunstwerk dadurch, daß es nicht eine unbefangene künstlerische Idee wiedergeben, sondern nur einen Gebrauchsgegenstand ästhetisch gestalten soll, wobei die Gestaltung eine Flächen- wie eine plastische Gestaltung sein kann; sie kann eine Gestaltung lediglich ornamentalen Charakters sein ohne Anlehnung an die Bilder der Außenwelt, mit dem Bestreben, rein durch Linien oder Farbe auf das Auge des Beschauers zu wirken, oder eine Gestaltung mit dem Bestreben, auf Gegenstände der äußeren Natur hinzudeuten; sie kann eine Gestaltung von mehr zeichnerischer oder mehr koloristischer Wirkung sein, also insbesondere auch eine Gestaltung in der Art, daß das „Changeant", der Wechsel der Lichter und Farben, das Spiel leuchtender Kräfte wirkt; derartige Muster, weil ihnen die zeichnerische Abgeschlossenheit fehlt, aus dem Geschmacksmusterschutz verbannen, zeugt von Verkennung der neuzeitlichen Kunst und ihres Schutzbedürfnisses.

Auch beim Geschmacksmuster handelt es sich nicht um einen Schutz der Ausführung, sondern um einen Schutz der der Ausführung zu Grunde liegenden Idee. Es muß daher auch hier eine unerlaubte Nachahmung angenommen werden, sobald das Wesentliche der Ideemotive wiedergegeben ist, also dasjenige, was beim Kunstwerk das imaginäre Bild dar-

stellt. Auch hier kennt unser positives Recht die Beschränkung, daß Geschmacksmuster plastischer Art durch Exemplare in flachen Formen nachgemacht werden können und umgekehrt. Hier ist aber die Betrachtungsweise eine andere als vorhin: das Geschmacksmuster sollte nach richtiger Behandlung nur für eine gewisse Art von Erzeugnissen, z. B. für Erzeugnisse der Tapeten- und Teppichindustrie, beansprucht werden; es wird aber nach dem Gesetze für Erzeugnisse aller Art erworben, nur mit der Beschränkung, daß der Schutz entweder auf plastische oder auf Flächendarstellungen beschränkt sein soll, woraus sich von selber ergibt, daß das andere Gebiet, also das plastische gegenüber der Fläche und die Fläche gegenüber dem Plastischen frei ist. Während also der Schutz der Kunst zu eng ist, so ist der Musterschutz zu weit.

Im übrigen ist folgendes bemerkenswert: der Kunstwerkschutz dauert, wie der Autorschutz, bis zum Ablauf von dreißig Jahren nach dem Tode des Verfassers; der Photographieschutz ist sehr verkümmert: er dauert regelmäßig nur fünf Jahre und ist auf einen Schutz gegen mechanische Nachbildung beschränkt. Der Musterschutz aber hat das Eigene: er entsteht nur, wenn das Werk, bevor ein Exemplar verbreitet worden ist, bei dem Amtsgericht zum Musterregister angemeldet ist: es soll damit konstatiert werden, daß der Erfinder den Schutz will; eine Vorprüfung findet leider nicht statt; der Schutz dauert nach Wahl ein, drei oder fünfzehn Jahre.

§ 47. Von allen Immaterialrechten ist das wirtschaftlich wichtigste das Recht des Erfinders einer Naturkräfteanwendung zum Zwecke der Erreichung menschlicher Ziele. Eine solche Erfindung heißt Erfindung im eigentlichen Sinne; sie ist für die Menschheit von unschätzbarem Werte. Erfindungen waren es, die die Menschheit aus der Naturknechtschaft erhoben, Erfindungen sind es, die sie emporgebracht und sie in den Stand gesetzt haben, mehr und mehr über die Erde zu herrschen. Trotzdem datiert das Erfinderrecht erst seit neuerer Zeit, denn erst die neuere Zeit kennt eine systematische Industrie und damit eine systematische Anwendung und Ausnutzung der durch den Erfinder erreichten Fortschritte in der Beherrschung der Kräfte der Natur. Das ganze Mittelalter mußte sich mit Erfindungsmonopolen begnügen, die die Fürsten unterschiedslos Erfindern und Nichterfindern gaben, insbesondere auch solchen, die nur das eine Verdienst hatten, Erfindungen, die sie von auswärts kannten, in das Inland eingeführt zu haben.

Erst das englische Gesetz vom Jahre 1623 hat die Sache auf neue Basis gestellt, in der Art, daß man dem König die Erteilung von Monopolen verbot, die Monopole für nützliche Erfindungen aber zu Gunsten der Erfinder ausdrücklich vorbehielt, sofern sie eine bestimmte Zeit nicht überschritten (vierzehn Jahre). Das war der Ausgangspunkt: das Monopol des Erfinders wurde dadurch etwas prinzipiell anderes als das sonstige Monopol; es galt als gerechtfertigt durch das, was der Erfinder geschaffen hatte, und nur noch ein Schritt war es zu der weiteren Wahrheit, daß schon mit der Erfindung ein Recht anfängt, das der Staat nur anzuerkennen, nicht erst zu schaffen hat. Seit dem 18. Jahrhundert hat es einzelne Erfindergesetze gegeben, aber erst von dem Ende jenes Jahrhunderts an und namentlich seit dem ungeheuren Einfluß der Vereinigten Staaten ist ein lebhafter Zug in die Erfindungsgesetzgebung gekommen.

Das 19. Jahrhundert ist an keinen Gesetzen so reich wie an Erfinder- und Patentgesetzen, und zwar hat man hier die verschiedensten Systeme gewählt. England hatte bis in die neueste Zeit kein ausgebildetes Vorprüfungssystem, doch war nicht jede Vorprüfung ausgeschlossen[1]. Erst die Vereinigten Staaten aber schufen ein eigentliches Patentamt mit einer wirklichen Vorprüfung, in der Art, daß nur derjenige Erfinder die Rechtsanerkennung erlangen sollte, dessen Erfindung in einer ernstlichen Prüfung als patentfähig und neu erschien. Die spätere englische Gesetzgebung seit 1852 suchte durch ein Aufgebot aufzuhelfen, in dem die Beteiligten aufgefordert wurden, etwaigen Widerspruch einzulegen, während Frankreich und die zahlreichen Staaten, die ihm folgten, auf dem einfachen

[1] Einen bedeutenden Fortschritt in dem von mir so vielfach vertretenen Vorprüfungssystem bezeichnet die neueste englische Novelle vom 18. Dezember 1902.

Anmeldesystem stehen geblieben sind, in der Art, daß ohne weiteres ein Patent erteilt wird, d. h. der Staat nur zu erklären hat, daß eine Erfindung angemeldet worden ist, und es im übrigen dem objektiven Sachverhalt überläßt, ob ein Erfinderrecht besteht oder nicht: von einer staatlichen Anerkennung ist hier keine Rede, nur von einer Registrierung der Anmeldungen, weshalb das Patent auch ausdrücklich sans garantie du gouvernement erteilt wird. Die deutschen Staaten haben seinerzeit zwar auch einzelne Erfinderrechte gegeben, aber dies alles war vor der Bildung des Deutschen Reiches ohne erhebliche Bedeutung, und auch nach Gründung des Reiches dauerte es einige Zeit, bis man sich aus veralteten Vorstellungen und hergebrachten Vorurteilen heraushob und sich zu einem Patentgesetz aufschwang. Das geschah am 25. Mai 1877. Einige, wenn auch nicht ausreichende Verbesserungen brachte das Gesetz vom 7. April 1891.

Das deutsche Verfahren kennzeichnet sich dadurch, daß es Vorprüfung und Aufgebot miteinander vereinigt. Es ist in dieser Beziehung für eine Reihe von Gesetzen vorbildlich geworden, so für Schweden, Norwegen, Dänemark, Rußland, Ungarn, Österreich [1].

Erfindung im objektiven Sinne ist eine technische Ideengestaltung, beruhend auf einer eigenartigen Benutzung der Naturkräfte; Erfindung im subjektiven Sinne aber ist die Erkenntnis dieser Gestaltung und die Erkenntnis, daß solche zu dem bezeichneten Ergebnisse führt. Wer diese Erkenntnis von sich aus erfaßt hat, sei es durch Studium, sei es durch die Eingebung des Augenblicks, ist Erfinder. Daß eine Erfindung von mehreren gemacht werden kann, ist zweifellos, und ebenso ist es sicher, daß etwas, was längst erfunden war, neu erfunden werden kann, sei es, daß das früher Erfundene vergessen war, oder daß einfach der Erfinder von den früheren technischen Ergebnissen nichts wußte. Im übrigen muß die Erfindung menschlichen Zwecken dienen; diese Zwecke können mittelbare und unmittelbare sein: eine kleine Änderung einer verwickelten Maschine ist des Patentschutzes fähig.

Erfindung ist also nicht immer Neuerfindung. Würde dagegen jemand Kenntnis davon erlangen, daß ein anderer bereits früher eine derartige Ideenverknüpfung vollzogen hat, und würde er einfach diese Ideenverknüpfung wiedergeben, so wäre er nicht Erfinder: er wäre nur der Entdecker von vielleicht vergessenen fremden Ideen und wäre des Erfinderschutzes nicht teilhaftig.

Den Erfindungsschutz genießt der Erfinder und nur der Erfinder, nicht auch der Entdecker; er genießt ihn aber nur für Neuerfindungen. Der Grund liegt darin, daß, was der Menschheit bereits an technischen Errungenschaften zukommt, ihr nicht mehr zu Gunsten eines einzelnen, auch wenn er es von sich aus erfunden hat, entzogen werden darf. Wann aber eine Neuheit in diesem Sinne ausgeschlossen ist, muß sich danach bemessen, ob ein technischer Gedanke der Menschheit bereits so sehr zukommt, daß sie sich seiner bemächtigte und ihn vollkommen in der Gewalt hat. Unsere Gesetzgebung hat, um die Sache zu erleichtern, besondere Anhaltspunkte gegeben; noch mehr, sie hat, um Unsicherheiten zu vermeiden, die Neuheit genau festgestellt: die Neuheit soll ausgeschlossen sein, wenn die Erfindung bereits irgendwo in Druckschriften veröffentlicht, d. h. dem Publikum bekannt gegeben ist, oder wenn sie irgendwo auf deutschem Gebiet bereits offenkundig benutzt wurde. Von Druckschriften sollen diejenigen außer Betracht bleiben, die bereits über hundert Jahre her sind, z. B. ein Zeitung aus dem Jahre 1788, die einen Bericht über den Gebrauch einer Erfindung enthält.

Der Erfinner einer solchen Erfindung nun erlangt durch die Erfindung ein Recht, das er frei übertragen und mit dem er nach Belieben schalten kann, aber ein Recht von unvollkommener Natur. Sein Recht ist Persönlichkeitsrecht und Immaterialrecht. Wird ihm die Idee entzogen, so ist dies ein Eingriff in seine Persönlichkeit, es verstößt aber auch gegen sein unvollkommenes Immaterialrecht, was insbesondere von Bedeutung ist, wenn er die Erfindung veräußert hatte und die widerrechtliche Entziehung sich auch gegen den Erwerber wendet. Abgesehen davon hat er kein Recht: wenn ein Dritter mithin die

[1] Handbuch des Patentrechts S. 43 f.

gleiche Idee faßt und sie entweder dem Publikum preisgibt oder sie für sich allein verwendet oder zum Patent anmeldet, so ist er hiergegen machtlos. Ganz anders wird die Sache in dem Augenblick der Anmeldung. Hier ist sein Recht festgelegt: er hat die Priorität vor allen künftigen Anmeldern; und andere, welche die Erfindung etwa geheim benutzen, können hierauf nur insofern ein Recht bauen, als die Geheimbenutzung bereits in dem Augenblick der Anmeldung stattfand.

Die Anmeldung ist daher, wie die Anmeldung eines Musters, eine bürgerliche Rechtshandlung, welche durch die Tätigkeit der Patentbehörden (des Patentamtes) ergänzt werden muß, damit das vollkommene Erfinderrecht entsteht; und bereits in dem Augenblick, wo auf die Anmeldung die öffentliche Bekanntmachung folgt, tritt eine Zwischenstufe ein, die Stufe des einstweiligen Schutzes. Die Erfindung wird nämlich, wenn sie dem Patentamt als schutzfähig erscheint, öffentlich aufgeboten und öffentlich ausgelegt, damit in zwei Monaten ein jeder den Einspruch einlegen kann. Im Falle des Einspruchs entwickelt sich ein rechtspolizeiliches Zwischenverfahren zwischen dem Einsprechenden und dem Anmeldenden. Hierauf wird durch Beschluß (mit der Möglichkeit der Beschwerde) das Patent erteilt oder versagt.

Die Erfindung ist also die Hauptsache; die übrigen rechtsgeschäftlichen Tätigkeiten sind nur ergänzender Natur. Daraus ergibt sich von selbst: fehlt es an der Erfindung, so ist in Erfinderrecht trotz aller staatlichen Bestätigung, trotz aller Patentierung nicht gegebene. Hierdurch unterscheidet sich unser neuzeitliches Recht sehr wesentlich von der Privilegienidee. Handelte es sich um ein Privileg, so müßte einstweilen, solange das Privileg bestände, ein Recht angenommen werden, und erst durch Aufhebung des Privilegs könnte das Recht erlöschen. So ist es aber nicht: fehlt es an der Erfindung, dann ist das Patent von Anfang an nichtig. Jedoch hat unser neueres Gesetz diese Idee dahin beschränkt, daß eine nachträgliche Heilung erfolgen kann: das Nichterfinderrecht soll zum Erfinderrecht werden, wenn nach Erteilung und Bekanntmachung des Patents 5 Jahre verstrichen sind, ohne daß die Nichtigkeit zur Geltung gebracht worden ist[1]. Im übrigen wird die Nichtigkeit durch eine negative Feststellungsklage zum gerichtlichen Austrage gebracht, die im verwaltungsgerichtlichen Verfahren von dem Patentamte (in zweiter Instanz von dem Reichsgericht) verbeschieden wird. Die Nichtigkeitserklärung wirkt zu Gunsten aller (nicht bloß des Klägers); das Patent ist dann nicht nur von nun an wirkungslos, sondern es hat nie zu Recht bestanden: dies wird in unverbrüchlicher Weise festgesetzt.

Auch eine Anfechtung des Patents ist möglich, dann nämlich, wenn jemand dem anderen die Erfindung widerrechtlich entzogen, sie für sich angemeldet und ein Patent erlangt hat. Gegen ein solches widerrechtliches Tun gibt es überhaupt dreierlei Mittel: Der Erfindungsberechtigte kann gegen die Anmeldung Einspruch erheben und die Patenterteilung verhindern: dies ist ein Ausfluß seines Individual- und Immaterialrechts; in diesem Falle hat er die Möglichkeit, die Erfindung innerhalb eines Monats für sich anzumelden, mit dem Erfolge, daß die erste, unberechtigte Anmeldung ihm das frühere Datum (das Datum des Tages vor der Bekanntmachung) verleiht. Oder er kann das Patent nach seiner Erteilung anfechten, was dann der richtige Weg sein wird, wenn er selber nichts für sich haben, sondern die Erfindung der Öffentlichkeit preisgeben will. Oder endlich er kann verlangen, daß das erteilte Patent auf ihn übertragen wird; dies kann er verlangen als Wiederherstellung gegenüber der unerlaubten Handlung im Sinne der §§ 823, 249 B.G.B.

Das Patentrecht gibt das Recht der ausschließlichen Ausnutzung der Erfinderidee. Diese Ausnutzung ist verschieden, je nach der Art der Erfindung. Man unterscheidet in dieser Beziehung Produktenerfindungen und Verfahrenserfindungen — ein Unterschied, der allerdings insofern nicht immer durchgreifend ist, als eine Erfindung möglicherweise beide Naturen in sich vereinigt.

Produktenerfindung ist eine Erfindung, die in eine neue körperliche Sache ausläuft, welche körperliche Sache Gegenstand des Gebrauchs und der Veräußerung sein kann; Verfahrenserfindung ist eine solche, welche eine Darstellungsmethode enthält,

[1] So wenigstens in den Hauptfällen der Nichtigkeit.

wobei es möglich ist, daß die Methode zu einem körperlichen oder unkörperlichen Ergebnisse; führt sie zu einem unkörperlichen Resultat, so kann natürlich von einem Produktenpatent nicht die Rede sein; führt sie aber zu einem körperlichen Gegenstand, so ist möglicherweise auch der auf solche Weise gewonnene Gegenstand neu und dem Patentschutz unterworfen: hier kann Verfahrens- und Produktenpatent zusammenlaufen; möglicherweise aber ist der auf solche Weise gewonnene Gegenstand alt oder nicht patentfähig: dann ist das Verfahrenspatent nur Verfahrenspatent und nichts weiter. Solche Verfahrenspatente sind nichtsdestoweniger oft von der allergrößten Bedeutung; es läßt sich kaum eine wichtigere Erfindung denken, als etwa eine Erfindung, einen so bekannten Stoff wie Eiweiß oder Zucker künstlich, ohne Benutzung organischer Naturmächte, zu erzeugen. Die Verbindung von Verfahrens- und Produktenpatent könnte man als überschießend ansehen; denn wer das Produkt allein herstellen darf, hat selbstverständlich auch allein das Recht, irgendwelches Verfahren anzuwenden, das zu diesem Produkte führt. Das ist indes nur teilweise richtig. Ihm steht allerdings ein jedes derartige Verfahren in der Art zur Verfügung, daß niemand ohne seine Zustimmung es benutzen darf. Trotzdem kann ein anderer ein solches Verfahren neu erfinden und daran ein Recht erwerben: die Erfindung dieses Verfahrens liegt dann natürlich im Bereich des Produktenerfinders und kann nicht ohne seine Zustimmung angewendet werden; aber sie ist trotzdem eine Neuerfindung, denn es ist ein Satz des Patentrechts, daß auf dem Gebiet der einen Erfindung sich immer wieder Neuerfindungen erheben können. So kann es kommen, daß der eine ein Produkten-, der andere ein Verfahrenspatent erwirbt, was ein ähnliches Verhältnis zur Folge hat, wie oben zwischen dem Originalautor und dem Übersetzer: die neue Verfahrenserfindung kann nur mit Zustimmung beider durchgeführt werden. Insofern ist es daher von Bedeutung, wenn jemand mit dem Produktenpatent ein Verfahrenspatent verbindet, weil er damit jeden Dritten, der etwa dieses Verfahren neu erfinden wollte, von selbst ausschließt.

Bemerkenswert ist übrigens noch, daß auch das Produktenpatent nur das ausschließliche Recht auf das Produkt gibt, nicht auch das ausschließliche Recht auf ein anderes Produkt mit denselben Eigenschaften; denn es ist ein durchgreifender Grundsatz des Patentrechts, daß ein Ergebnis nicht patentiert werden kann, sondern nur etwas, was dieses Ergebnis vermittelt; also kann z. B. nicht jedes Mittel, das in bestimmter Weise den Schmerz stillt oder Schlaf bringt, patentiert werden, sondern nur ein bestimmtes Mittel.

So weit das Verhältnis von Produkten- und Verfahrenspatent. Das ausschließliche Recht aus der Produktenerfindung geht dahin: Der Berechtigte darf 1. allein das Produkt herstellen, 2. allein das Produkt veräußern und feilhalten, 3. er darf allein das Produkt benutzen. In allen diesen Beziehungen unterliegt jedoch sein Recht der oben angeführten Beschränkung der Immaterialrechte: Herstellung, Veräußerung und Gebrauch sind nur insofern vorbehalten, als sie gewerblich sind, d. h. über das Private hinausgehen, in dem oben (S. 623) angeführten Sinne.

Bei einer Verfahrenserfindung handelt es sich lediglich um das Recht, das Verfahren gewerblich anzuwenden, sei es zur Herstellung körperlicher Produkte, sei es für unkörperliche Ergebnisse; man vergleiche z. B. ein Verfahren, um einen Farbstoff zu erzeugen, mit einem Verfahren, um einem Stoff eine glatte Oberfläche zu geben oder um ein Haus zu trocknen. Kommt aber bei dem Verfahren ein körperliches Ergebnis heraus, dann muß, auch wenn dieses körperliche Ergebnis nicht Gegenstand eines Produktenpatents, sondern als solches frei ist, folgendes Prinzip gelten: Auch das Ergebnis gehört noch mit zum Verfahren und ist dessen Schlußpunkt, denn das ganze Verfahren gipfelt hier in diesem körperlichen Erzeugnis; daher kann der Verfahrenserfinder zwar niemandem verbieten, den gleichen Stoff zu verbreiten oder zu benutzen, sofern er in einem anderen Verfahren erzeugt ist; sofern er aber in dem gleichen Verfahren hergestellt ist, ist die Veräußerung und Benutzung ein Einbruch in das Verfahrenspatent.

Dies letztere ist von besonderer Bedeutung in unserer chemischen Industrie; denn hier ist nach besonderen Bestimmungen des Gesetzes das Produkt niemals

geschützt, sondern nur das Verfahren, und das gleiche gilt von Nahrungs-, Genuß- und Arzneimitteln. Wollte man daher an dem Verfahrenspatente das Erzeugnis nicht teilnehmen lassen, so wäre die Folge die, daß man in einem fremden Lande das Verfahren ungestraft nachahmen, die Erzeugnisse nach Deutschland bringen und hier in Handel setzen könnte, was gegen den Sinn unseres Patentschutzes verstieße. Insbesondere wäre der Erfinder schutzlos gegenüber Produkten, die in Holland erzeugt werden, wo es keinen Patentschutz gibt, oder in der Schweiz, wo es keine Verfahrenspatente, also keinen Schutz für ein chemisches Verfahren gibt; mit dem größten Fleiße könnte der Erfinder nicht vermeiden, daß z. B. das neu erfundene Eiweißverfahren in Basel im größten Umfange nachgemacht und die Erzeugnisse in Deutschland verbreitet würden. So ist es aber nicht: die Produktion in Basel können wir nicht verbieten, aber die Verbreitung in Deutschland verbieten wir.

Das Erfinderrecht erleidet (gemäß dem S. 624 Dargelegten) einige Beschränkungen, von denen die wichtigste das Recht der *Vorbenutzung* ist. Der Vorbenutzer ist derjenige, welcher vor der Patentanmeldung eines anderen die Erfinderidee bereits gewerblich verwertet, sei es, daß er sie selbst auch erfunden hat, sei es, daß er sie empirisch anwendet und ihre Vorteile genießt, ohne es zu wissen. Wenn also z. B. jemand erkennt, daß ein gewisser Temperaturgrad bei der Produktion besondere Vorteile bietet, so macht er eine Erfindung, sobald er diesen Vorteil in irgend einer Weise der gewerblichen Benutzung eröffnet; möglicherweise aber hat ein anderer schon längst mit dieser Temperatur gearbeitet und günstige Ergebnisse erzeugt, ohne zu erkennen, daß dieser Erfolg gerade mit dem Temperaturgrad zusammenhängt. Dieser andere ist kein Erfinder; aber wenn er die objektive, von ihm nicht erkannte Verbindung in Anwendung gebracht hat, so hat er das Recht der Vorbenutzung. Der Vorbenutzer braucht also nicht ein solcher zu sein, der ein Patent hätte anmelden können. Erforderlich ist übrigens, daß die Vorbenutzung im Augenblick der Anmeldung der Erfindung in einer gewerblichen Weise stattfindet, und noch in diesem Augenblick; sie gilt also nicht dann, wenn man die Idee früher angewendet und dann ihre Anwendung aufgegeben hat. Der Gedanke ist ja der: Es soll niemand aus seinem gewerblichen Besitzstande verjagt werden, und das Patent soll niemanden in den Benutzungsvorteilen kränken, die er bereits zur Zeit der Patentanmeldung gehabt hat; ein solcher Vorteil besteht aber nicht, wenn man die Anwendung aufgegeben hatte. Im übrigen ist der Vorbenutzer nicht beschränkt auf den Maßstab der Benutzung in diesem Augenblick, sondern er hat das Recht, die Vorbenutzung in beliebiger Weise auszudehnen, ähnlich wie wenn er für die Erfindung eine unbeschränkte Lizenz erlangt hätte.

Außerdem besteht die internationale Beschränkung für Fahrzeuge, von der bereits S. 624 gehandelt wurde, und die Möglichkeit der Enteignung, indem das Deutsche Reich bestimmen kann, daß von der Erfindung im Interesse des allgemeinen Wohles (gegen Entschädigung) Lizenzen gegeben werden müssen.

Der Patentierte hat Rechte — er hat auch gewisse *Lasten*: er hat eine progressive Patentsteuer zu entrichten, und zwar gilt dies mit der Besonderheit, daß, wenn er sie nicht rechtzeitig oder innerhalb einer Nachfrist zahlt, das Patent erlischt. Er hat ferner die Pflicht, das Patent im Inlande in einer der Bedeutung des Patents und den Verhältnissen des Inlandes entsprechenden Weise zur *Ausführung* zu bringen, ansonst es auf Klage hin durch Entscheidung des Patentamts oder durch Urteil des Reichsgerichts (an das die Berufung geht) für verwirkt erklärt werden kann: dann erlischt das Patent mit der Rechtskraft des Verwirkungsurteils. Dies kann aber erst nach drei Jahren geschehen, nachdem das Patent erteilt und bekannt gemacht worden ist.

§ 48. Das *Gebrauchsmuster* unterscheidet sich von der Erfindung dadurch, daß es nicht durch eine Anordnung von Naturkräften, sondern einfach durch Raumverteilung wirkt, wobei aber allerdings neben der Raumverteilung 1. die Schwerkraft und 2. der Stoff bedeutsam ist; weshalb nicht nur ein in der Raumverteilung liegender Vorteil, sondern auch ein Vorteil, der in der Verbindung von Raum und Stoff besteht, mit in Betracht kommen muß: denn nicht der Raum an sich, sondern der mit Stoffen

ausgefüllte Raum ist der Rechtsordnung unterstellt; es wäre gegen den Sinn der Sache, wenn etwa bei dem Schutze eines musikalischen Instrumentes der Stoff, ob Metall, ob Holz, ob Saite, außer Betracht bliebe, oder wenn z. B. bei einer Anordnung von Schienen das mit der Gestalt in Verbindung stehende Material nicht in den Schutz aufgenommen werden könnte. Im übrigen kommt es nicht darauf an, ob eine einfache oder eine verwickelte Maschinerie vorliegt, denn auch bei einer verwickelten Einrichtung kann die Eigenart der Form den Schutz erlangen. Allerdings muß man dabei folgendes in Betracht ziehen: der Gebrauchsschutz kann nicht mehr leisten, als er naturgemäß zu leisten vermag: er kann nicht eine Naturkräftekombination schützen, und wenn bei einer Maschinerie bloßer Gebrauchsschutz verlangt worden ist, so kann nur der Schutz für die spezielle Form erreicht werden, nicht auch für die Naturkräfte-Idee, zu deren Bewältigung die Form bestimmt ist. Wenn beispielsweise eine Dampfmaschine, bei der die Einlassung des Dampfes und die Dampfwirkung nach verschiedenen Seiten hin in Betracht kommt, in einer dieser Idee entsprechenden Weise konstruiert ist, so ist es für den Erfinder im höchsten Grade ratsam, den Patentschutz zu erwerben; dann ist er in seiner Idee voll geschützt bezüglich aller Verwirklichungsformen. Nimmt er nur den Musterschutz, so ist er zwar nicht schutzlos, aber er hat den Schutz nur für die spezielle Form, und wenn jemand eine andere Form bildet, um dieselbe Naturkräfte-Idee zu verwirklichen, so kann er diesem nichts anhaben. Das muß um so mehr hervorgehoben werden, als vielfach die Neigung besteht, sich statt des Patentschutzes des wohlfeileren und bequemeren Musterschutzes zu bedienen: die Folgen kommen häufig hintennach; diese hat der Anmeldende sich selbst zuzuschreiben: habeat sibi. Anderseits kann der Musterschutz auch weiter gehen; denn während beim Patentschutz die Form nur als Verwirklichungsmittel des Naturkräftegedankens gilt, so hat sie beim Musterschutz eine selbständige Bedeutung: sie ist geschützt für alle Zwecke, die man mit dieser Form erreichen will, und für alle Darstellungen, in die man diese Form zu bringen vermag. Es ist daher mitunter sehr ratsam, Muster- und Patentschutz miteinander zu verbinden, da jeder seinen eigentümlichen Vorteil hat.

Eine Herstellungsmethode kann nicht Gegenstand des Gebrauchsmusters sein, sondern nur eine Sachgestaltung; als solche kann aber nicht eine bloß kraft Schlußfolgerung zu erkennende Atomlagerung, sondern nur eine sinnfällige Gestaltung in Betracht kommen, wozu aber auch die Anordnung einer Schraube, eines Scharniers und überhaupt die Art der Zusammenfügung (Zusammenleimung, Zusammenlötung, elektrische Anschließung) gehören kann.

Auch das Gebrauchsmuster muß menschlichen Zwecken dienen, und dies kann auch hier mittelbar und unmittelbar geschehen, z. B. kann das Scharnier eines orthopädischen Apparates, die Gestaltung der Bolzen für die Geige zweifelsohne auf solche Weise geschützt werden.

Leider ist die Regelung des Musterschutzes durch unser Gesetz vom 1. Juni 1891 im höchsten Grade verfehlt. Das Gesetz hat das reine Anmeldesystem: eine Vorprüfung findet nicht statt; die Folge ist, daß die größte Menge von Dingen eingetragen wird und schließlich die Eintragung überhaupt für das Publikum fast bedeutungslos ist, denn niemand weiß, was gilt und was nicht.

Ist übrigens etwas eingetragen, was nicht geschützt werden kann, weil es entweder an einer Gebrauchsmusteridee fehlt, oder weil diese nicht neu ist, dann kann eine Nichtigkeitsklage erhoben werden; diese geht aber nicht an das Patentamt, sondern an die bürgerlichen Gerichte. Auch das ist eine wenig empfehlenswerte Einrichtung, denn eine mit Technikern mitausgestattete Behörde ist hier viel ratsamer. Im übrigen wird die Neuheitsfrage ganz ähnlich behandelt wie beim Patentschutz; dagegen fehlen Bestimmungen über Vorbenutzung und Enteignung: indessen wird man zweifellos diese zwei Institute aus dem Patentrechte herübernehmen und rechtsähnlich anwenden müssen; denn es handelt sich hier durchaus nicht um eigenartige Dinge, sondern um Rechtseinrichtungen, die sich aus der Sachlage von selber ergeben.

Die Dauer des Gebrauchsmusterschutzes ist eine verhältnismäßig kurze: sie beträgt drei Jahre mit der Möglichkeit einer Verlängerung auf weitere drei Jahre. Die Gebühr ist recht gering, 15 Mk. und bei der Verlängerung 60 Mk. Eine progressive Steuer besteht nicht.

3. Rechte an Gütern des produktiven und konsumtiven Verkehrs (Gewerbemonopole).

§ 49. Dem Immaterialrecht steht das Gewerberecht als ausschließliches Gewerberecht, das Gewerbemonopol, sehr nahe. Dieses ist ebenfalls ein Recht an einem immateriellen Gut, aber nicht an einer Idee, sondern an den wirtschaftlichen Kräften eines bestimmten Kreises, und zwar kann dieses Recht entweder ein Alleinrecht an den Produktiv- oder an den Konsumtivkräften eines bestimmten Kreises enthalten; beides entweder im allgemeinen oder besondern.

Ein solches Alleinrecht an den Produktivkräften nennt man Monopol und, wenn es dem Staat oder Fürsten zusteht, Regal. Die Regalien haben sich aus dem Fürstenrecht entwickelt, indem es als selbstverständliche Folge des absoluten Königtums angesehen wurde, sich solche Regalien zu schaffen, solche Regalien an andere zu übertragen oder auch unmittelbar Monopole für andere zu bilden. Zeugnisse dieser Idee finden wir in allen Ländern, vor allem auch im deutschen Recht, und von besonderer Wichtigkeit für die spätere Entwicklung war das Regalgesetz Friedrichs I. auf den ronkalischen Feldern von 1158, aufgenommen in das Lehensrechtsbuch, 2 Feud. 56, und seine Bestätigung für die Kurfürsten in der Goldenen Bulle, c. 9. In gleicher Weise finden wir die Monopole in England und Frankreich. Daraus hat sich geschichtlich das Erfinder- und Urheberrecht entwickelt: die Monopolidee war eine notwendige Zwischenstufe, welche der Immaterialrechtsidee vorhergegangen ist; unsere Erfinder- und Urheberrechte sind etwas anderes als Regalien oder als Monopole, sie haben sich aber aus der Monopolidee herausgerungen (S. 630). Abgesehen davon sind Regalien und Monopole heutzutage nur spärlich vertreten. Die gewerblichen Monopole sind, soweit der Bereich der Gewerbe-O. reicht, durch die Gewerbe-O. aufgehoben, und an Stelle dessen ist das Recht der Gewerbefreiheit getreten. Etwas Besonderes ist noch das Marktmonopol des § 64 Gew.-O., welches indes nicht ein Einzelrecht, sondern die Folgerung aus einer den Nichteinheimischen ausschließenden Verwaltungsvorschrift ist[1]. Etwas Besonderes gilt auch im Versicherungswesen; nach § 120 des Privatversicherungsgesetzes vom 12. Mai 1901 ist es den Landesgesetzen gestattet, Regalien zu begründen, d. h. zu bestimmen, daß gewisse Arten von Versicherungsgeschäften nur durch den Staat oder staatliche Anstalten betrieben werden dürfen. Die Landesgesetze haben dies vielfach getan, insbesondere was die Gebäudefeuerversicherung betrifft, welche z. B. in Baden bis in die neuere Zeit zu vier Fünfteln von Staats wegen erfolgte, jetzt durch neueres Gesetz auch im letzten Fünftel verstaatlicht ist.

Rechte an den konsumtiven Kräften sind die Zwangs- und Bannrechte: hierdurch ist der Kundschaftskreis eines bestimmten Bezirks einem Gewerbetreibenden überantwortet; in solchem Falle dürfen die Haushaltungen nur bei ihm keltern und backen und Wein, Bier, Fleisch, Brot beziehen; dagegen wäre es einem anderen gestattet, auf dem nämlichen Gebiete zu produzieren, sofern er nur für die Ausfuhr und nicht für die inländische Kundschaft produziert. Diese sogen. Zwangs- und Bannrechte haben sich aus dem Gemeinderecht und aus dem Hofrecht entwickelt, indem Gemeinden oder Höfe Anstalten zum Vorteil aller Genossen trafen, z. B. Keltern oder Backöfen errichteten, dann aber auch verlangten, daß sich die Genossen gegen Gegenleistung ausschließlich dieser gewerblichen Gelegenheiten bedienten. Auch diese Zwangs- und Bannrechte sind meist aufgehoben: die Gewerbe-O. hat sie entweder ohne weiteres vernichtet oder für ablösbar erklärt.

---

[1] Über Entschädigung für beschränktes Marktrecht s. § 65 Gew.-O.

C. Schuldverhältnisse.

I. Allgemeiner Teil.

1. Grundgedanken (Individualismus, Sozialpolitik, ethische Mächte).

§ 50. Im Schuldrecht folgt die deutsche Gesetzgebung vollständig dem neuzeitlichen System. Alle Erinnerungen an die ehemalige Geiselschaft des Schuldners, wonach dieser mit Leib, Leben, Ehre und Seelenheil haftete, sind dahin, und auch ein Personalarrest des Schuldners findet nur zu negativem Zwecke statt, um ihn zu verhindern, die vollstreckende Tätigkeit der Gläubiger zu durchkreuzen (§ 918 C.P.O.). Das Schuldverhältnis ist daher eine Verpflichtung und eine reine Verpflichtung, bei deren Nichterfüllung allerdings die öffentliche Gewalt sich auf Person und Vermögen legt: sie sucht ihn zu zwingen, das zu tun, auf was die Obligation geht. Allerdings kann noch die Person angegriffen werden, aber nicht, um aus ihr einen Wertbetrag herauszuziehen, sondern um sie zu einem Handeln oder Unterlassen zu zwingen; bei einem Handeln gilt dies aber nur dann, wenn das Handeln nicht als Arbeit, sondern als müheloses Handeln aufzufassen ist, denn die Arbeit soll nicht durch Rechtszwang abgepreßt werden (§ 888 C.P.O.).

§ 51. Gewöhnlich ist es einem jeden gestattet, Verträge abzuschließen oder nicht. Doch kann jemandem die Verpflichtung obliegen, einen Vertrag einzugehen kraft eines früheren Vertrages, in welchem er sich hierzu anheischig gemacht hat. Der Vertrag, welcher auf solche Weise zu weiterem Vertrag verpflichtet, heißt Vorvertrag.

Außerdem kann aber jemand auch allgemein gehalten sein, Verträge abzuschließen, in der Art, daß, wenn er es nicht tut, er nicht nur dazu gezwungen, sondern auch wegen Verweigerung für schadenersatzpflichtig erklärt werden kann. Das ist der Fall des sogenannten Kontrahierungszwanges. Wo immer Anstalten gegründet werden, unter ausdrücklicher oder stillschweigender staatlicher Zustimmung, um gewisse Bedürfnisse des Publikums in einem bestimmten Kreise zu befriedigen, und wo dann für alle Beziehenden aus dem Publikum bestimmte gleichmäßige Preise festgesetzt werden, wird man anzunehmen haben, daß nicht nur keiner der Leistungsverlangenden hinter dem anderen benachteiligt, sondern überhaupt keiner zurückgewiesen werden darf, wenigstens nicht, solange er sich den allgemeinen Bedingungen fügt, und solange die Einrichtungen der Anstalt ausreichen, um der Nachfrage zu entsprechen. Das gilt insbesondere von den Transportanstalten, welche speziell für die Beförderung des Publikums begründet sind, also den Omnibussen, Eisenbahnen, Pferdebahnen; es gilt auch von solchen Anstalten, von welchen aus der öffentliche Bedarf des Publikums nach gewissen Richtungen gedeckt wird, und zwar insbesondere dann, wenn nach den Umständen des Falles überhaupt nur eine oder die andere Anstalt zu diesem Zwecke vorhanden ist, oder wenn eine solche Anstalt von Staat oder Gemeinde besondere Befugnis erlangt, eben weil sie dem Wohl des Publikums dient: diesen Befugnissen müssen die Pflichten entsprechen. Hierher gehört z. B. eine Gasanstalt, eine elektrische Anstalt und Ähnliches. Auch Theater- und Konzertunternehmungen, sofern sie sich an die Öffentlichkeit und nicht etwa an eingeladene Gäste richten, sind hierher zu zählen.

§ 52. Sonst ist im Schuldrecht das große Prinzip der Individualisation der Menschen siegreich durchgeführt. Großenteils entspringen die Schuldverhältnisse dem menschlichen Verkehr, und der menschliche Verkehr ist frei. Sie entstehen im Verkehr aus

Rechtsgeschäften, vor allem aus Verträgen, und das Wesentliche des Vertrags im Schuldrecht liegt darin, daß eine Übereinstimmung beider Teile vorliegt über ein zwischen ihnen zu begründendes Schuldverhältnis. Auf diese Weise wird vieles in die Willkür der Parteien gestellt: der Schuldner bindet sich, der Gläubiger nimmt die Bindung an. Daß auf solche Weise beide Teile mitwirken müssen, ist begreiflich, denn die Annahme des Gläubigers zeigt auch hier, daß zu allen Zeiten die Persönlichkeit das höchste der Erdengüter ist.

Allerdings ist der Vertrag nicht der einzige Schuldgrund, der hier in Betracht kommt. Unter Umständen können Schulden auch durch einseitige Erklärung des Schuldners geschaffen werden (Kreationen), deren hauptsächliche Anwendung in den Inhaber- und Orderpapieren liegt. Es gibt aber auch Fälle, wo es, sobald ein Vertragsverhältnis besteht, dem einen Vertragsgenossen gestattet ist, durch einseitige Bestimmung in das Verhältnis einzuwirken. Die am meisten durchgearbeitete Form hat dieser Gedanke in den Arbeitsordnungen gefunden. Ebenso muß es aber auch einer Theater- oder Konzertverwaltung gestattet sein, für die Art der Benutzung des Institutes durch das Publikum gewisse Bestimmungen zu treffen (z. B. in Bezug auf die Garderobe und ihre Abgabe); noch mehr hat eine solche Verwaltung die Befugnis, Bestimmungen für die aufführenden Mitglieder insoweit zu treffen, als ein gesicherter Betrieb eine bestimmte Regelung der Arbeitsweise erheischt.

Von den Arbeitsordnungen ist noch unten (S. 640 f. 700) zu sprechen.

Im übrigen ist bezüglich der Form und des Inhalts der Verträge fast alles freigegeben. Weder Form noch Schablone hat das moderne Recht aufrecht erhalten, und die Fälle, in denen schriftliche oder gar notarielle Abfassungen erforderlich sind, bilden seltene Ausnahmen. Schriftliche Abfassung ist beispielsweise erforderlich[1], wenn ein Mietverhältnis über ein Jahr bindend abgeschlossen werden soll (§ 566 B.G.B.). Schriftliche Abfassungen sind im Gewerberecht vorgeschrieben, so für den Lehrvertrag, zwar nicht bei Nichtigkeit, wohl aber bei Geldstrafe und sonstigen Nachteilen (§§ 126 b, 150 Z. 4, 127 d, 127 f Gew.O. und § 79 H.G.B.). In einigen Fällen muß mindestens der Schuldner seine Erklärung schriftlich abgeben, so im Falle der (Nichthandels-)Bürgschaft (§ 766 B.G.B., aber auch § 350 H.G.B.), des Schuldversprechens und der Schuldanerkennung (§§ 780, 781 B.G.B., aber auch § 350 H.G.B.); beim Schenkungsversprechen muß der Schenker seine Erklärung notariell zum Ausdruck bringen (§ 518 B.G.B.).

Eine besondere Bestimmung, allerdings sehr anfechtbarer Art, enthält der § 313 bezüglich der Verträge, welche jemanden zur Grundstücksübereignung verpflichten. Das Versprechen einer solchen Eigentumsübertragung, ja, nicht nur das Versprechen, sondern der ganze Schuldvertrag, also Versprechen und Annahme, muß gerichtlich oder notariell erfolgen. Die Bestimmung paßt nur als Fürsorge für die Landbevölkerung, denn im übrigen liegt durchaus kein genügender Grund vor, den Unterschied zwischen beweglichem und unbeweglichem Vermögen noch in dieser Weise hervortreten zu lassen. Auch kann die Bestimmung im Leben wenigstens tatsächlich dadurch umgangen werden, daß man einem anderen eine formlose Vollmacht zum Vertragsabschluß gibt, der dann einen solchen Vertrag notariell oder gerichtlich abschließt: zwar kann die Vollmacht widerrufen werden, aber dies hat doch tatsächlich einige Schwierigkeiten, zumal in den Verhältnissen, welche durch eine solche Bestimmung gesichert werden sollen; die Vollmacht aber bedarf der Form des Geschäfts nicht (§ 167 B.G.B.). Wollte man allerdings die Sache dadurch juristisch befestigen, daß man für den Widerruf der Vollmacht eine Vertragsstrafe festsetzte oder sich für den Fall des Widerrufs den Ersatz des Schadens versprechen ließe, der aus dem Widerruf und damit aus der Nichtvertragsschließung hervorginge, dann wäre diese Vereinbarung nichtig; denn wenn der Vertrag nichtig ist, ist es auch nichtig,

[1] Die schriftliche Abfassung (§ 126 B.G.B.) verlangt Unterzeichnung unter den fertigen Vertrag: mit Recht nimmt man an, daß es genügt, wenn der Vertreter mit dem Namen des Vertretenen unterzeichnet. So auch O.L.G. Breslau 25. April 1901 Mugdau II S. 389, O.L.G. Königsberg 8. November 1901 ebenda IV S. 209 und R.G. 21. Dezember 1901 Entsch. 50 S. 51.

Schadensersatz für die Nichtvollziehung zu versprechen, oder diesen Schadensersatz in eine Vertragstrafe zu kleiden; vgl. R.G. 5. Februar 1902 Entsch. 50 S. 168[1].

Ist auf solche Weise der Wille mächtig, so ist er doch nicht allmächtig, und es ist eine große Aufgabe, die der neuzeitliche Gesetzgeber mit Ernst erfaßt hat, die *Schwachen* in ihren Schuldverträgen gegen die Übermacht der besser Situierten zu schützen. Es sind dies die sog. sozialen Bestimmungen des B.G.B. und der das Gesetzbuch ergänzenden Gew.O. Nicht nur ist der Begriff des unsittlichen Vertrages weiter ausgedehnt, als es bisher der Fall war, nicht nur wird der Wucher mit der Ungültigkeit des Geschäfts bestraft (§ 138 B.G.B.), sondern in einer Reihe von Fällen werden *Vertragsbestimmungen*, die das Gesetz als dem Interesse einer Bevölkerungsklasse widersprechend erkennt, als *unwirksam* erklärt. Schon von alters her galt die Bestimmung, daß ein Dienstvertrag nicht auf Lebenszeit abgeschlossen werden darf; bereits oben wurde hervorgehoben, daß, wenn fünf Jahre umlaufen sind, jedenfalls ein Kündigungsrecht besteht (§ 624 B.G.B.). Sozial ist ferner die vorzügliche, dem gemeinen Recht widerstrebende Bestimmung, daß das Mietverhältnis bezüglich eines Menschenwohnraums wegen Gesundheitsgefährdung gekündigt werden kann, auch wenn die Beschaffenheit der Wohnung beim Abschluß bekannt war: der Mieter hat nicht das Recht, seine und der Seinigen Gesundheit durch vertragsmäßige Bindung preiszugeben (§ 544 B.G.B.)[2]. Die Verträge über das Verbot der Konkurrenz sind leider im B.G.B. nicht weiter geregelt und im H.G.B. und in der Gew.O. nur für den Fall der Handels- und Gewerbegehilfen, für diesen Fall aber in entsprechender Weise. Namentlich aber hat der Dienstvertrag neue und wichtige Bestimmungen angenommen; dem römischen Rechte galt er als etwas Nebensächliches, heutzutage ist er der allerwichtigste, denn er vermittelt die sog. arbeitende mit der besitzenden Klasse, und seine richtige Gestaltung ist für die Versöhnung der sozialen Gegensätze von dem allergrößten Interesse. Eine der ersten Bestimmungen des neuzeitlichen Rechts ist, daß der Dienstherr die Verpflichtung hat, dafür zu sorgen, daß der Dienstleistende in seinem Dienste eine möglichst sichere und menschenwürdige Stellung hat. Dies gilt nach verschiedener Richtung hin: 1. Wenn die Arbeit gewisse Gefahren in sich birgt, wie namentlich die Maschinenarbeit, so ist er verpflichtet, diejenigen Vorkehrungen zu treffen, wodurch die Gefahren möglichst beseitigt werden, möglichst, d. h. soweit der industrielle Charakter der Unternehmung es erlaubt. Daher enthält die Gew.O. eine Reihe von Bestimmungen, und so auch die sich daran anschließenden Bundesratsverordnungen (§§ 120a und ff. Gew.O., Bundesratsverordn. v. 2. Februar 1897 [Alkalichromate], 31. Juli 1897 [Buchdruckereien], 11. Mai 1898 [Akkumulatoren], 28. Januar 1899 [Bürstenbinder], 6. Februar 1900 und 5. Juli 1901 [Zinkhütten] u. s. w.; vgl. auch § 618 B.G.B., § 62 H.G.B. und § 139h Gew.O.). Auch die Berufsgenossenschaften können mit Genehmigung des Reichsversicherungsamtes in diesen Beziehungen Vorschriften geben (§§ 112 f. Gew.Unf.Vers.Ges. und entsprechend das Land-, Bau-, See-Unf.Vers.Ges.).

2. Wenn mehrere Dienstleistende zusammen arbeiten, so sind die Maßregeln zu treffen, welche nötig sind, um, neben der Gesundheit, auch Anstand und Sittlichkeit zu erhalten (§ 120b Gew.O. u. a.).

3. Soweit der Dienstleistende auch außerhalb des eigentlichen Dienstes in Räumlichkeiten des Dienstherrn zu verkehren hat, ist dafür Sorge zu tragen, daß alles so geordnet ist, wie es Sittlichkeit und Gesundheit erheischen. Insbesondere gilt dies dann, wenn der Dienstleistende mit dem Dienstherrn in häuslicher Gemeinschaft steht. Hier muß der altdeutsche Grundsatz, daß der Dienstleistende mit an der Familienfürsorge teilnimmt, Platz greifen (§§ 617 B.G.B., 62 H.G.B.).

---

[1] Im übrigen geht aus § 313 hervor, daß die notarielle Fassung nicht nur für den Hauptvertrag nötig ist, sondern eine Voraussetzung der Gültigkeit für alle Nebenvereinbarungen bildet; vgl. O.L.G. Dresden 3. Januar 1902, Königsberg 8. Februar 1902 *Mugdan* IV S. 207. 208.

[2] Doch darf dies nicht insoweit ausgedehnt werden, daß der Mieter auch dann (ohne Entschädigung) kündigen dürfte, wenn er selbst durch sein Verschulden den ungesunden Zustand herbeigeführt hat (O.L.G. Hamburg 18. März 1901 *Mugdan* II S. 382): in diesem Fall kann er kündigen, er hat aber zu entschädigen.

4. Auch die Bestimmungen über die Lohnzahlung, das Verbot des sog. Truck-systems (§§ 115 ff. Gew.O., wovon noch S. 669 zu sprechen ist), das Verbot der Aufrechnung gegen die Lohnforderung (§ 394 B.G.B.)[1], die beschränkenden Bestimmungen über Kündigung (§§ 122, 133 aa und ff. Gew.O., §§ 61 ff. H.G.B.) sind sozialer Art, sozialer Art aber insbesondere auch die (etwas verwickelten) Satzungen des Gewerberechts über die Sonntagsruhe der gewerblichen Arbeiter (§§ 105 a und ff. Gew.O.).

5. Besonderes gilt es für den Fall einer Vielheit von Arbeitern auch in der Art, daß gewisse Arbeitsbedingungen gleich sein müssen; darum die Verpflichtung, Arbeitsordnungen zu erlassen, wovon alsbald zu handeln ist.

6. Schützende Bestimmungen kommen in unserem heutigen Gewerberecht vor allem bezüglich der Arbeit der Minderjährigen und der Frauen vor. In dieser Beziehung konnte man das freie Vertragsrecht nicht walten lassen, denn auf der einen Seite wäre bei der Billigkeit dieser Arbeitsmittel oft eine rücksichtslose Ausbeutung erstrebt worden, und auf der anderen Seite hätten die Arbeiterfamilien in ihren oft bedrängten Zuständen und bei der häufigen Mißachtung ihrer schwächeren Mitglieder diesen Bestrebungen keinen gehörigen Widerstand geleistet. Es ist aber Aufgabe des Staates, dafür zu sorgen, daß nicht eine ganze Menschenschicht verkommt oder gesundheitlich verkümmert. Daher schon von früher her eine Reihe von Bestimmungen, wonach entweder Kinder gar nicht zugelassen werden oder nur bedingt und unter bestimmten Vorsichtsmaßnahmen; vgl. namentlich § 135 (154) Gew.O., wonach Kinder unter dreizehn Jahren in Fabriken ganz ausgeschlossen sind, Kinder über dreizehn Jahre nur insofern beschäftigt werden dürfen, als sie nicht mehr volksschulpflichtig sind, und überhaupt Kinder unter vierzehn Jahren nicht länger als sechs Stunden und Personen zwischen vierzehn und sechzehn Jahren nicht länger als 10 Stunden täglich. Neuerdings erging über die Kinderarbeit im gewerblichen Betriebe ein eigenes Reichsgesetz vom 30. März 1903. Auch bezüglich der Frauenarbeit sind Vorkehrungen getroffen, und Wöchnerinnen dürfen während der vier Wochen nach ihrer Niederkunft überhaupt nicht und zwei Wochen darauf nur bedingt in Beschäftigung genommen werden[2].

§ 53. Die sog. Arbeitsordnungen im Falle von Massendienstleistungen sind eine Schöpfung der Neuzeit und gehen auf folgenden Gedanken zurück: Während sonst das Dienstverhältnis des Arbeitsherrn zu jedem einzelnen ein besonderes ist, so daß für jeden einzelnen getrennte Bestimmungen gelten, die nur zufällig für alle materiell gleich sein können, so wird es hier als Ungerechtigkeit empfunden, wenn die Dienstleistenden nach verschiedenen Maßen gemessen werden; darum soll für alle eine gemeinsame Ordnung bestehen, so namentlich über die tägliche Arbeitszeit, über Abrechnung, Lohnzahlung, über Kündigung und sodann über die Art und Weise, wie die Disziplin durch Strafen und Lohnabzüge gewahrt wird. Die gemeinsame Arbeitsordnung löst die Sonderung auf, die sonst unter den Arbeitern herrscht, und vereinigt sie zu einem genossenschaftlichen Ganzen. Alle Arbeiter wissen sich in Vorteil und Nachteil, in Rechten und Pflichten „solidar", sie wissen sich als eine gemeinsam berechtigte Einheit. Solches fördert unter ihnen den treuen gewerblichen Sinn; und dies um so mehr, wenn die Arbeiter über diese Ordnung gehört werden, oder wenn sie einen Arbeitsausschuß ernennen, der die Interessen der einzelnen vertritt.

Arbeitsordnungen in unserem Sinne hat es in England in den großen Betrieben der Baumwollspinnerei schon in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts gegeben[3], und

---

[1] Dieses Verbot wird ergänzt durch § 115 Gew.O. und erfaßt auch den Aufrechnungsvertrag; vgl. darüber ausführlich Lotmar, Arbeitsvertrag S. 401 f.

[2] Vorbildlich war in der Arbeiterschutzgesetzgebung vor allem England, bedeutsam namentlich die Factory and Workshop Act vom 27. Mai 1878 (41. 42 Vict. c. 16), der sich spätere Gesetze anreihten. In der Schweiz besteht hauptsächlich ein Bundesgesetz von 1877, in den Vereinigten Staaten viele Gesetze der Einzelstaaten. In Holland wurde eben ein neuer Entwurf, De nieuwe arbeidswet, herausgegeben. Die Beaufsichtigung des Arbeiterschutzes (namentlich § 139 b Gew.O.) gehört dem öffentlichen Rechte an und ist hier nicht weiter zu behandeln.

[3] Vgl. namentlich Köhne, Arbeitsordnungen im deutschen Gewerberecht (1901) S. 8 f., 16 f., 30 f.

wahrscheinlich kommt dem großen Erfinder Arkwright auch in dieser Beziehung, wenn nicht die Erfindung, so doch eine große Initiative zu. Auf dem Kontinent ist es insbesondere Bluntschli gewesen, der in Zürich für eine derartige Gestaltung des Arbeitsrechts eingetreten ist: auf Grund seiner Bestrebungen erging ein Züricher Kantonalgesetz vom 24. Oktober 1859 in dem Sinne, daß jeder Fabrikbesitzer allgemeine Vorschriften erlassen könne bezw. erlassen solle. Dem folgten ein Schweizer Bundesgesetz vom 23. März 1877, ein russisches Gesetz vom 3. Juni 1886 und sodann unser Arbeitsschutzgesetz vom 1. Juli 1891, welches in Gestalt von Abänderungen der Gew.O. die Materie regelte; und diesem deutschen Gesetze sind andere Gesetze, wie in Belgien und Norwegen, nachgefolgt. Auf die Bergwerksindustrie hat man landesgesetzlich ähnliche Bestimmungen in Anwendung gebracht.

Die deutsche Gew.O. verlangt Arbeitsordnungen für Fabriken, in denen regelmäßig mindestens zwanzig Arbeiter beschäftigt werden, für offene Verkaufsstellen, in denen regelmäßig mindestens zwanzig Gehilfen und Lehrlinge tätig sind, und endlich für Hüttenwerke, Zimmerplätze, Bauhöfe, Werften, Ziegeleien und dgl., auch hier, sofern mindestens zwanzig Arbeiter zusammen arbeiten (vgl. Gew.O. §§ 134a, 139k und 154).

Unter Arbeitsordnung versteht man eine einseitige Ordnung des Geschäftsherrn, worin zur Regelung des Betriebs der Arbeit und der damit verbundenen Beziehungen für die sämtlichen Arbeiter einheitliche Bestimmungen getroffen werden. Von wesentlicher Bedeutung ist, daß in ihr auch Strafen festgesetzt werden können, ebenso die Verwirkung von Lohnbeträgen. Derartige Arbeitsordnungen sind der Verwaltungsbehörde vorzulegen, die zu prüfen hat, ob die gesetzlichen Bestimmungen erfüllt sind, wobei die etwaigen Bedenken mitgeteilt werden, welche die großjährigen Fabrikarbeiter dagegen äußerten: diesen ist der Entwurf vorher mitzuteilen. Die Arbeitsordnung wird ausgehangen und tritt frühestens zwei Wochen nach dem Aushang in Geltung (Gew.O. § 134a ff.).

Über ihren Charakter sind verschiedene Ansichten geltend gemacht worden; manche wollen darin eine Art von autonomem Gesetzgebungsrecht erblicken, andere bloß einen Vertragsantrag, der dadurch angenommen werde, daß der Arbeiter auf Grund dessen in Arbeit trete. Diese beiden Ansichten sind unrichtig. Weder hat der Arbeitsherr eine Gesetzgebungsmacht, noch kann die Arbeitsordnung zersplittert werden in eine Reihe von Vertragsabreden, welche sämtlich nach der Schablone der Arbeitsordnung abgeschlossen wären. Auf solche Weise käme das genossenschaftliche Moment, daß die Arbeitsordnung unbedingt für alle zu gelten hat, nicht zur Geltung, noch weniger das Moment, daß der Arbeitsherr berechtigt ist, die Arbeitsordnung beliebig zu ändern, wobei allerdings die Änderung wiederum erst in vierzehn Tagen in Kraft tritt. Allerdings haben die Arbeiter regelmäßig ein vierzehntägiges Kündigungsrecht; sie können sich auf solche Weise einer Arbeitsordnung, die ihnen nicht gefällt, und damit einer Änderung des Vertragsverhältnisses (sofern die Arbeitsordnung solche zur Folge hat) entziehen. Allein, dies gilt nur, wenn nichts anderes ausgemacht ist, und wir müßten daher vom Vertragsstandpunkte annehmen, daß, wenn eine längere Dauer des Arbeitsverhältnisses festgesetzt ist, die Arbeitsordnung die bisherigen, auf längere Zeit bestehenden, Arbeitsverhältnisse nicht berührt. Das wäre unrichtig und würde dem ganzen Gedanken der Arbeitsordnung mit ihrer Gleichstellung sämtlicher Arbeiter widersprechen. Allerdings werden die Arbeiter in einem solchen Falle ein Kündigungsrecht aus „wichtigen Gründen" haben (§ 124a, 134 Gew.O.), allein einerseits ist auch dieses Kündigungsrecht an gewisse Schranken gebunden, und anderseits steht trotz dieses Kündigungsrechts eine einseitige Änderung nicht mit den bisherigen Vertragsbestimmungen im Einklang; denn nach den Grundsätzen des Vertragsrechts wäre der Fabrikherr eben in solchem Falle einfach an die bisherigen Bestimmungen gebunden, und die Arbeitsordnung würde für diese älteren Arbeiter nicht gelten; dies aber widerspräche dem Gesetze. Dazu kommt, daß der Fabrikherr, und nur er, dafür verantwortlich ist, daß Arbeitsordnungen in richtiger Weise gemacht werden, und dafür mit Geldstrafen geahndet werden kann (vgl. §§ 147 Z. 5, 148 Z. 15, 149 Z. 7, 150 Z. 5 Gew.O.).

Vielmehr ist die Arbeitsordnung eine einseitige, privatrechtliche Erklärung, welche Rechte und Pflichten begründet, und zwar ohne Rücksicht auf irgend welche Annahme von anderer Seite; sie ist also keine Offerte, sondern eine einseitige Rechtshandlung; weshalb beispielsweise der Arbeiter auch dann gebunden ist, wenn er von der Arbeitsordnung gar keine Ahnung hatte, oder wenn er nicht wußte, daß die Arbeitsordnung verändert wurde. Anderseits wirkt die Arbeitsordnung ohne Rücksicht auf die festgesetzten Verträge; denn die Verträge gelten vorbehaltlich der gegenwärtigen oder künftigen Arbeitsordnungen.

Daraus geht hervor: das Rechtsverhältnis ist so gestaltet, daß es dem einen Teil, hier dem Geschäftsherrn, innerhalb gewisser Schranken die Befugnis gibt, eine Ordnung zu schaffen, welche Rechte und Pflichten begründet.

So erklären sich auch die in der Arbeitsordnung festgesetzten Strafen: sie sind keine Vertragsstrafen, sie sind Strafen, die durch einseitige Erklärung festgesetzt werden. Sie enthalten nicht, wie die Vertragsstrafen, eine festgestellte Entschädigung, sondern sind wirkliche Schmerzstrafen zum Zwecke der Aufrechterhaltung der Disziplin, und die Berechtigung dazu, solche Disziplinarstrafen festzustellen, liegt in dem Privatrechtsverhältnis, welches eine gewisse Disziplin verlangt und darum auch die Mittel, diese Disziplin durchzuführen.

Die Meinung, als ob hier eine öffentlich-rechtliche Anordnung vorliege, beruht auf der irrigen Anschauung, als ob nicht auch in Privatrechtsverhältnissen dem einen der beiden Teile die Befugnis zur einseitigen Feststellung von Rechten und Pflichten übertragen werden könne. Das ist aber der Fall; andere Rechtsverhältnisse, insbesondere das Theaterrecht, bieten weitere Beispiele, wie dies bereits oben (S. 638) bemerkt worden ist. Vgl. auch S. 700.

§ 54. Die Freiheit des rechtsgeschäftlichen Verkehrs erleidet eine naturgemäße Beschränkung in der Art, daß Rechtsgeschäfte keine Wirkung haben dürfen, ja, überhaupt vom Recht nicht anerkannt werden können, welche gegen ein *gesetzliches Verbot* verstoßen; aber das Recht geht noch weiter: unzulässig sind ferner die Geschäfte, die gegen die *guten Sitten* verstoßen. Das ist ein Fundamentalsatz des Rechtes; denn wenn keine Rechtsordnung es zulassen kann, daß der rechtsgeschäftliche Verkehr die Rechtsordnung untergräbt, so kann sie auch nicht zulassen, daß das Recht benutzt wird, um die guten Sitten zu untergraben.

Rechtsgeschäfte gegen das Gesetz sind *nichtig*, wenn sie direkt gegen ein *gesetzliches Verbot* verstoßen. Dieser Grundsatz gilt als Regel[1]. Fälle, wo das Gesetz eine sog. Lex minus quam perfecta ist, wo also das Verbot nur mittelbar durch eine Strafe oder in ähnlicher Weise hervortritt, das Geschäft aber sonst seinen Erfolg hat, sind heutzutage seltene Ausnahmen[2]. Nur muß man hier folgendes berücksichtigen: Ein Geschäft verstößt nicht gegen das gesetzliche Verbot, wenn bei seiner Ausführung irgend etwas Gesetzwidriges stattfindet, sondern nur dann, wenn sein Inhalt gesetzwidrig ist. Es verstößt also beispielsweise nicht gegen ein gesetzliches Verbot, wenn ein Vertrag mit gestohlener Tinte geschrieben oder eine Vereinbarung kraft Hausfriedensbruchs in einer fremden Örtlichkeit stattfindet. Auch das verstößt nicht wider das Verbot, wenn etwa ein Kaufvertrag Sonntags gegen das gesetzliche Verbot abgeschlossen wird, denn alles dies betrifft den *Inhalt des Geschäftes* nicht. Anders wäre es etwa, wenn jemand bei einem Barbier sich ausbedingen wollte, daß er gegen das Verbot der Sonntagsruhe von ihm bedient, oder mit einem Handelshaus, daß ihm gegen das Verbot der Sonntagsruhe auch am Sonntag verkauft werden solle. Ein derartiger Vertrag hätte einen gegen das Gesetz verstoßenden Inhalt.

---

[1] Manchmal wird dies noch besonders ausgesprochen, z. B. in § 180 Invalidenversicherungsgesetz.

[2] Man nimmt es z. B. an bei Lotterieverträgen, die nach § 763 B.G.B., wenn die Lotterie von einem Bundesstaate genehmigt ist, rechtsverbindlich seien, aber doch, falls sie gegen ein Landesgesetz verstoßen, strafbar sein könnten, vgl. R.G. XLVIII S. 175 und Entsch. in Strafsachen XXXIII S. 335. Vgl. aber auch *Theissen* im Arch. f. Strafrecht 49 S. 234. Ein anderer Fall ist der gewerbliche Lehrvertrag, der bei Strafvermeidungen schriftlich gefaßt werden soll, aber auch, wenn bloß mündlich gefaßt, nicht unverbindlich ist (§§ 126b, 127d, 127f, 150 Z. 4a Gew.O.).

Es kann aber ein Vertrag auch gegen das Gesetz mittelbar verstoßen, indem er zum Zweck hat, das Gesetz dadurch zu *umgehen*, daß er auf einem Umwege wirtschaftliche Folgen[1] herbeiführt, die das Gesetz als unerlaubt erklärt. Dies ist das Gebiet der sog. Umgehungsgeschäfte. Nicht selten nämlich ist aus dem gesetzlichen Zusammenhang ein Verbot zu entnehmen, nicht etwa bloß ein bestimmtes Geschäft abzuschließen, sondern ein Verbot, einen bestimmten wirtschaftlichen Erfolg herbeizuführen. Wenn beispielsweise ein Gesetz verbietet, einem bestimmten Verein Vermögen zuzuwenden, so reicht das Verbot so weit, daß es auch nicht statthaft erscheint, einer vorgeschobenen Person Vermögen zu dem Zwecke zuzuwenden, daß sie es dem Verein mitteilt. Oder wenn das Gesetz gewissen Personen verbietet, zu kaufen oder bei Versteigerungen mitzuwirken, so ist es ihnen auch nicht gestattet, durch einen Strohmann zu kaufen. In § 456 des B.G.B. ist dies zum Überfluß ausgesprochen. Natürlich ist es immer eine Frage des einzelnen Falles, wie weit ein Gesetzesverbot reicht. Wenn beispielsweise die Gesetzgebung bestimmt, daß ein Pfand an beweglichen Sachen nur als Faustpfand zulässig sei, so könnte damit gesagt sein, daß eine derartige Bestimmung auch nicht durch Kauf und Wiederverkauf umgangen werden könne. Das Verbot kann aber möglicherweise allein das Pfandrecht betreffen, so daß anderweitige Sicherungsmaßnahmen, welche ohne Übergabe der Sachen stattfinden, den Parteien vorbehalten bleiben. Bei uns ist letzteres anzunehmen, schon darum, weil ein dringliches Bedürfnis dafür spricht; und die Gründe, welche die Gesetzgebung zur Aufhebung der Hypothek an beweglichen Sachen geführt haben, reichen nicht so weit, um auch diesen Fall zu treffen.

Was endlich die *gute Sitte* betrifft, so ist diese nicht etwa identisch mit der Sitte im Sinne der gesellschaftlichen Konvention, sondern es ist Sitte im Sinne der Sittlichkeit gemeint, allerdings mit der Besonderheit, daß eine Verletzung des gesellschaftlichen Anstands dann als Verletzung der Sittlichkeit zu betrachten ist, wenn sie nicht durch höhere Gründe gerechtfertigt wird und somit ein Motiv enthält, die Sittlichkeit zu untergraben. Natürlich kommt bei der Beurteilung der Sittlichkeit die Volksüberzeugung in Betracht, allein nicht die gemeine Volksüberzeugung, sondern die Überzeugung derer, welche in Bezug auf die Sittlichkeit als Führer des Volkes zu betrachten sind. Wenn also beispielsweise auch ein großer Teil des Volkes, etwa zwei Drittel aus ihm, sich kein Gewissen daraus macht, Waren zu schmuggeln, so können wir dies, auch wenn es sich um fremden Zoll handelt, nicht als sittlich betrachten; ebensowenig den Vertrag mit dem Heiratsvermittler, auch wenn sich recht viele in der öffentlichsten Weise dessen bedienen; denn etwas, was der Ehe unwürdig, kann nimmer als sittlich gelten, und skandalöse Prozesse über die Höhe des Ehemaklerlohnes sind nicht dazu angetan, die Würde des Rechtes zu erhöhen. Das Recht steht auf dem Standpunkt, auf dem die leitenden Geister des Volkes stehen, nicht etwa auf den Niederungen und auf der Stufe derer, welche die höhere Idee um Geld und Gut opfern. Und ebenso kann es nicht als sittlich gelten, wenn der Beruf zum Gelderwerb ausgebeutet wird, sollte es auch sein, daß eine große Zahl der Berufsgenossen nicht anders denkt.

Diese Ideen, die ich schon längst vor dem B.G.B. in den „Idealen im Recht" ausgesprochen habe, sind in §§ 138 und 656 des B.G.B. zum Durchbruch gekommen, insbesondere auch, was die Verträge mit Heiratsmaklern betrifft, und es ist vollkommen unrichtig, anzunehmen, daß, was die letzteren angeht, wir es mit einer Sonderbestimmung zu tun hätten, die sonderlich und eng ausgelegt werden müßte; vielmehr handelt es sich nur um einen Ausfluß des in § 138 ausgesprochenen Prinzips. Nur darum hat man, und zwar mit Recht, eine eigene Satzung gegeben, weil nicht ohne weiteres zu erwarten war, daß die Gerichte der richtigen Idee gefolgt und derartige Verträge als unsittlich verworfen hätten; im Gegenteil: nach der bisherigen Praxis, die leider unter der Praxis der Franzosen und Engländer stand — ein merkwürdiges Schauspiel, daß Deutsche in der Rechtsprechung an Idealismus hinter anderen Völkern zurückblieben! —, war anzunehmen, daß

[1] Wirtschaftliche Folgen im weiteren Sinne, im Sinne der dem Rechtsverkehr zu Grunde liegenden Kulturzwecke. Insofern sind meine Ausführungen (Jahrb. XVI S. 144 f.) vielfach mißverstanden worden.

die deutschen Gerichte weiterhin irrten, und darum gab man die Bestimmung des § 656. Und nun will man diese Bestimmung gerade wiederum gegen § 138 verwerten! Unsittlich ist natürlich auch alles andere, was gegen die Würde der Ehe verstößt, so insbesondere auch das Abkaufen der Ehescheidung.

So ist auch alles unsittlich, was der Ehre und der Integrität des Berufs, was der Lauterkeit und Ehrlichkeit des Gewerbes widerspricht; unsittlich ist ein Vertrag, dahin zu wirken, daß eine bestimmte parlamentarische Entschließung ergeht; unsittlich ist ein Vertrag, wonach ein Parlamentarier oder ein Publizist bestimmte Anschauungen vertreten soll u. s. w. Hier muß überall die Freiheit der Überzeugung gelten[1]. Unsittlich sind insbesondere auch die Wahlbestechungsverträge, auch die Bestechungsverträge bei Mehrheitsabstimmungen; ja, hier sind nicht selten Strafen bestimmt, z. B. § 317 H.G.B., § 243 Konk.O. Unsittlich ist der Verkauf einer ärztlichen oder Anwaltspraxis, denn es handelt sich um persönliche Tüchtigkeit und persönliches Vertrauen, und dieses läßt sich nicht verkaufen[2].

Zu den unsittlichen Verträgen gehört aber insbesondere auch jeder Vertrag, der der Menschenwürde widerspricht, also insbesondere ein solcher, worin jemand seine Freiheit in einer Weise hingibt, daß dadurch die Persönlichkeit aufhört, eine selbständige Persönlichkeit zu sein. Nach diesem Maße sind alle Verträge zu beurteilen, worin jemand sich verpflichtet, seinen Aufenthalt nicht zu wechseln, jahrelange Dienste zu tun oder sich eines Gewerbes ganz zu enthalten. Hiervon ist bereits (S. 639) gehandelt worden. Auch das Versprechen, nicht zu heiraten, ist nichtig[3]; auch das Versprechen, sich nicht zu versöhnen oder zu vergleichen[4].

§ 55. Unsittliche Verträge sind also nichtig; sie sind nichtig als Obligationsverträge. Nichtig ist nicht der abstrakte dingliche Vertrag; nichtig ist auch nicht ein abstrakter Schuldvertrag; wohl aber kann gegen den abstrakten Schuldvertrag, wenn er einen unsittlichen Zweck erreichen soll, die Einrede und „condictio“ nach §§ 812 und 817 B.G.B. geltend gemacht werden Die Nichtigkeit bewirkt von selbst, daß kein Teil gegen den anderen wirksam auf Erfüllung klagen kann[5]. Man könnte nun schließen, daß, wer doch geleistet hat, das Geleistete vom Gegner herausverlangen könnte. Das gilt aber nur teilweise; denn hier steht ein großes Prinzip des Rechtes entgegen: wer *bei seinem Anspruch sich selbst der Unsittlichkeit zeihen muß*, so daß er aus seiner eigenen Unsittlichkeit heraus den Anspruch zu begründen hat, der *kann den Anspruch nicht erheben*. Das Gericht steht viel zu hoch, als daß es mit derartigen Niedrigkeiten zu tun hätte. Das Gericht hat Niedrigkeiten nur anzufassen, wenn es gilt, sie zu vernichten oder rückgängig zu machen, nicht aber, wenn der Unsittlichkeit weitere Dienste geleistet werden sollen. Eine Dienstleistung solcher Art wäre eine für das Gericht ganz unhaltbare Aufgabe: das Gericht wäre der Vermittler des Sittenwidrigen! Daher das große Prinzip des § 817, daß, wer einen unsittlichen Vertrag abgeschlossen hat, in der Art, daß von seiner Seite eine Unsittlichkeit vorliegt, nicht nur nicht die Erfüllung des Vertrages begehren, sondern auch, wenn er etwas geleistet hat, das Geleistete nicht mehr herausverlangen kann. Er darf mit einem derartigen Anspruch gar nicht vor das Gericht kommen[6]. Der § 817 hat allerdings vorzüglich den einen Fall im Auge,

---

[1] Mit Recht hat neuerdings das Trib. Rom, 30. Januar 1901, einen Vertrag für nichtig erklärt, wonach eine Zeitung Geldspenden erhalten soll unter der Bedingung, daß sie gewisse Handlungen nicht tadle u. s. w., Z. f. bürgerl. R. und franz. Civ.R. XXXIV S. 113 f.

[2] O.L.G. Braunschweig 19. Juni 1902 *Mugdan* V S. 107, entgegengesetzt Breslau bei *Scherer*, das dritte Jahr des B.G.B. S. 129.

[3] Vgl. auch über das amerikanische Recht *Bishop* On marriage and divorce I § 207.

[4] Vgl. schon Statut *Padua* (1236) Nr. 718 p. 240.

[5] Bei §§ 656, 762 B.G.B. scheint es, als ob selbst der abstrakte Vertrag von sich aus nichtig wäre und nicht erst der Einrede bedürfte; indes ist nicht anzunehmen, daß hier etwas anderes gilt als bei anderen Unsittlichkeiten. Über einen Wechsel für ein Ehemakelversprechen vgl. O.L.G. Celle 6. Februar 1902 *Mugdan* IV S. 236.

[6] Auch wo Nothilfe im Sinne des § 229 gilt, darf der Anspruch nicht zur Wirksamkeit gelangen; er darf auch nicht zur Wirksamkeit gelangen auf dem Wege der Aufrechnung.

wenn beide Teile anstößig gehandelt haben. Dahin gehören insbesondere geschlechtlich unsittliche Verträge, Bestechungen, Anstiftungen zu Missetaten und Annahme der Anstiftungssumme: dahin gehört auch der Schmuggelvertrag und anderes. Der Fall kann aber auch so vorliegen, daß die Anstößigkeit nur auf seiten des Gebers, nicht auf seiten des Nehmers ist, und das ist der Fall beim Wucher.

Es gehört zu den größten Taten des B.G.B., daß es den Wucher in jeder Gestalt mit der schärfsten Waffe verfolgt, mit der Nichtigkeit. Der Begriff des Wuchers hat sich allmählich aus einem unerträglichen Formalismus herausgestaltet: es soll nicht mehr auf ein bestimmtes mechanisches Verhältnis von Leistung und Gegenleistung ankommen, sondern auf bestimmte seelische und ethische Momente. Wucher liegt nämlich dann vor, wenn man sich der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit, d. h. also der objektiven oder subjektiven Mißverhältnisse eines anderen bedient, um ihn zu einem Vertrage zu bestimmen, der eine außergewöhnliche Ungunst für den Bewucherten enthält und zwar in der Art, daß diese außergewöhnliche Ungunst des Vertrages mit einem außergewöhnlichen Vorteil des anderen verbunden ist[1].

Nun versteht sich doch von selbst, daß, wenn die Rückforderung dann ausgeschlossen ist, falls die Schlechtigkeit auf seiten des Gebers und Nehmers liegt, sie um so mehr ausgeschlossen sein muß, wenn der Nehmer in allen Treuen gehandelt hat oder mindestens nur schwach oder inkorrekt war, von seiten des Gebers aber eine wahre Schlechtigkeit vorliegt; und das ist der Fall beim Wuchervertrag. Es wäre die größte Verkehrung der Verhältnisse, wenn etwa der Anstifter zum Banditenmord die gegebene Summe nicht zurückverlangen kann und sie dem Mörder lassen muß, dagegen der Wucherer, der seine Opfer bis aufs Blut gedrängt hat, berechtigt wäre, das in aller Schlechtigkeit gegebene Geld wieder herauszuverlangen[2]. Das ergibt sich klar[3] aus dem Prinzip des § 817.

Ein Fall, wo die Unsittlichkeit oder Unerlaubtheit nur auf einer Seite liegt, ist auch im Gewerberecht gegeben, beim sog. Truckſystem. Hier gilt der Grundsatz, daß eine gesetzwidrige Zahlung (in anderem als in Geld) nichtig ist und die Schuld nicht zerstört. Auch hier ist der Zahlende nicht berechtigt, das Gezahlte zurückzuverlangen. Es verbleibt zunächst bei dem Empfänger, nur daß es, soweit der Empfänger noch bereichert ist, an eine Hilfskasse oder eine ähnliche Wohltätigkeitskasse abzuführen ist (§ 116 Gew.O.). Dies mag man ja auch beim Wucher bestimmen.

Der Fall kann aber allerdings auch so vorliegen, daß nur der Annehmende, nicht auch der Leistende, eine Schlechtigkeit begeht; so, wenn jemand durch Gewalt oder Drohung zu einer Leistung veranlaßt worden ist, oder wenn er auch nur aus Furcht vor dem Terrorismus des andern oder aus unbegründeter Angst vor möglicher Unbill diesem eine Leistung macht und dieser sie im Bewußtsein eines solchen Seelenzustandes annimmt. Ob in solchem Fall eine Anfechtung gegeben ist, hängt von den Umständen ab; jedenfalls aber ist hier das Annehmen, nicht das Geben eine Schlechtigkeit, und darum ist eine Rückforderung begründet: der Kläger braucht sich in der Klage keiner Schlechtigkeit zu zeihen.

§ 56. Die gemeinrechtliche Lehre verlangte vielfach für Verträge über Schuldverhältnisse ein Vermögensinteresse. Das war weder nach römischem Recht begründet, noch ist es sachlich gerechtfertigt. Am allerwenigsten läßt sich die Annahme verteidigen, daß das Schuldverhältnis einen Vermögensvorteil des Gläubigers zu enthalten habe; aber auch die Fassung der Lehre, als ob das Schuldverhältnis zwar nicht einen Vermögens-

[1] Die Sachwucherlehre hat sich namentlich im Seerecht entwickelt; die Benutzung der Seenot zu ungehöriger Ausbeutung des andern wurde schon seit alter Zeit für unzulässig erklärt: Verträge in Seenot galten als nichtig; so Consolado 208 (253), 232 (277), Guidon de la mer 31 (Pardessus, Lois maritimes II p. 236, 308, 394). Auch Wucherverträge mit jugendlichen Personen wurden schon von alters her als nichtig betrachtet; vgl. Novara (1277) c. 140, Parma (1347, Mon. hist. ad prov. Parm. pert. I 4 p. 261).

[2] Unrichtig Ecciuš, Juristenzeitung VIII S. 41. Wenn die Unterwerfung unter den Buchstaben das Ideal des Juristen ist, so müssen die jungen Juristen künftig aufhören, die römischen Meister zu studieren; denn diese sind hierin die größten Ketzer!

[3] Vgl. meine Ideale im Recht S. 84; Neubecker, Juristen-Zeitung VII S. 569.

vorteil des Gläubigers, aber irgend einen Vermögensvorteil dritter Personen ergeben müsse, ist vollständig zu verwerfen. Die ganze Lehre beruht eben auf dem Irrgang, als ob überhaupt die Rechtsordnung nur eine Rechtsordnung des Vermögens, nicht eine Rechtsordnung für menschliche Interessen überhaupt wäre. Auch wenn man andere Dinge als Hab und Gut erstrebt, soll das Recht die Möglichkeit geben, durch geeigneten Zwang zu wirken. Allerdings mäßigt sich der Streit der Anschauungen, wenn man den Vermögensvorteil Dritter mitgelten läßt, und wenn man den Begriff des Vermögensvorteils in der richtigen Ausdehnung faßt. Hiernach liegt Vermögensinteresse auch in Fällen vor, wo das gemeine Recht das Vermögensinteresse verneinte. So kann ich sicherlich auch von dem Standpunkte, welcher Vermögensinteresse verlangt, einen Vertrag mit einem Arzt zu Gunsten eines Wohlfahrtsinstitutes abschließen, obgleich es nicht mein Vorteil ist; immerhin ist ein Vermögensvorteil anderer dabei im Spiel: ihr Vermögensvorteil besteht darin, daß sie eine Leistung bekommen, für die man im Verkehr Vermögen gibt. Auch dann kann man noch von einem solchen Vermögensvorteil sprechen, wenn ich z. B. mit einem Feuerwerker vereinbare, meiner Gesellschaft ein vergnügliches Schauspiel zu bereiten, oder mit einer Sängerin, um bei einem Diner die Gesellschaft durch einige Stücke zu erheben; denn hier kann man immerhin noch sagen, daß ich dadurch der Gesellschaft einen vermögenswerten Genuß biete.

Allein dies reicht nicht aus. Es sind auch Verträge in der Art denkbar, daß gar kein Vermögensgenuß, d. h. kein vermögenswerter Genuß, kein Genuß, den man um Geld zu erkaufen pflegt, sondern überhaupt nur ideale Interessen erstrebt werden; so z. B., wenn jemand ein Versprechen gibt, gewisse Forschungen zu machen, an den Nordpol zu fahren oder den Mars zu beobachten oder Ausgrabungen zu leiten oder die Heiden zu bekehren. Man mag immerhin Schwierigkeiten finden, eine derartige Verpflichtung zwangsweise ins Werk zu setzen, allein diese Schwierigkeiten können den rechtlichen Charakter des Vertrags nicht bestimmen, und immerhin kann der Vertrag in anderer Weise, z. B. durch Rückbehaltungsrecht und ähnliches, zur Geltung gebracht werden.

Es wäre unhaltbar, wenn unsere Gesellschaft keine anderen Rechtsverhältnisse kennte als solche, die mit Hab und Gut untrennbar verknüpft sind. Allerdings das eine muß aufrecht erhalten werden, daß die Rechtsordnung nicht alles und jedes umfassen kann; allein das gehört einer anderen Betrachtungsweise an. Unsere Rechtsordnung kann naturgemäß nur das umschließen, was nach den Vorstellungen unserer Kultur nicht dem Walten des freien gesellschaftlichen Verkehrs überlassen bleiben soll; so, wenn es sich z. B. um religiöse Betätigungen oder um Angelegenheiten handelt, wo das augenblickliche Belieben walten muß, wenn nicht die Unbefangenheit des menschlichen Lebens ganz zerstört, der Mensch zur Pflichtpuppe gemacht werden soll, z. B. was das Erscheinen bei Freunden, das Spazierengehen mit andern und den Sportverkehr betrifft.

2. Entwicklung der Schuldverhältnisse.

§ 57. Unmöglichkeit der Erfüllung kommt in Betracht als anfängliche wie als später eintretende Unmöglichkeit. Hier aber muß man drei Fälle unterscheiden: wie schon das gemeine Recht absolute und relative Unmöglichkeit auseinandergehalten hatte, so finden wir im B.G.B. Unmöglichkeit und Unvermögen. Unmöglichkeit ist die Unmöglichkeit für einen jeden, das Unvermögen aber ist die Unmöglichkeit bloß für den Verpflichteten; es ist dasjenige, was man auch Unerschwinglichkeit genannt hat. Man begreift, daß beides, was den Ausgangspunkt des Versprechens betrifft, sehr verschieden behandelt wird. Im einen wie im andern Falle kann ein Unrecht vorliegen: man soll weder etwas Unmögliches noch etwas Unerschwingliches versprechen; aber der große Unterschied besteht darin: im ersteren Falle hat man etwas außerhalb des menschlichen Bereichs Liegendes, im letzteren Falle hat man etwas Mögliches versprochen: beides sind Dinge von ganz verschiedener Art.

So, was die anfängliche Unmöglichkeit betrifft. Anders verhält es sich im Falle der nachfolgenden Unmöglichkeit. Ist sie eine wahre Unmöglichkeit, dann muß natürlich

die Verpflichtung erlöschen, soweit nicht ein besonderer Grund der Aufrechterhaltung gegeben ist (Verschulden). Das gleiche muß aber auch von dem Unvermögen gelten; denn es wäre ungerecht, wenn man den Schuldner leiden ließe unter den später eintretenden Umständen, die ihm die Erfüllung versagen. Wer vollständig gesund in den Dienst tritt, kann möglicherweise inmitten des Dienstes erkranken, und während ein jeder bei Abschluß des Vertrages über sein Können im klaren sein soll, so bürgt niemand für den folgenden Tag (§ 275 B.G.B.).

Neben dieser Unmöglichkeit und dem Unvermögen ist aber noch ein Drittes zu berücksichtigen, was im B.G.B. in § 279 nur recht ungenau angedeutet ist, nämlich: ein jeder haftet, und zwar nicht nur von Anfang an, sondern in jedem Momente seiner Schuldigkeit, für das durch Geldmittel Erreichbare. Er haftet stets für Geld und andere Gattungssachen (soweit solche überhaupt noch auf der Welt sind); er haftet aber auch stets für andere Leistungen, die man im Verkehr mittelst der Geldmittel bekommen kann. Ist also beispielsweise der Schuldner nicht zur persönlichen Dienstleistung verpflichtet, ist ihm im Vertrag freigestellt, auch durch einen anderen arbeiten zu lassen, so haftet er unbedingt, solange es überhaupt möglich ist, Arbeiter zu bekommen. Das B.G.B. hat dies in der Art ausgedrückt, daß, wer zu einer Gattungsleistung verpflichtet ist, unbedingt haftet, solange überhaupt derartige Gattungsgegenstände vorhanden sind; aber dies muß dahin ergänzt werden: er haftet, soweit überhaupt die vertragsmäßige Leistung durch Gattungsgegenstände, speziell durch Geldmittel, zu erreichen ist.

Dies ist von ganz besonderer Bedeutung, wenn beispielsweise ein Fabrikant aus individuellen Gründen die Ware nicht produzieren kann, etwa weil das Fabrikgebäude abbrennt oder ein Ausstand der Arbeiter ausbricht, oder weil sonst wegen einer schlimmen Krise die Erfüllung auf ungeahnte Hindernisse stößt. Da wäre es im höchsten Grade den Verkehrsverhältnissen widersprechend, und alles käme ins Schwanken, wollte man derartige Umstände als Hindernisse betrachten, die den Schuldner befreiten. Das könnte man nur dann, wenn etwa die Verpflichtung dahin ginge, daß bestimmte Waren nur von der Fabrik geleistet oder nur von bestimmten Arbeitern erarbeitet werden dürfte; dann wäre es unmöglich, auch mit Geldmitteln die Verhältnisse zu überwinden und die vertragsmäßige Leistung sich zugänglich zu machen. Ist aber der Fabrikant verpflichtet, eben einfach Ware zu leisten oder eine Arbeit vollziehen zu lassen, dann können diese Umstände ihn nicht befreien. Der Besteller, der sich etwas Derartiges versprechen läßt, darf nicht in die Schwankungen des Arbeitsmarktes hineingezogen werden. Diese hat speziell und allein der Schuldner zu vertreten; ihm liegt es ob, die nötigen Maßregeln zu ergreifen, um von sich aus oder mit seinen Genossen derartige Hindernisse zu überwinden. Könnte er die Haftung ablehnen, so wäre den Produzenten ein starker Antrieb genommen, für alle Fälle auf Sicherung zu sinnen und mit allen Mitteln die Krise überwinden zu helfen; ein solcher Anreiz aber muß bestehen: die Produzenten sollen durch die Rechtsordnung veranlaßt werden, unter allen Umständen, soweit menschenmöglich, eine schwierige Geschäftslage zu beschwören. Allerdings kommt es heutzutage nicht selten vor, daß sie sich durch Streikklauseln sichern; doch geschieht dies nicht so häufig, daß es den ganzen Erfolg des obigen Rechtssatzes aufzuheben vermöchte.

§ 58. In Schuldverhältnissen treten sich die Menschen näher, und einer greift in die Interessen des andern ein. Daraus entwickelt sich der bereits vom römischen Rechte siegreich vertretene Satz: die Personen, welche in Schuldverhältnissen stehen, sind gegenseitig verpflichtet, diejenige *Sorgfalt* zu wahren, welche der ordentliche Verkehr erheischt. Der einzelne Schuldner ist daher nicht nur verpflichtet, nach Wortlaut seiner Verpflichtung zu verfahren, sondern auch zugleich, alles zu veranstalten, was notwendig ist, um nach der Anschauung des Verkehrs den Interessen des anderen gerecht zu werden. Das gilt sowohl in der Behandlung der eigenen Sache, die dem Gegner zu teil werden soll, als auch vor allem in der Behandlung der Vermögensgegenstände, die dem anderen gehören und die nur kraft Schuldverhältnisses in die eigene Benutzung oder in das eigene Gewahrsam des Schuldners gelangt sind. Man sprach früher von der *Sorgfalt eines guten*

Familienvaters: ein guter Familienvater war derjenige, der nicht nur im eigenen Hause, sondern auch im Verkehr mit anderen als vollberechtigtes Verkehrssubjekt galt und sich so verhielt, daß der Verkehr mit ihm zufrieden sein konnte. Diesen Ausdruck hat man aufgegeben, teils weil der Familienvater einen gewissen philiströsen Beigeschmack habe, teils auch weil der Gedanke, daß der gute Familienvater im Verkehr mit Dritten seine Stellung richtig ausfüllen müsse, durch diesen Ausdruck nicht genügend gedeckt sei. Man spricht nunmehr von der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 276). Unter Umständen verlangt das Gesetz eine geringere Sorgfalt und läßt nur für grobe Fahrlässigkeit haften, sog. lata culpa, im Gegensatz zu der obigen Haftung für omnis culpa. Dies trifft dann zu, wenn der einzelne sich altruistisch für andere opfert, in welchem Falle es zu streng wäre, von ihm nicht nur das Opfer, sondern auch noch eine besondere Sorgfalt in der Behandlung des Geschäftes zu verlangen (§ 521, 599, 680, vgl. auch 300 B.G.B.).

In einer dritten Reihe von Fällen endlich soll man im Verhältnis zu Dritten nur für die Sorgfalt haften, die man in eigenen Angelegenheiten zu wahren pflegt. Dies ist dann der Fall, wenn die Rechtsbetätigung keinen vollständig geschäftlichen Charakter hat, wenn sie geschieht auf den Grenzgebieten, wo eigene Interessen und fremde Interessen, wo Eigengut und fremdes Gut sich mischen. Es wäre vollständig verkehrt, den Ehemann in den Verhältnissen der Frau wie einen Fremden, den Vater in den Verhältnissen des Kindes wie einen vormundschaftlichen Geschäftsführer, den Gesellschafter in Gesellschaftsgeschäften so ansehen zu wollen, als ob er als Verwalter für ein auswärtiges Vermögen tätig wäre. In solchen Fällen ist es nicht angebracht, einen vollständigen Schnitt zu machen und die Tätigkeit in eigenen Angelegenheiten von der Tätigkeit auf solchen Nachbar- und Grenzgebieten scharf zu trennen und zu verlangen, daß man in jedem Augenblick, wo man die Grenze überschreitet und auf das gemeinsame Gut hinübertritt, eine andere Persönlichkeit annimmt und sich in ein anderes Wesen hüllt. Es ist daher vollberechtigt, wenn schon das römische Recht in den meisten derartigen Fällen bloß für culpa in concreto haften ließ, d. h. für die Sorgfalt in den eigenen Angelegenheiten; ja, es gehört zu den Glanzpunkten des römischen Rechts, diese besondere Gestaltung der Haftung, welche allein der Gerechtigkeit dienen kann und dem Leben entspricht, herausgebildet zu haben (§§ 1359, 1664, 708, 2131, auch 690 B.G.B.).

In wenigen Verhältnissen wird endlich die Haftung über die Verkehrssorgfalt hinaus in der Art erhöht, daß man bis zu höherer Gewalt haftet. Davon ist S. 709 zu handeln. Umgekehrt ist bei der Verwaltung des Gesamtgutes die Haftung des Ehemannes in der Art vermindert, daß er nur für Arglist und unmittelbare Gesetzwidrigkeiten einsteht (§ 1456 B.G.B.).

§ 59. Die schwierige Sachlage, die sich ergibt, wenn die Erfüllung in Schuldverhältnissen nicht rechtzeitig erfolgt, hat im B.G.B. zu einer etwas verwickelten Regelung Anlaß gegeben, der aber im großen und ganzen Beifall zu zollen ist. Klarer als bisher ist zum Ausdruck gekommen, daß der eigentliche Verzug nur in dem Falle eintritt, wenn den Schuldner entweder eine Fahrlässigkeit trifft, oder wenn sonst Verhältnisse vorliegen, infolge deren er für die Nichterfüllung einstehen muß. Treten solche Verhältnisse nicht ein, so liegt kein Verzug im eigentlichen Sinne vor; doch sind allerdings einige Vertragsbeziehungen so gestaltet, daß bei ihnen auch ohne Verzug ganz ähnliche Rechtsfolgen eintreten; dazu gehören insbesondere der Werkvertrag und der Verlagsvertrag (§ 633 f. B.G.B., § 30 Verlags-Ges.). Außerdem soll der Prozeß, der über ein Schuldverhältnis geführt wird, nach gewissen Richtungen hin ähnliche Rechtswirkungen erzeugen wie der Verzug, ähnliche, aber nicht gleiche und nicht alle. In dieser Gestaltung des B.G.B. liegt eine große Feinheit, vielleicht allerdings auch eine Subtilität; denn die Fälle, in welchen ein Prozeß ohne Verzug stattfindet, sind verhältnismäßig selten, so selten, daß es sich fragt, ob das Gesetz mit Recht einen so verwickelten Apparat angenommen hat.

Verzug und Prozeß führen es mit sich, daß bei Geldschulden Zinsen gezahlt werden

müssen (Verzugszinsen, Prozeßzinsen); ebenso bringen sie es mit sich, daß der Schuldner, wenn auch nicht für alle, so doch für gewisse Schäden und Entziehungen aufkommen muß. Handelt es sich um die Herausgabe einer nutzbaren oder fruchttragenden Sache, so haftet der Schuldner auch im bloßen Prozeß ohne Verzug für Nutzungen, die er zieht, ja, selbst für solche, welche er nicht zieht, aber ziehen sollte. Auch in folgendem zeigt sich noch eine Gleichstellung: ist der Schuldner im Verzug in der Art, daß eine verspätete Leistung dem Gläubiger nicht mehr dienen kann (z. B. wenn der Handwerker mir einen Koffer liefern will, nachdem ich längst verreist bin), so kann der Gläubiger statt der Leistung Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen, und bei Verzug in gegenseitigen Verbindlichkeiten hat er diese Befugnis auch ohnedies, vorausgesetzt, daß der Schuldner innerhalb einer gesetzten Nachfrist nicht leistet (§§ 286, 326 B.G.B.). So was den Verzug betrifft. Etwas Ähnliches gilt vom Falle rechtskräftiger Verurteilung: ist der Schuldner rechtskräftig zu einer Leistung verurteilt, so kann der Gläubiger ihm eine Leistungsfrist setzen, ansonst er die Leistung nicht mehr annehme, in welchem Falle dann Schadenersatz wegen Nichterfüllung begehrt werden kann (§ 283 B.G.B.); das kann der Gläubiger in diesem Falle ohne Verzug des Schuldners, also auch dann, wenn dieser etwa an der Leistung gehindert wurde durch Umstände, die er nicht zu vertreten hat. Der Gedanke ist: mit dem Urteil wird die Verbindlichkeit des Schuldners fest und unbedingt und von der Einwirkung hindernder Faktoren unabhängig, mindestens insofern, daß er, wenn die Sacherfüllung unmöglich ist, Gelderſatz zu geben hat.

Somit besteht eine gewisse Ähnlichkeit; nach anderer Seite sind die Folgen des Verzugs naturgemäß schärfer: im Falle des Verzugs haftet der Schuldner für sämtlichen Schaden, ja, er haftet auch für den zufälligen Untergang der Sache, er müßte denn nachweisen können, daß die Sachen auch bei dem Gläubiger untergegangen wären; wogegen im Falle des Prozesses, sobald kein Verzug vorliegt, der Schuldner regelmäßig (abgesehen von § 992 B.G.B.) nur für Fahrlässigkeit einsteht (§§ 287, 989, 292 B.G.B.).

§ 60. Die Lehre vom *Schadenersatz* hat im B.G.B. eine bedeutungsvolle Fassung erlangt. Schadenersatz ist dasjenige, was geleistet werden soll, wenn irgend etwas zu Leistendes fehlt und jemand diesen Fehler zu vertreten hat oder dafür verantwortlich ist. Dieser Mangel kann entweder darin bestehen, daß ein Geschäft stattgefunden hat, das nicht hätte stattfinden sollen, oder darin, daß eine Erfüllung ausgeblieben ist, für deren Herbeiführung jemand zu sorgen hatte. Im ersteren Falle spricht man von *negativem*, im letzteren von *positivem Interesse*. Das B.G.B. kennt drei Fälle des sog. negativen Interesses. Es schließt aber damit diese Kategorie nicht ab, sondern gibt Raum für eine Reihe anderer Anwendungen. In zweien der erwähnten Fälle ist das negative Interesse zu ersetzen, ohne Rücksicht auf Verschuldung, weil jemand ein Rechtsgeschäft auch ohne sein Verschulden zu vertreten hat, in *einem* Falle dann, wenn Verschuldung vorliegt.

Die drei Fälle aber sind folgende: 1. wenn jemand ein nichtiges oder anfechtbares Geschäft abgeschlossen hat, ein nichtiges, sofern er eine Willenserklärung nicht ernst meinte, in der Erwartung, daß sie auch nicht ernstlich aufgenommen werde, und wenn sie nun doch ernstlich aufgenommen worden ist. Voraussetzung ist natürlich, daß der andere Teil in dieser Auffassung nicht fahrlässig gehandelt hat; denn Dummen und Toren, die einen Scherz nicht verstehen, brauchen wir nicht mit unserem Geld zu haften. Ein anfechtbares Geschäft bietet dieser Entschädigung Raum, wenn das Geschäft wegen Irrtums oder falscher Übermittelung angefochten wird. (Vgl. § 118—122 B.G.B.) Der 2. Fall liegt vor, wenn jemand als Stellvertreter Geschäfte abschließt ohne Vertretungsmacht, aber ohne diesen Mangel zu kennen. Auch hier ist vorauszusetzen, daß der andere Teil nicht in Fahrlässigkeit war, denn wenn er diesen Mangel gekannt hat oder hätte kennen sollen, dann braucht man ihm für das Geschäft nicht einzustehen (§ 179 B.G.B.).

Der 3. Fall endlich ist gegeben, wenn ein unmögliches Geschäft, d. h. ein Geschäft, das auf Leistung von etwas Unmöglichem geht, abgeschlossen worden ist, und wenn der Versprechende mindestens fahrlässig war, insofern er die Unmöglichkeit hätte kennen sollen.

Auch hier ist der Fall auszunehmen, daß der andere Teil fahrlässig war, denn wenn auch er die Unmöglichkeit hätte kennen sollen, so sind beide gegenseitig außer Verantwortung (§ 307 B.G.B.).

Die Haftung ist in diesen Fällen nicht eine Haftung für die Erfüllung des Geschäfts, sondern für den Schaden, der aus dem Abschlusse des Geschäfts hervorgeht[1]. Das Ungehörige besteht darin, daß ein Geschäft abgeschlossen worden ist, das nicht hätte abgeschlossen werden sollen. Man könnte hier entgegnen, daß ein solcher Geschäftsabschluß ja einfach hinweggeräumt werden könnte und als etwas Juristisches keinen weiteren Bodensatz zurücklasse; denn das Recht könne, was es geschaffen hat, selbst wieder aufheben. Doch das wäre unrichtig, denn man würde den Zusammenhang zwischen Recht und Wirtschaft verkennen; man würde verkennen, daß der Abschluß des Geschäfts auf das Tun oder Nichttun des andern Teils Einfluß ausgeübt hat, und mit Recht; denn es ist vernünftig, seine Lebensschicksale nach Maßgabe der bestehenden Vertragsverhältnisse einzurichten. Insbesondere kann 1. der andere Teil infolgedessen etwas getan haben, was er sonst unterlassen hätte, also z. B. Vorbereitungen für die Annahme der zu erwartenden Leistung. Zu dieser Vorbereitung gehört natürlich auch, wenn er sich zur Gegenleistung gerüstet hat, und zwar kommen hierbei nicht nur die Kosten in Betracht, sondern auch die Schäden, die hierbei entstanden sind, z. B. wenn Waren bereit gelegt wurden und hierbei etwas verletzt worden ist. 2. kommt auch insbesondere dasjenige in Betracht, was infolgedessen *nicht* geschieht; denn wer durch ein solches Geschäft sein Bedürfnis für gedeckt hält, wird es unterlassen, anderweitige, vielleicht sehr günstige Geschäfte abzuschließen, und er wird es mitunter bedauern, daß er bereits gebunden ist und auf andere Geschäfte nicht eingehen kann. Wer z. B. glaubt, durch einen Mietsvertrag gedeckt zu sein, wird einen anderen Mietsvertrag, der ihm um 500 Mk. billiger angeboten wird, zurückweisen müssen und wird, wenn ihm nun die Nichtigkeit oder Unwirksamkeit jenes Geschäftes klar wird, vielleicht in der Lage sein, nur noch für eine viel höhere Summe Unterkunft zu finden.

Dieser letztere Fall zeigt nun aber auch sofort, daß hier möglicherweise das negative Interesse größer ist als das positive. Habe ich einen Mietsvertrag für 5000 Mk. abgeschlossen, der infolge irgend welchen Mangels unverbindlich ist, und habe ich infolgedessen einen Vertrag von 4500 Mk. zurückgewiesen, und muß ich jetzt für einen dritten Vertrag 5500 Mk. bezahlen, so beträgt der positive Schaden, d. h. dasjenige, was ich jetzt weniger habe, als wenn das Geschäft erfüllt worden wäre, 500 Mk., das negative Interesse dagegen 1000 Mk. Es ist nun ein vernünftiger Grundsatz, daß das negative Interesse niemals höher sein darf als das positive; denn wenn der Vertrag zu stande gekommen und dann nicht erfüllt worden wäre, so wäre nur der positive Schaden zu vergüten; ist aber der Vertrag nicht gültig abgeschlossen und *darum* nicht erfüllt worden, so kann unmöglich die Stellung des Versprechenden eine ungünstigere sein, als wenn der Vertrag gültig abgeschlossen und nicht gehalten worden wäre.

Auch noch andere Fälle kommen vor, wo ein negativer Schaden zu ersetzen ist; es gilt dies überall da, wo die Schädigung eben in dem Vertragsabschlusse liegt, der nicht hätte geschehen sollen. Ein Hauptfall ist folgender: wer sich zu einer Leistung bereit erklärt, die seine Persönlichkeit in Gefahr bringt, kann vom Vertrag zurückgehen; ebenso, wenn etwa ein Modell sich für eine zu verbreitende photographische Aufnahme darbietet und nachträglich aus irgend welchen Bedenken zurücktritt, um die Persönlichkeit nicht in unverhüllter Gestalt der Öffentlichkeit darzubieten. In beiden Fällen wird nachträglich der Vertragsabschluß preisgegeben, und der Versprechende muß dafür einstehen, daß er versprochen und infolgedessen in dem anderen Teil die Aussicht auf Erfüllung erregt hat; denn hätte er die Zusage nicht gemacht, so hätte der andere Teil Vorbereitungen nicht

[1] Man hat die Lehre von der culpa in contrahendo als eine große Entdeckung *Iherings* gepriesen; dies ist ungeschichtlich, da schon das Preuß. L.R. I 5 § 284 die Bestimmung enthält: „Was wegen des bei Erfüllung des Vertrages zu vertretenden Grades der Schuld Rechtens ist, gilt auch auf den Fall, wenn einer der Kontrahenten bei Abschließung des Vertrages die ihm obliegenden Pflichten vernachlässigt hat".

getroffen; er hätte wohl andere Persönlichkeiten haben können, die er nicht berücksichtigte, während es nun für ihn viel schwieriger ist, sich neues Personenmaterial zu verschaffen. Der Schadenersatz geht aber hier auf negativen, nicht auf positiven Schaden; denn es war ein Recht des Modells, zurückzutreten; das Versprechen aber macht schadenersatzpflichtig: das Modell hätte nichts versprechen sollen, dann wäre die Sache auf dem früheren Stand geblieben, und der Photograph hätte sich nicht darauf verlassen; und dasselbe gilt von dem, der ein gefährdendes Geschäft abgeschlossen hat[1].

Der positive Schadenersatz des B.G.B. aber ist beherrscht durch den Grundsatz der möglichsten Wiederherstellung, vollkommen unserem Wesen entsprechend. Uns widerstrebt es, das, was wir zu verlangen haben, uns gegen Geld abnötigen zu lassen; wenn wir statt der Leistung Geld haben wollen, so ist das unsere Sache, aber der Gegner hat kein Recht, es uns aufzudrängen. Daher kann ich als Schadenersatzpflichtiger verlangen, daß der andere Teil dasjenige herstellt, was er nach seinem Schuldverhältnis herzustellen hat, und nur aushilfsweise soll Geld an Stelle der Sache treten. Dies ist ein ungeheuer weittragender Grundsatz[2]: so kann z. B., wenn mein Schaden in einem Handeln des anderen besteht, der Schadenersatz darauf gehen, daß das Handeln unterbleibt; ich kann also aus dem verbotenen Tun einen Anspruch auf Unterlassen ableiten. Auf diese Weise gewinnen die §§ 823, 826 des B.G.B. und überhaupt alle Gesetze, welche sich auf unerlaubte Handlungen beziehen, eine außerordentliche Bedeutung. Auch wenn es sich um mangelhafte Leistung handelt, besteht mein erstes Recht darin, daß der andere Teil die Leistung verbessert, vervollständigt, ergänzt; und wenn es sich um eine verspätete Leistung handelt, darin, daß er die durch Verzug entstandenen Mißverhältnisse in irgend einer Weise ausgleicht (§ 249 B.G.B.).

Doch ist dieser Grundsatz nicht ohne einige Milderung durchzuführen. Es kann insbesondere vorkommen, daß die Wiederherstellung, d. h. die Herbeiführung des geschuldeten Zustandes, ganz unverhältnismäßige Kosten verursacht. Man denke sich den Fall, daß ein Gebäude wegen irgend eines Mangels ganz umgebaut werden müßte, daß die Herstellung der vertragsmäßigen Fundierung nur mit einem geradezu vernichtenden Kapitalaufwand möglich wäre. In diesem Falle geht der Anspruch zwar immer noch auf die Wiederherstellung, aber der andere Teil hat die sog. facultas alternativa, an Stelle dessen Geldentschädigung zu leisten. In drei Fällen ist es dem Berechtigten gestattet, an Stelle der Realerfüllung Gelderfüllung zu verlangen: 1. bei Verletzung der Person, 2. bei Beschädigung einer Sache: in diesen Fällen kann der Berechtigte guten Grund haben, das Hineinwirken des anderen in seine Angelegenheiten abzulehnen; wer von einem anderen verwundet ist, will sich nicht von ihm kurieren lassen, und wenn jemand meine Fensterscheiben zertrümmert hat, so ist es mir lieber, wenn ich sie einsetzen lasse, als wenn ich mich mit dem Schädiger noch einmal herumärgere. Der 3. Fall liegt dann vor, wenn man dem anderen eine Frist setzt zur Realerfüllung und er diese Frist versäumt, z. B. wenn ich jemandem, der an dem Abhandenkommen meiner Sache schuldig ist, eine Frist von sechs Wochen setze, um die Sache wieder herbeizuschaffen. Offenbar wäre es nicht in meinem Interesse, wenn ich auf das Beibringen meiner Sache endlos warten müßte und mich erst in dem Augenblick zu etwas anderem verstehen könnte, wo das Herbeischaffen sich als unmöglich erweist. Bei Transportverträgen, namentlich der Eisenbahnen, sind hierfür oft besondere Fristen gesetzt (§§ 249 ff. B.G.B., und bezüglich der Eisenbahnen vgl. Verkehrs-O. §§ 85, 79, 82, Berner Eisenbahnkonvention a. 33, 36). Über diese drei Fälle gilt noch folgendes: in den ersten zwei Fällen steht das eine oder andere im Belieben des Gläubigers, im anderen Falle setzt sich mit Ablauf der Frist das Realschadenersatzrecht in das Recht auf Gelderſatz um.

In allen Fällen, wo Realersatz nicht geleistet werden kann, muß man zum Gelderſatz greifen, d. h. es soll im abstrakten Vermögen die Lücke ergänzt werden, die jemandem dadurch entstanden ist, daß eine konkrete Leistung, für die der andere einzustehen hat, nicht erfolgt ist. Die Vermögenslage, die auf solche Weise hergestellt werden muß,

[1] Bezüglich des Modells vgl. Eigenbild im Recht S. 23.
[2] Den übrigens schon das bisherige Recht kannte.

ist nach zwei Richtungen hin zu charakterisieren: es ist die Vermögenslage in Bezug auf das Einzelvermögensstück und die Vermögenslage in Bezug auf das Gesamtvermögen. Wenn mir beispielsweise ein Gegenstand abhanden gekommen ist, so ist der Verkehrswert dieses Gegenstands dasjenige, was dem Vermögen entspricht, wenn diese Sache als Einzelwesen in Betracht gezogen wird. Bei einer vernünftigen Vermögensverwaltung aber haben sämtliche Gegenstände eine Bedeutung durch ihr Gesamteinwirken, naturgemäß, weil das eine in die Verwendung des anderen eingreift und auf solche Weise neue Werte produziert; wird nun eines dieser Elemente vernichtet, so muß möglicherweise infolgedessen eine ganze Produktion unterbleiben. Das ist aber auch ein Schaden, es ist ein Gesamtheitsschaden im Gegensatz zum Einzelschaden. Man spricht hier von entgangenem Gewinn. Hier bedarf es natürlich einer Beurteilung nach der Richtung hin, ob eine solche Erzeugung von Vermögenswerten auch wirklich zu erwarten gewesen wäre. Wollte man dabei nur das Sichere in Betracht ziehen, so würde man gewöhnlich nicht zu einem Ergebnisse kommen; denn derartiges ist problematisch und bleibt problematisch: was unter bestimmten Umständen geschehen sein würde, kann ohne prophetische Gabe nicht mit Gewißheit erkannt werden. Darum geht die Rechtsordnung der modernen Kulturvölker dahin, hier die Wahrscheinlichkeit an Stelle der Gewißheit zu setzen, und so auch das B.G.B. in § 252. Wann die Wahrscheinlichkeit der Sicherheit gleichsteht, ist danach zu beurteilen, ob man nach der Regel des Lebens auf einen Erfolg so zu bauen pflegt, daß man ihn zum Ausgangspunkt weiterer wirtschaftlicher Betätigungen macht: baut das Leben hierauf, so kann und muß auch das Recht darauf bauen. Das ist eine Sache verständiger Würdigung. Hiernach ist es klar, daß die Frage über die Höhe des Schadenersatzes nicht etwa bloß eine tatsächliche, sondern auch eine juristische Bedeutung hat.

Ist so die Schadenersatzlehre des B.G.B. in manchen Punkten zutreffend, so läßt sie nach anderer Seite wieder viel zu wünschen übrig. Es ist unrichtig, wenn die Schadenersatzpflicht, was die Geldentschädigung betrifft, immer dieselbe ist, ohne Rücksicht auf die Umstände, welche das Einstehen des Schuldners veranlaßt haben, namentlich ohne Rücksicht auf *den größeren oder geringeren Grad seiner Verschuldung*. Hier haben manche Rechte Stufenfolgen, und andere überlassen es dem Richter, mehr oder minder weit zu gehen. Das B.G.B. hat leider hier alles unter einen Gesichtspunkt gebracht; es kennt nur einen Schadenersatz, nicht eine Stufenleiter, und höchstens nach Maßgabe des § 254 B.G.B. kann geholfen werden, wenn das Verhalten des Schadenersatzberechtigten, namentlich weil er es an der gehörigen Belehrung fehlen ließ, mit zur Steigerung des Schadens beigetragen hat.

Ein noch viel größerer Fehler aber ist die Ablehnung des Ersatzes für *seelischen Schaden*, wenigstens die prinzipielle Ablehnung. In einigen bedeutenden Fällen hat das B.G.B. glücklicherweise dem dringendsten Bedürfnis abgeholfen, — es wäre sonst dem früheren Rechte gegenüber sehr rückständig. Die Fälle sind die der §§ 1800, 847 und vergleichsweise auch noch des § 343. Allein diese Vereinzelung der Fälle ist eine Prinzipwidrigkeit; es ist ein ungerechtfertigtes Mißtrauensvotum gegenüber unseren deutschen Richtern, wenn man annimmt, daß man ihnen eine solche Abmessung nicht überlassen dürfe, als ob sie in einer solchen Materie weniger Können bewiesen als ihre französischen und englischen Kollegen. In sehr vielen Fällen liegt der wesentliche Kern der Schädigung nicht in dem Vermögensschaden, sondern in der Unruhe, der Aufregung, der nötig gewordenen Hast, der durch die üble Lage herbeigeführten Schlaflosigkeit und anderen Dingen, für welche leider kein Ersatz geleistet wird; als ob derartige, in das Innere der Persönlichkeit eingreifende Umstände weniger wert wären als Geld und Gut; als ob man berechtigt wäre, seinem Mitmenschen durch Widerrechtlichkeit schlaflose Nächte zu bereiten, sofern nur eben Geld und Gut unberührt bleiben. Daß noch in dieser Beziehung prinziplos neben der Schadenersatzpflicht des B.G.B. ein Institut der Buße im Strafprozeß besteht, trägt nicht dazu bei, das Ganze zu einem harmonischen Bau auszugestalten. Und vollständig zu verwundern ist es, daß nach dem Gesetz vom 20. Mai 1898, wenn eine ungerechte Strafe im Wiederaufnahmeverfahren juristisch aufgehoben wird, nur für den Vermögensschaden Vergütung geleistet werden soll (§ 2). In dieser Beziehung stehen wir noch lange nicht auf der Höhe.

Einigen Ersatz für die ungenügende Bemessung der Entschädigung bietet:

1. die Möglichkeit, eine Vertragsstrafe zu bestimmen. Zwar darf diese (in Nichthandelssachen, § 343 B.G.B., § 348 H.G.B.) gerichtlich ermäßigt werden; jedoch muß bei dieser Ermäßigung wohl berücksichtigt werden, daß bei den Vertragsstrafen der Ersatz für Schmerzen und seelische Schäden miteinbegriffen werden kann und gewöhnlich miteinbegriffen wird;

2. die gesetzlichen Bestimmungen, welche in gewissen Fällen ein und für allemal bestimmte Ersatzleistungen verordnen ohne Rücksicht auf einen nachweisbaren Vermögensschaden, so z. B. im Falle des Vertragsbruches eines gewerblichen Gesellen oder Gehilfen nach § 124b Gew.O. Hier ist gesagt, daß für den Tag des Vertragsbruches und jeden folgenden Tag, höchstens aber für eine Woche, der ortsübliche Tagelohn verlangt werden kann; das kann auch ohne jeden Vermögensschaden begehrt werden. Damit ist das Recht, eine Entschädigung zu berechnen und zu verlangen, nicht ausgeschlossen; man hat dieses Recht in erster Reihe, darf aber anstatt dessen den Anspruch aus § 124b erheben.

Ein anderer Fall gesetzlicher Schadensfeststellung findet sich in § 127g Gew.O. (bezüglich der Lehrlinge).

§ 61. Die Verknüpfung der Personen in Schuldverhältnissen zeigt sich darin, daß die Erfüllung einer Verbindlichkeit vielfach nur unter *Mitwirkung des Gläubigers* geschehen kann, so z. B. wenn die Erfüllung darin besteht, daß ein Recht von einem Vermögen in das des anderen hinübergebracht wird, oder darin, daß eine Leistung vollbracht wird, welche die Person oder das Vermögensgebiet eines anderen berührt. In allen diesen Fällen kann der Schuldner nur erfüllen, wenn der Gläubiger die Rechtsübertragung annimmt, oder wenn er das, was auf seinem Gebiet geschehen soll, auch auf seinem Gebiete tut oder zuläßt. Allerdings ist diese Verknüpfung nicht immer gegeben; es gibt eine Reihe von Leistungen, die der Schuldner auf seinem Bereiche vollziehen kann, so daß der Erfolg dem Gläubiger nur mittelbar zu gute kommt; z. B. wenn der Schuldner sich anheischig macht, einen Bau niederzulegen, um dem Gläubiger eine bessere Aussicht zu verschaffen, oder wenn der Schuldner sich verpflichtet, eine Leistung für einen Dritten zu machen, in welchem Falle höchstens von der Annahme des Dritten, nicht von der Annahme des Gläubigers die Rede sein kann, oder wenn etwa der Schuldner verspricht, eine Erfindung zu vervollkommnen oder mindestens im Bereiche einer Erfindung oder einer sonstigen Leistung für die Menschheit tätig zu sein. Auch die Verbindlichkeiten zu einem Nichttun sind von der Mitwirkung des Gläubigers unabhängig.

Wo nun aber eine Mitwirkung des Gläubigers nötig ist, kann der Fall vorkommen, daß der Schuldner erfüllen will und der Gläubiger das Seinige nicht tut, sei es, daß er es nicht tun *kann* oder nicht *will*; sei es, daß er es nicht will aus Irrtum, aus Eigensinn oder aus irgend einem anderen Grunde. Hier entsteht eine Rechtsschwierigkeit, die überwunden werden muß; denn wenn der Schuldner erfüllen soll, so muß man ihm auch die Möglichkeit geben, zu erfüllen, nicht nur um sein Gewissen zu befriedigen, sondern vor allem auch, damit sein Vermögen von der Last einer Verbindlichkeit befreit wird und der Gläubiger nicht beliebig mehr an ihn herankommen kann; dies namentlich auch, wenn für die Schuld Bürgschaften oder Pfänder bestehen: hier ist seine Befreiung zum Zweck der Befreiung Dritter von doppeltem Interesse. Man hat nun geglaubt, das richtige Mittel darin zu finden, daß man den Gläubiger zur Mitwirkung zwinge. Das wäre aber sehr verkehrt; denn man muß jedenfalls dem Gläubiger die Möglichkeit geben, auf sein Recht zu verzichten, und es wäre daher höchstens eine Behandlung in der Art gerechtfertigt, daß, wenn der Gläubiger innerhalb einer bestimmten Zeit das Nötige nicht tut, er als verzichtend zu betrachten wäre. Zu dieser Behandlung aber hat man sich nicht verstanden, mit Recht, weil sie für den Gläubiger oft eine erdrückende Härte enthielte. Die richtige Behandlung, welche die Völker im Laufe der Zeiten tastend, und zwar von einander ganz unabhängig, angenommen haben, besteht darin, daß man dem Schuldner gestattet, sich einseitig in einer Weise zu befreien, die dem Gläubiger immerhin noch die Möglichkeit läßt, mehr oder minder zum Vorteil der schuldnerischen Leistung zu gelangen.

So kam man zu folgendem System: der Schuldner gab die Sache preis, er legte das Geld an einen bestimmten Platz, so daß der Gläubiger es abholen konnte; er stellte sich bereit, um dem Gläubiger zu dienen, so daß dieser noch im letzten Augenblick die Leistung anzunehmen vermochte. Auf solche Weise hat sich ein System von sog. Erfüllungssurrogaten gebildet, verschieden natürlich nach der Anschauung der Völker. Bei den Indern gab man die geschuldete Sache dem Gott Varuna; bei den Deutschen trug man das Geld dem Gläubiger vor die Schwelle oder in das Heiligtum des Waldes; bei den Römern schaffte man die geschuldete Summe in einen Tempel oder legte sie bei sich versiegelt nieder. Heutzutage bringt man Geld, Kostbarkeiten, Urkunden, Wertsachen an die Hinterlegungsbehörde; bezüglich anderer Sachen bestehen leider noch lange nicht die nötigen Vorkehrungen, und der Schuldner ist hier mehr oder minder im Gedränge: er darf die Erfüllungssache, die der Gläubiger nicht annimmt, auf dem Wege der öffentlichen Versteigerung veräußern und den Preis hinterlegen (§ 383 B.G.B.), — eine Aushilfe, welche aber durchaus nicht immer zum Ziele führt. Ein Grundstück, das der Gläubiger nicht annimmt, darf er preisgeben (§ 303 B.G.B.). Was aber Dienste betrifft, so wird im Falle der Nichtannahme der Dienst als geleistet betrachtet, und der Gläubiger hat die Gegenleistung zu machen, nur daß dabei abzuziehen ist, was dem Dienstleistenden erspart wird, oder was er infolge solcher Nichtannahme anderweitig erworben hat oder hätte erwerben können, wenn er nicht wider die guten Treuen gehandelt und eine sich darbietende Gelegenheit frevelhaft abgelehnt hätte (§ 615 B.G.B.); und ähnliches gilt auch bei dem Werkvertrag, wenn der Gläubiger das Werk nicht annimmt: selbstverständlich muß gerade im letztern Fall alles, was dem Unternehmer durch die Nichtleistung erspart wird, abgezogen werden (§ 649 B.G.B.). Das B.G.B. drückt dies durch die Formel aus, der Besteller dürfe den Vertrag kündigen; das will heißen: erklären, daß er die Ausführung nicht wolle. Man denke sich den Fall, daß ich beim Architekten ein Haus bestellt habe und dies hernach bereue: ich kann das Haus abbestellen, kann „kündigen", aber nur in dem Sinne, daß ich dem Architekten die vereinbarte Gegenleistung zu machen habe, und hier kommen die verschiedenen Abzüge in Betracht; eine wahre Kündigung ist dies nicht, wie S. 684 weiter auszuführen ist.

Auf solche Weise wird dem Schuldner im allgemeinen geholfen; im einzelnen aber kann hier immer noch eine gewisse Härte übrig bleiben, denn er ist nicht immer in der Lage, oder es kann ihm nicht immer zugemutet werden, diese Erfüllungssurrogate sofort in Anwendung zu bringen. Daher die weitere Bestimmung, daß, wenn der Gläubiger im Verzug der Annahme, d. h. im Verzug seiner Mitwirkungstätigkeit ist, der Schuldner ohne weiteres in seiner Verbindlichkeit erleichtert wird, erleichtert dadurch, daß Geldleistungen nicht mehr verzinslich sind, daß er nur noch für grobes Verschulden haftet, und daß ihm der Gläubiger für die Aufwendungen aufkommen muß, die infolge der Nichtannahme erwachsen (§§ 300—302, 304 B.G.B.). Noch mehr: es geht auch die Gefahr über, sofern der Schuldner die Gefahr zu tragen hatte, § 300, 644 B.G.B.; und da nunmehr von einem Zahlungsverzug keine Rede ist, so fallen auch alle Folgen des Zahlungsverzugs weg, so namentlich § 339, 455 B.G.B., aber auch die Folgen der bloßen Nichtzahlung, § 283, 559, 561 B.G.B.

Wann aber ein solcher Verzug der Annahme stattfindet, ist im Gesetzbuch im allgemeinen richtig dargelegt. Ist nämlich der Schuldner gehalten, die Sache zum Gläubiger zu bringen oder überhaupt in der Erfüllungstätigkeit die Initiative zu ergreifen, so muß er diese Initiative ergreifen, und erst dann kann von einem Verzug der Annahme die Rede sein; er muß m. a. W. die Leistung anbieten. Hat aber der Gläubiger die Initiative zu ergreifen, so ist er eigentlich im Verzug, sobald er dies zu einer Zeit unterläßt, wo es von ihm zu erwarten steht. Man hat indes, weil hier das Leben manche Unsicherheiten bietet und die Grenze schwer erkennbar ist, mit Recht verordnet, daß der Schuldner in solchem Falle den Gläubiger noch besonders auffordern müsse, es sei denn, daß für diese Initiativtätigkeit des Gläubigers eine bestimmte Kalenderfrist vorgesehen wurde: denn der Kalender mahnt von selbst. Übrigens soll auch im ersten Falle, also bei Initiative des Schuldners, eine bloße Erklärung des Bereitseins genügen, wenn der Gläubiger sich ausdrücklich dahin ausgesprochen hat, daß er nicht annehmen werde (§ 295 f. B.G.B.).

Damit ist die Schwierigkeit im allgemeinen richtig überwunden, abgesehen von den obigen Fällen, wo, wenn es sich um Sachleistungen handelt, die Rechtsordnung den Schuldner etwas im Stich läßt. Es wäre richtiger gewesen, hier, wie im Handelsrecht, dem Schuldner die Möglichkeit einer Hinterlegung im Lagerhause u. s. w. zu gewähren. Nötigenfalls muß hier das Gericht auf dem Wege einer einstweiligen Verfügung dem Schuldner gestatten, sich in irgend einer Weise der Sache zu entledigen mit dem Erfolg, daß er dem Gläubiger gegenüber als ein solcher gilt, der erfüllt hat; so, wenn etwa ein gefährliches Tier zu übergeben ist oder ein polizeiwidriger Explosivstoff.

§ 62. Noch mehr zeigt sich die Verknüpfung mehrerer Personen bei den *Wahlverpflichtungen*, bei denen der eine oder andere Teil das Leistungsobjekt durch Wahl zu bezeichnen hat in der Art, daß diese Wahl zugleich die Verhältnisse des anderen Teils bestimmt. Es handelt sich hier um eine begrenzte Unsicherheit, die sich aber vollständig mit einer obligatorischen Gebundenheit verträgt, auch dann, wenn es der Schuldner ist, dem das Wahlrecht zusteht. Nach römischem Rechte war der bloße formlose Rechtsakt nicht genügend, die Wahl durchzuführen; es bedurfte von seiten des Schuldners der Leistung, von seiten des Gläubigers der Klageerhebung und Litiskontestation, um die Wahl endgültig zu vollziehen. Bei uns genügt eine bloße ankunftsbedürftige Erklärung: dann ist die Wahl unverbrüchlich. Wird gewählt, dann gilt der gewählte Gegenstand als der von jeher maßgebende Gegenstand des Schuldverhältnisses. Übrigens kann neben der Wahl auch der zufällige Untergang der einen Sache die Unsicherheit heben; denn sobald die eine Sache untergeht oder die eine Leistung unmöglich ist, ist die andere ebenso Gegenstand des Schuldverhältnisses, als ob sie gewählt worden wäre. Vgl. § 262 f. B.G.B.

Von Wahlverpflichtungen verschieden sind die Verpflichtungen, bei denen der Schuldner eine sog. *facultas alternativa* hat, d. h. die Möglichkeit, sich durch eine andere als die geschuldete Leistung zu befreien, z. B. wenn der Schuldner an sich schadenersatzpflichtig ist, aber die Befugnis hat, an Stelle des realen Schadenersatzes Geldentschädigung zu leisten (z. B. wegen unverhältnismäßigen Aufwands, § 251 B.G.B.), oder wenn jemand verpflichtet ist, eine Sache herauszugeben, aber die Möglichkeit hat, an Stelle der Sache ihren Wert zu bieten (§ 1973, 1992 B.G.B.). In diesem Falle ist nur der eine Gegenstand Verpflichtungsgegenstand, so daß, wenn diese Verpflichtung aus irgend einem Grunde aufhört, nicht etwa der andere Gegenstand in die Verpflichtung eintritt. Der Schuldner hat eben die Möglichkeit, sich durch etwas anderes zu befreien, und dies braucht er nicht, wenn seine Schuld untergegangen ist.

Ebenso kann aber auch bei dem Gläubiger die Rechtslage gegeben sein, daß obgleich die Schuld nur auf das eine geht, der Gläubiger die Möglichkeit hat, statt dessen etwas anderes zu verlangen. So beispielsweise, wenn eine nicht auf Geld gehende Vertragsstrafe ausgemacht ist. Hier besteht, auch wenn der Schuldner die Erfüllung der Hauptschuld unmöglich gemacht hat, nur eine Verpflichtung zum Schadenersatz, nicht eine Verpflichtung zur Zahlung der vertragsmäßigen Strafsache; der Gläubiger aber hat das Recht, diese letztere zu verlangen (§ 342 B.G.B.). Das ist nur eine facultas alternativa, denn durch einmalige Erklärung wird der Gläubiger nicht gebunden, und auch sonst gelten die Grundsätze der Wahlverpflichtung nicht; insbesondere steht es dem Schuldner nicht zu, durch Fristsetzung den Gläubiger zur Wahl derart zu zwingen, daß, wenn er nicht wählt, die Wahl auf den Schuldner übergeht, was bei Wahl und Wahlverpflichtungen stattfindet (§ 264 B.G.B.). Ähnlich verhält es sich im Falle des § 124 b Gew.O., von dem bereits oben (S. 653) gehandelt wurde, ähnlich im Fall von § 843 B.G.B. und Rayongesetz § 36, und ähnlich verhält es sich auch mit Wandelung und Preisminderung, wo allerdings § 466 B.G.B. zu beachten ist. Vgl. unten S. 673.

3. Zusammenhänge von Schuldverhältnissen.

§ 63. Die Zusammenhänge, welche man als *gegenseitige Schuldverhältnisse* zu bezeichnen pflegt, gehören zu den interessantesten und wichtigsten Verknüpfungen, welche uns das Recht darbietet. Es handelt sich hier um diejenigen Geschäfte, deren

wirtschaftlicher Zweck der Austausch von Leistungen ist, sei es von Gegenständen gegen Gegenstände, von Diensten gegen Gegenstände, von Diensten gegen Dienste, und die einen besonderen Charakter dann annehmen, wenn auf der einen Seite der zu leistende Gegenstand Geld ist, d. h. der allgemeine abstrakte Wertmesser; denn dadurch gewinnt die Leistung auf dieser Seite etwas Abstraktes, was das Geschäft beweglicher und für die Ausgleichung günstiger macht, als wenn die Leistung aus anderen Dingen bestünde.

Die Verknüpfung dieser zwei Leistungen führt einmal zu demjenigen, was man exceptio non adimpleti contractus genannt hat, wovon bereits in der Lehre von den Einreden gesprochen wurde (S. 584). Aber die Verknüpfung hat noch sehr wichtige weitere Folgen, für den Fall nämlich, daß auf der einen Seite Rechtsveränderungen eintreten: in diesem Falle geht es nicht an, ohne weiteres die andere Leistung in ihrem vollen Maße bestehen zu lassen: dadurch würde das Gesamtbild verzerrt, und das Zusammenwirken beider Leistungen zu einem wirtschaftlichen Zwecke würde in einer der Absicht der Parteien und den Anschauungen des Verkehrs widersprechenden Weise verschoben.

Das B.G.B. § 323 f. hat sich sehr eingehend mit diesen Beziehungen befaßt; aber sie bieten so viele Gesichtspunkte, daß unmöglich eine Gesetzgebung all und jede Kombination zu regeln vermag; die Rechtswissenschaft muß daher mit einer gewissen Freiheit an die Bestimmungen des Gesetzes herantreten und darf sich nicht durch den Buchstaben binden lassen. Das hat man bis jetzt zu wenig beachtet, und man ist bereits sehr tief in die Buchstabenjurisprudenz hineingeraten, — eine Kinderkrankheit, von der man sich hoffentlich sehr bald erholen wird.

Tritt von einer Seite nachträglich eine Unmöglichkeit oder ein Unvermögen der Leistung ein, für das man nicht zu haften hat, so muß auf der anderen Seite die entsprechende Leistung ebenfalls aufhören, geschuldet zu werden. Es entstünde sonst ein ganz anderes Ergebnis, als man verkehrsmäßig erstrebte: man wollte Leistung gegen Leistung und hätte nun einseitige Leistung.

Allerdings ist damit die Sache nur insoweit erledigt, als es sich um momentanen Tausch handelt; denn wenn auf der einen oder anderen Seite länger dauernde Leistungsverhältnisse vorliegen, so kann der Fall nicht damit abgetan sein, daß man für die nicht mögliche Leistung auf der einen Seite einfach die entsprechende Leistung auf der anderen Seite entfallen ließe. Wenn z. B. bei einem Dienstverhältnis der Dienstleistende eine Zeitlang an der Dienstleistung gehindert ist, so ist das Verhältnis nicht damit begütigt, daß ein entsprechender Lohnabzug stattfindet, sondern man muß auch erwägen, ob nicht das Dienstverhältnis eine Einheit bildet, deren Fortsetzung dem Zahlungleistenden nicht zugemutet werden kann, sobald es eine Zeitlang unterbrochen wird. Und noch viel mehr gilt dies bei Gesellschaftsverhältnissen: hier können darum die gewöhnlichen Grundsätze des Tauschgeschäftes nur rechtsähnliche Anwendung finden und müssen durch andere, der Besonderheit des Vertragsverhältnisses entsprechende Regeln ergänzt oder geändert werden. Vgl. auch S. 694 f.

Liegt eine teilweise Unmöglichkeit vor, so ist die andere Leistung entsprechenderweise zu verringern, und dies in der Art, daß, wenn sie nicht in Geld besteht, zwar die ganze Sache zu geben ist, aber der Überschuß in Geld vergütet werden muß. Indes kann auch dies nicht immer wörtlich durchgeführt werden; so, wenn beispielsweise auf der einen Seite eine Wohnung, auf der anderen Seite Dienste zu leisten sind, und wenn der Dienstleistende erkrankt, so daß er die Dienste nur mangelhaft tun kann; hier wäre es nicht entsprechend, wenn er nun doch die Wohnung behielte und darauf zu zahlen hätte; am allerwenigsten, wenn er etwa als Pförtner in die Wohnung aufgenommen ist, um die Dienste für das Haus zu leisten. In solchen Fällen müssen die besonderen Grundsätze des Dienstverhältnisses mit in Betracht kommen, und muß dem Hausherrn ein Kündigungsrecht gewährt werden (§ 323, 473, 626 B.G.B.).

Schwieriger noch werden die Verhältnisse dann, wenn der eine Teil für die Nichtleistung verantwortlich wird, weil er die Unmöglichkeit zu vertreten hat. So kann bei-

spielsweise der Gläubiger dafür aufzukommen haben, daß der Schuldner nicht leistet, weil er selber die Leistung unmöglich macht, indem er z. B. seine Räume nicht dazu bietet, damit der Maler dortselbst mit den Fresken die Wände ziert. Im allgemeinen gilt hier der Grundsatz, daß der Herr des Hauses in solchem Falle dem Maler doch die volle Vergütung zu zahlen hat, allerdings mit den bekannten Abzügen, mit Abzug dessen, was erspart ist, und dessen, was der Maler dadurch, daß er seiner Dienste entledigt wird, bequem anderweit verdienen kann (§ 324 B.G.B.). Dies gilt auch, wenn der Maler teilweise gemalt hat und der Hausherr ihn nicht fertig malen läßt. Wie aber, wenn das Haus abbrennt und die Mauer nicht dargeboten werden kann? Hier ist nur für das bisher Geleistete zu zahlen, weil hier nicht ein bloßer Annahmeverzug des Hausherrn, sondern zugleich eine Leistungsunmöglichkeit des Malers vorliegt. Davon wird später (S. 684 f.) in der Lehre vom Werkvertrag weiter die Rede sein.

Ähnliche Grundsätze müssen auch bei dem Patienten in einer Heilanstalt gelten: kommt der Leidende nicht, nachdem alles bestellt ist, so zahlt er das Bedungene mit den entsprechenden Abzügen, ebenso, wenn er sich vorher entfernt; tut er es aber, weil er die Heilbehandlung nicht ertragen kann, so bezahlt er nur das dem Bisherigen Entsprechende, denn es liegt zugleich die Unmöglichkeit der Leistung vor: eine Heilmethode, die schädlich wirkt, ist für ihn keine Heilmethode. Schwierigkeiten entstehen, wenn die Leistungen in der fortdauernden Lieferung von vertretbaren Sachen für individuelle Zwecke bestehen; z. B. der Gast eines Hotels hat sich für gewisse Mahlzeiten verpflichtet und kann wegen Erkrankung an den Mahlzeiten nicht teilnehmen. In solchem Falle kann der Pensionspreis von ihm nur verlangt werden abzüglich dessen, was der Wirt dadurch erspart, daß er ihm nicht zu leisten hat. Zwar kann man hier nicht sagen, daß der Gast dem Wirt die Leistung unmöglich macht; denn der Wirt kann ja immerhin die Gerichte bereitstellen, die dann der Gast, der nur Schleimsuppen und Thee genießen darf, einfach zurückschickt; allein eine solche Behandlung wäre völlig abwegig: es wäre ganz sinnlos, wenn etwa der Wirt speziell für den Gast, der möglicherweise der einzige Gast ist, Gerichte herstellte, von denen dieser mit seinem Arzte zum voraus erklärt hat, daß er sie nicht genießen kann. Sollte man vielleicht die angebotenen Gerichte der öffentlichen Versteigerung aussetzen? Dies wäre lächerlich, ganz abgesehen davon, daß es widersinnig wäre. Was auf der Table d'hote, oder was dem Gast aufs Zimmer „serviert" wird, das wird nur zum Selbstgenuß serviert; es wird nicht serviert, um aus dem Hotel herausgetragen zu werden. Es zeigt sich auch hier die Unzulässigkeit einer Buchstabeninterpretation; nach dem Buchstaben des Gesetzes allerdings wäre hier der Gast in einer schlimmen Lage: er könnte sich nicht auf die Grundsätze des Werkvertrages berufen, die ihm nach § 649 B.G.B. helfen könnten, da im Falle der Leistung vertretbarer Sachen, die der Wirt mit eigenen Rohstoffen herstellt, die Grundsätze des Werkvertrages keine Anwendung finden, sondern nur die des Kaufes (§ 651 B.G.B.). Nichtsdestoweniger kann hier der Gast, sofern er nur von seinem widerspenstigen Magen in gehöriger Zeit Mitteilung gemacht hat, einen Abzug begehren. Richtiger wäre es allerdings, wenn für solche Fälle das Gesetzbuch eine Bestimmung gegeben hätte; denn wie mancher kann sich hier das Stillschweigen des Gesetzes zu nutze machen!

Am allerschlimmsten aber fährt man mit der Wortauslegung, wenn es sich um den Fall handelt, wo der Schuldner selber durch sein Verschulden sich die Erfüllung unmöglich gemacht hat. Es versteht sich von selbst, daß der Gläubiger in diesem Falle Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann. Dies könnte er schon bei einseitigen Vertragsverhältnissen; man denke sich das Ergebnis, daß bei einem Schenkungsversprechen der Schenker aus Zorn und Arglist den Gegenstand der Schenkung absichtlich vernichtet hätte (§§ 280, 521 B.G.B.). Handelt es sich aber um einen gegenseitigen Vertrag, so treten hier besondere Interessen ins Spiel. Einmal kann, wenn die eine Leistung auf solche Weise unmöglich gemacht wird, der andere Teil von sich aus leisten und von dem Schuldigen Schadenersatz verlangen. Dann wird die Sache nach den Grundsätzen des einfachen Vertrages behandelt; denn es ist nicht einzusehen, warum der vertragstreue Teil hier nicht die nämlichen Rechte haben sollte, wie wenn beide Leistungen getrennt wären:

ist es doch die Schuld des anderen Vertragsgenossen, daß das Verhältnis von Leistung zur Leistung gebrochen worden ist! Aber der vertragstreue Teil kann auch etwas Weiteres: er kann erklären: ich hätte aus der Gesamtheit von Leistung und Gegenleistung einen Vorteil erlangt, und diesen Vorteil will ich haben; ich will ihn haben anstatt des Wechselspiels von Leistung und Gegenleistung, das der andere Teil unmöglich gemacht hat. Man denke sich den Fall, daß zwei Pferde gegeneinander umgetauscht werden sollen, und daß A, der dabei ein schlechtes Geschäft macht, etwa aus Zorn sein Pferd zu schanden reitet und dadurch seine Leistung unmöglich macht. Hier kann es vollkommen außerhalb der Interessen des B sein, sein gutes Pferd daran zu geben, um nun an Stelle des untergegangenen Pferdes des A Geld zu bekommen: da er kein anderes Pferd bekommt, so will er naturgemäß das seinige behalten. Das kann er sicher; er kann vom Vertrage zurücktreten; der § 325 B.G.B. gestattet es ihm ausdrücklich. Er kann aber auch sagen: ich will dasjenige haben, was ich bei dem Tausch gewonnen hätte; es wäre im höchsten Grade ungerecht, ihm den Schadenersatz zu verweigern oder ihn nur unter der Bedingung zuzugestehen, daß er bei der Realerfüllung bleibt und sein gutes Pferd hingibt. Eine solche Unangemessenheit liegt nicht im Gesetz; sie wird nur durch unrichtige Auffassung hineingetragen, wobei zu bemerken ist, daß die Vorarbeiten überhaupt außer Betracht bleiben. Auch hier handelt es sich um Schadenersatz wegen Nichterfüllung; aber es ist nicht der Schaden, der sich bei einseitiger Betrachtung der Leistungspflicht des A ergibt, sondern der sich bei der Betrachtung des ganzen Verhältnisses zwischen A und B ergibt, indem der dem B günstige Tausch durch die Schuld des A unmöglich gemacht worden ist (§ 325 B.G.B.).

Man will dies nicht gelten lassen; man sagt, B könne zwar sein Pferd hingeben und Schadenersatz verlangen; er könne auch von dem Geschäfte zurücktreten, so daß er sein Pferd behielte, aber nichts bekäme; ein anderes sei nicht möglich. Eine so dürftige und ungelenke Gestaltung kann unmöglich die des B.G.B. sein. Entweder müßte hier B sein gutes Pferd weggeben, oder er müßte auf jeden Schadenersatz verzichten — ein Ergebnis, wie es nur die farbloseste Scholastik ersinnen kann.

Ein weiterer Irrtum, den man hier begangen hat, ist folgender: der Rücktritt soll nach dem B.G.B. in derselben Weise erfolgen wie ein vertragsmäßiger Rücktritt. Die Folge wäre die, daß nach § 347 nicht nur der arglistige Schuldner A das ihm etwa vorgeleistete Pferd mit allen Nutzungen zurückzugeben und, wenn ihm Geld vorgeleistet wäre, dies vom Empfang zu verzinsen hätte, sondern auch daß, wenn anderseits dem unschuldigen B Vorleistung gemacht worden wäre, z. B. in Geld, er dies von Anfang an zu verzinsen hätte oder, wenn eine Vorleistung in einer Sache erfolgte, er für die Nutzung der Sache vom Empfang an einstehen müsse, auch dann, wenn er nicht mehr bereichert wäre. Z. B. zwei tauschen ihre Gärten aus; A liefert vertragstreu, B gibt einstweilen die Hälfte und behält die andere Hälfte, beginnt aber aus Ärger über das Geschäft auf dieser Hälfte sofort einen lästerlichen Vandalismus. A tritt vom Vertrage zurück und bezieht sich nach dem B.G.B. darauf, daß er mit der gelieferten Hälfte des Gartens nichts anfangen kann. Der böse Partner B muß natürlich den Garten des A mit allem Drum und Dran nach § 347 B.G.B. zurückgeben; er haftet also für die Früchte, die er bezogen oder hätte beziehen können, auch wenn er nichts mehr davon besitzt, auch wenn er hier niederträchtig gewirtschaftet hat. A aber hat aus der ihm gelieferten Hälfte des Gartens Früchte bezogen, die ihm bei seiner Sorglosigkeit gestohlen worden sind. Muß er nun dem bösen Nachbarn auch für die gestohlenen Früchte büßen? Auch das wäre eine vollständig verfehlte Gestaltung: der Unschuldige müßte für den Schuldigen leiden. Hier bietet das B.G.B. selbst in § 327 den nötigen Anhalt, um dem unschuldigen Gläubiger zu helfen; denn er besagt, daß, wenn der Rücktritt ausnahmsweise bei Nichtverschulden des Schuldners möglich ist, dieser nur soweit haftet, als er bereichert ist. Das muß aber auch von dem unschuldigen zurücktretenden Gläubiger gelten[1].

[1] Der § 347 B.G.B. paßt ganz gut bei dem vertragsmäßigen Rücktrittsvorbehalt, weil hier jeder Teil gewitzigt ist, ähnlich wie bei der Klagerhebung; er paßt nicht auf Fälle, wo die Schuld des ungetreuen Vertragsgenossen zum Rücktritt Anlaß gibt.

Noch viel häufiger als der Fall, daß der eine Schuldner seine Leistung unmöglich macht, ist der Fall, daß er mit seiner Leistung in Verzug bleibt. Vom Verzug im allgemeinen ist bereits (S. 648) die Rede gewesen. Bei gegenseitigen Verträgen gaben schon das französische Recht und das Handelsgesetzbuch, wennschon unter verschiedenen Kautelen, dem nichtsäumigen Teil das Recht des Rücktritts, d. h. die Befugnis, die Abhängigkeit beider Verpflichtungsverhältnisse und die durch die Abhängigkeit entstehenden Schwächen des Ganzen dadurch zur Geltung zu bringen, daß er die Lösung des Ganzen verlangte. Das B.G.B. hat dies übernommen; der säumige Teil wird hier behandelt, als ob er seine Leistung unmöglich gemacht hätte; wobei man aber regelmäßig die Setzung einer Nachfrist erfordert. Dies ist die wichtige Bestimmung des § 326 B.G.B. Früher gründete man dieses Rücktrittsrecht auf einen stillschweigenden Willen der Parteien, auf eine lex commissoria tacita und ähnliches. Heutzutage ist es die ganze Verkehrsvernunft, die dahin drängt, in solchem Falle den vertragstreuen Teil nicht zu binden, ihn nicht an Abwicklungen zu ketten, die nicht zu dem vertragsmäßigen Ergebnisse führen können. Zwar möchte man entgegenhalten, daß er dadurch den anderen Teil schädige; allein, da dieser durch sein Verschulden die ganze Mißlage herbeigeführt hat, so muß er dies eben tragen. Im gemeinen Rechte suchte man ein ähnliches Verhältnis durch die Erwägung herbeizuführen, daß der vertragstreue Teil A hier sagen könne, sein Interesse bestehe darin, daß das Geschäft aufgelöst werde, und B sei verpflichtet, durch Auflösen des Geschäftes dieses Interesse zu befriedigen. Diese Betrachtungsweise war nicht uneben, sie reichte aber doch nicht aus, weil es in vielen Fällen schwer hält, ein solches Interesse darzutun, und jedenfalls führt dies nicht zu schlanken und sicheren Ergebnissen.

Aber auch hier gilt das Obige. Auch hier ist zu sagen, daß der vertragstreue Teil die Wahl hat, zurückzutreten oder Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen; auch hier ist weiter zu sagen: letzteres kann er in der Art, daß er seinerseits erfüllt und einseitig Schadenersatz begehrt; er kann aber auch zurücktreten und Ersatz verlangen für den Vorteil, den das Gesamtgeschäft ihm gebracht hätte. Jede andere Behandlung verstößt gegen die Gebote der Angemessenheit des Verkehrs.

Ist auf der einen Seite der geschuldete Gegenstand geleistet, auf der anderen Seite die Leistung gestundet, so findet wegen Leistungsverzugs kein Rücktrittsrecht statt, denn man will eine rückläufige Bewegung des Kaufgegenstandes wegen der damit verbundenen Verkehrsstörung möglichst ersparen, § 454, 515 B.G.B.

§ 64. Das Problem der Gesamtschuldnerschaft, d. h. des Verhältnisses, wo mehrere Schuldner für dieselbe ganze Leistung einstehen, ist vor dem B.G.B. in Deutschland viel, wohl allzuviel behandelt worden, allerdings meist in scholastischer Weise ohne Erkenntnis des Handels und Wandels und ohne Eindringen in die Bedürfnisse des Verkehrs, welche zu dieser Rechtsform geführt haben. Dazu kam, daß Einzelheiten des römischen Rechtes oft in verkehrter Weise aufgefaßt wurden, was um so unfruchtbarer war, als die Stellen offenbar teilweise interpoliert sind und uns nur ein getrübtes Bild dessen geben, was die römischen Juristen seinerzeit gemeint haben. So viel daher auch die Materie besprochen worden ist, wichtige Fragen wurden nicht oder nur ganz unvollständig und flüchtig erörtert.

Die ganze Unterscheidung, mit der man sich ein Jahrhundert lang herumgequält hat, zwischen Korreal- und Solidarobligationen, und der ganze Unterschied zwischen dem einen Fall, wo angeblich nur eine Obligation mit mehrfachen Subjektivbeziehungen, und dem anderen Fall, wo zwei Obligationen vorhanden sind, ist unpraktisch geblieben und hat nur zu den äußersten Subtilitäten und Verwirrungen geführt. Von einer Einheit oder Mehrheit von Obligationen kann hier gar nicht die Frage sein: wenn mehrere Personen verpflichtet sind, so sind es eben mehrere Schuldverhältnisse, und nur das ist hierbei möglich, daß diese Mehrheit der Schuldverhältnisse zu einem und demselben Ziele führt und eine und dieselbe Leistung bezweckt. Es ist eine gesunde Idee, daß mehrere Personen verpflichtet sind in Bezug auf den nämlichen Leistungsgegenstand; denn in diesem Falle hat der Gläubiger mehrere Schuldverhältnisse zu seiner Verfügung, und

er kann sicherer auf die Erfüllung rechnen, als wenn er nur einen Schuldner in Verpflichtung hätte; und zwar kommen hierbei nicht nur die Wertgarantien in Betracht, welche in dem Vermögen der verschiedenen Schuldner liegen — das gleiche könnte ja auch ein Pfand bieten —, sondern auch die persönlichen Sicherheiten, die darin bestehen, daß mehrere Personen eine Verbindlichkeit als ihre Schuld und damit als ihr „Obligo", als ihre zugleich moralische Pflicht übernehmen. Der Gläubiger kann daher auf mehrere statt auf einen Willen vertrauen. Im übrigen beruht der ganze Unterschied zwischen Korreal- und Solidarobligation auf folgendem Entwicklungsmoment:

Es ist den Völkern ursprünglich noch nicht faßbar, daß zu gleicher Zeit mehrere Personen auf denselben Gegenstand verpflichtet sein können, und der Gedanke der Gesamtschuld macht darum verschiedene Stufen durch, bis er sich in seiner Reinheit darstellt: entweder so, daß nur der eine verpflichtet ist und der andere nur unter bestimmten Umständen hervortritt, oder so, daß der Gläubiger eine Art von Wahlrecht hat, so daß er unter verschiedenen Verpflichteten wählen kann, aber, wenn er wählt, damit zugleich die Verbindlichkeit des einen befestigt, die der anderen beseitigt. Diesem System gehört die römische Korreal-Obligation an, deren Hauptcharakteristikum darin bestand, daß, wenn der Gläubiger den einen Schuldner bis zur Litiskontestation verklagt hatte, die übrigen frei wurden. Es war eben den Römern nicht angängig, anzunehmen, daß neben der prozessualischen Verbindlichkeit des einen die materielle Verbindlichkeit der anderen noch weiterbestünde. Eine weitere Entwicklung war es, als man sich darüber hinwegsetzte, und das ist in der sog. Solidarobligation geschehen, während man sich mit der Form der Korrealobligation, die durch die eigentümlichen Prozeßverhältnisse noch begünstigt war, bis in die späteren Zeiten behalf. Als dann diese Besonderheit der Korrealobligation erlosch, war ein Unterschied zwischen beiden nicht mehr gerechtfertigt, und von einer doppelten Art der Gesamtverbindlichkeiten hätte im 19. Jahrhundert nicht mehr die Rede sein sollen, ebensowenig, als in den Zeiten des Bartolus oder in den Zeiten der Praktiker des 16. oder 17. Jahrhunderts davon die Rede war, abgesehen von einigen Andeutungen bei Molinäus u. a.

Von viel größerer Bedeutung ist das germanische Element, das sich während der mittelalterlichen Entwicklung siegreich in das Institut eingeschoben hat, nämlich das Element, daß die mehreren Schuldner eine Genossenschaft bilden, von denen zwar jeder dem Gläubiger gegenüber als Gesamtträger der Schuld auftritt, aber so, daß die mehreren unter sich Genossen sind, welche die Lasten der Schuld gemeinsam zu tragen haben, allerdings je nach der Art ihrer Beteiligung in sehr verschiedener Weise[1]. Dies ist ein außerordentlich fruchtbarer Gedanke, der im römischen Recht nur unvollkommen zur Entwicklung kam, aber im gemeinen Recht, beispielsweise von Molinäus, klar erkannt wurde. In seinem etwas wunderlichen Werke Extricatio Labyrinthi dividui et individui Pars III nr. 89 sagt er von den Korrealschuldner: inter se debent contribuere, ut unus conventus et coactus totum praestare recursum habeat contra consortes etiam sine cessione actionum creditoris, idque indistincte etiam si ex causa lucrativa obligati sint; und weiter handelt er darüber in seinen „lectiones Dolanae" unter Bezug auf fr. 76 de solut. Wie sehr er hierin seiner Zeit vorangeschritten war, zeigt der Umstand, daß noch im 18. Jahrhundert Pothier ihm nicht folgen konnte[2], und noch mehr, daß man selbst im 19. Jahrhundert in dieser Beziehung fehlgegangen ist. Heutzutage ist der Gedanke siegreich zum Ausdruck gekommen; es wäre unserem Gerechtigkeitsgefühl sehr zuwider, wollten wir annehmen, daß der Zufall, ob es dem Gläubiger gefiele,

[1] In genialer Weise spricht dies der Sachsenspr. III 85 § 1 aus: Svar mer lüde den ein geloven to samene en weregelt oder en ander gelt, al sin sie it plichtich to lestene, die wile it unvergulden is, unde nicht ir iewelk al, mer manlik also vele alse ime gebort, unde alse vern als (man) in dar to gedvingen mach von gerichtes halven die, deme it dar gelovet is, oder die it mit ime gelovede, of he it vor ine vergulden hevet. Die Stelle steht an Rechtsinstinkt weit über dem römischen Recht. Vgl. ferner Schilter, praxis juris romani XLVIII 19, Bluntschli, Rechtsgeschichte von Zürich II S. 237, Huber, Schweizer. Privatr. IV S. 848. Materialen bei Stobbe, Geschichte des d. Vertragsrechts S. 139 f.

[2] Pothier, Traité des oblig. II ch. 3 a 8 § 5, der auch ein Urteil vom 26. August 1706 und Renusson, traité des subrogations ch. 9 Nr. 68 und Nr. 7 gegen Dumoulin anführt.

eher den einen als den anderen zu belangen, darüber zu entscheiden hätte, wer schließlich die Last zu tragen habe. Allerdings darf solches Genossenschaftsverhältnis dem Gläubiger gegenüber nicht hervortreten, und es war ein Irrgang, als man in der gemeinrechtlichen Praxis den Genossen allgemein ein Recht der Teilung, eine exceptio divisionis, gegenüber dem Gläubiger geben wollte, so daß dieser die Forderung unter die zahlungsfähigen Gesamtschuldner zu zerlegen hätte. Damit hob man zwar die Vorteile der Gesamtschuld nicht vollkommen auf, allein sie wurden doch bedeutend verringert; denn was die Schuldner hierbei gewannen, das büßte der Gläubiger ein an Schnelligkeit und Leichtigkeit des Einzuges. Darum wollte auch der Handelsverkehr von dieser Einrede nichts wissen, und auch unser B.G.B. hat sie nicht aufgenommen. Das Genossenschaftsverhältnis ist eben eine Sache unter sich und berührt nur die Genossen, nicht den Gläubiger. Nur in zwei Fällen kann eine Einwirkung auf das Gläubigerverhältnis nicht abgelehnt werden, wovon alsbald (S. 663) noch zu sprechen sein wird.

Auf diese Weise sind die Gesamtschuldner selbständige Schuldner, was sich auch dadurch erweist, daß der eine unbedingt, der andere bedingt, der eine unbetagt, der andere betagt verpflichtet sein kann. Eine Zeitlang wollte man allerdings noch neue Elemente einschieben, entweder das, daß die mehreren Gesamtschuldner einander gegenseitig verträten, so daß, was gegenüber dem einen geschieht, auch gegenüber dem anderen als geschehen zu gelten habe; oder man hegte den Gedanken, daß ein gegenseitiges Bürgschaftsverhältnis vorliege und jeder für den anderen einzustehen habe, was man sich etwa so dachte, daß jeder für seinen Teil Selbstschuldner sei und für den Teil der übrigen Bürge. Beide Ideen sind abzulehnen. Von einer solchen Vertretung kann keine Rede sein: sie wäre in den Verhältnissen nicht begründet; ohne Wissen und Willen des einen kann ein zweiter und dritter Gesamtschuldner werden, und es wäre eine Art von Bedrängnis, wenn etwa der frühere, der von den neuen Herren Samtschuldnern nichts weiß, sich gefallen lassen müßte, was diesen gegenüber geschieht. Aber auch die Idee der gegenseitigen Bürgschaft wird den Verhältnissen nicht gerecht. Es ist durchaus nicht der Gedanke, als ob die eine Persönlichkeit für die andere eintreten solle, sondern alle treten zusammen ein für einen gemeinsamen Zweck. Daher ist zwischen der Gesamtschuldnerschaft und der Bürgschaft ein großer Unterschied. Der Bürge hat für den Hauptschuldner aufzukommen; alles, worin der Hauptschuldner dem Gläubiger gegenüber seine Lage verschlechtert, muß der Bürge auf sich nehmen: er muß für den Verzug haften wie für die Verschuldung (§ 767 B.G.B.). Das sind Verhältnisse, die der Gesamtschuldnerschaft widersprechen: kein Gesamtschuldner will Gewähr leisten, daß sein Genosse gut und zuverlässig sei, sondern jeder verspricht nur die Leistung derselben Sache und tritt dadurch in das gemeinsame Leistungsinteresse. Und die Sicherheit des Gläubigers liegt nicht darin, daß die Schuldigkeit des einen sich der des anderen accessorisch anhängt, sondern darin, daß jeder Teil für sich Schuldner ist.

Jeder Teil ist also für sich Schuldner, woraus klar hervorgeht, daß die Vollstreckung gegen jeden unabhängig geschehen kann, ohne Rücksicht auf das, was der Gläubiger von den anderen bekommen kann; nur daß natürlich, wenn der Gläubiger völlig bezahlt wird, die Schuld eines jeden erlischt. Daher kann im Konkurs eines jeden der verschiedenen Gesamtschuldner das Ganze angemeldet werden, und wenn die Schuldner zu einem Tun verpflichtet sind, so können gegen jeden zu gleicher Zeit die Zwangsmittel des Prozesses angestrengt werden, bis eben der Gläubiger seine Befriedigung hat. Man hatte früher vielfach die Behandlungsweise verteidigt, als ob der Gläubiger nur gegen den einen auf das Ganze vorgehen könne und gegen die übrigen nur auf den zu erwartenden Ausfall, eine Behandlungsweise, welche vollkommen dem Zweck widerspricht und den Gedanken verletzt, daß jede der verschiedenen Haftungen dazu da ist, um das eine Ergebnis vollständig zu erzielen. Wenn der Gläubiger von jedem das Ganze so lange prozessualisch eintreibt, bis er *einmal* das Ganze hat, so treibt er nur das ein, was er zu verlangen hat. Warum er das Ganze nicht durch mehrmaliges Eintreiben erreichen könne, ist nicht einzusehen.

Das B.G.B. hat nun die Folgerungen aus allen diesen Gedanken richtig gezogen. Es kennt weder eine exceptio divisionis, noch nimmt es eine gegenseitige Vertretung oder

gegenseitige Verbürgung an. Zahlt einer der Schuldner, so werden natürlich alle befreit, ebenso im Falle der Leistung an Erfüllungs Statt und ebenso im Falle der Aufrechnung. Alles das ist um so klarer, als ja auch, wenn ein Dritter bezahlt, oder der Gläubiger von einem Dritten an Erfüllungsstatt angenommen hätte, oder eine Aufrechnung durch einen Dritten in statthafter Weise erfolgt wäre, die Obligation erlöschen müßte. Denn daß, wenn gezahlt, oder dafür ein rechtlich vollgültiger Ersatz gegeben ist, die Obligation untergeht, ist allgemein Rechtens und gar keine Eigentümlichkeit der Gesamtschuld. Und ebenso versteht es sich von selber, daß, wenn der Gläubiger dem einem gegenüber in Annahmeverzug kommt, der Annahmeverzug allen nützt; denn auch wenn ein Dritter in rechtsgültiger Weise Zahlung angeboten hätte und der Gläubiger in Annahmeverzug gekommen wäre, so müßte dieser Annahmeverzug dem Schuldner nützen und seine Stellung in der Schuldhaftung erleichtern; der zahlende oder zahlenwollende Genosse gilt aber mindestens so viel wie ein dritter.

Ebenso versteht es sich von selber, daß, wenn der eine der Schuldner in Verzug kommt oder durch seine Fahrlässigkeit oder Arglist seine Schuldhaftung steigert, dies nur sein spezieller Nachteil ist und in keiner Weise die übrigen Schuldner treffen kann; ebenso ist es hiernach klar, daß die Verjährung des einen in keiner Weise den anderen berührt, was ja um so selbstverständlicher ist, als möglicherweise für die verschiedenen Schulden trotz der Gesamtschuldnerschaft verschiedene Zahlungsziele bestehen können und, wie bereits (S. 661) bemerkt, der eine bedingt, der andere unbedingt, der eine betagt, der andere unbetagt haften kann. Wenn man früher angenommen hat, daß durch die Unterbrechung der Verjährung des einen auch die Verjährung der übrigen unterbrochen würde, so ist dies völlig unhaltbar und den Lebensverhältnissen widersprechend; denn wie soll es gerecht sein, daß der eine, der auf die Verjährung baut, dadurch um dies Hilfsmittel gebracht wird, daß irgend einer der übrigen, ihm vielleicht ganz unbekannten, Gesamtschuldner verklagt wird oder ein Anerkenntnis ausspricht!

Und ebenso begründet ist es, daß der Prozeß eines jeden selbständig wirkt und die Entscheidung bezüglich des einen Gesamtschuldners nicht auch gegenüber seinen Genossen gilt. Das Gegenteil wäre nur gerecht, wenn auch die übrigen in den Prozeß hineingezogen worden wären, und das kann ja sowohl der Gläubiger als auch der verklagte Schuldner tun, wenn sie ein Interesse an der gleichheitlichen Feststellung haben. Die Annahme der Einwirkung des Prozesses des einen auf den anderen Schuldner war eben im gemeinen und modernen Recht nur eine verfehlte Folgerung der unrichtigen Vertretungstheorie; im römischen Recht konnte, solange die Korrealobligationen in ihrer eigentümlichen Form bestanden, für diese die Frage nicht auftauchen.

Schwieriger kann nur die Erörterung sein, ob ein Erlaßvertrag mit einem der Gesamtschuldner auch den übrigen zu gute kommt oder lediglich den einen Gesamtschuldner beseitigt, so daß bezüglich der übrigen die Schuldnerschaft bleibt. Es wäre nun ein Rechtssatz denkbar, wonach der Erlaß immer nur gegenüber demjenigen Schuldner wirkt, mit dem der befreiende Vertrag abgeschlossen worden ist; denn von einem Vertretungsverhältnis ist keine Rede. Indes, warum sollte nicht auch ein Erlaß zu Gunsten Dritter erfolgen können, also ein lösender Vertrag mit Wirkung auf einen Dritten, ebenso wie ein verpflichtender Vertrag zu Gunsten eines Dritten? Und dafür muß um so mehr noch die Art sprechen, wie der Erlaß sich betätigen kann, nämlich durch Rückgabe des Schuldscheines, der möglicherweise von sämtlichen Schuldnern unterzeichnet ist. Anderseits versteht sich von selber, daß auch ein Erlaß im minderen Sinne möglich sein muß, in der Art, daß bloß der eine Schuldner ausscheidet, die übrigen bleiben[1]. Das B.G.B. hat mit Recht beide Arten des Erlaßvertrags als möglich hingestellt und dabei bestimmt, daß im Zweifel die mindere Art anzunehmen sei. In diesem Falle allerdings läßt sich ein Hervortreten des Genossenschaftsverhältnisses nicht vermeiden, wie sich alsbald ergeben wird.

[1] Nach den Statuten von Rom 1363 I § 102 sollte der Vergleich mit einem Solidarschuldner auch für die übrigen gelten.

Daß endlich das Schuldverhältnis im Konkurse eines jeden Gesamtschuldners auf das Ganze geltend gemacht werden darf, im Konkurse eines jeden unabhängig vom Konkurse des anderen, ist in § 68 Konk.O. ausgesprochen. (Dazu Leitfaden 2. Aufl. S. 196.)

Aus der genossenschaftlichen Beziehung der Schuldner aber ergibt sich der Rückgriff, der recursus, wie schon Molinäus lehrte: hat also der eine bezahlt, so hat er den Rückgriff gegen seine Genossen, in der Art, daß schließlich die Last sich verteilt, nach Art des genossenschaftlichen Verhältnisses. Der Rückgriff könnte so gestaltet sein, daß A, der gezahlt hat, von dem Genossen B die Zahlung des Ganzen verlangen könnte, abzüglich des dem A zur Last fallenden Teiles, und daß B sodann gegen C in ähnlicher Weise vorginge. Bei uns hat sich aber schon längst ein anderes System als dem genossenschaftlichen Verhältnisse entsprechender entwickelt, wonach A von Anfang an von jedem Genossen nur den Ersatz des diesem Genossen zur Last fallenden Teiles zu begehren berechtigt ist, also, wenn jeder Genosse ein Drittel zu tragen hat, von jedem ein Drittel, während er sein Drittel auf sich behält[1]. Sollte einer der Genossen zahlungsunfähig sein, so haben die übrigen die Sache unter sich auszumachen, wie wenn der Zahlungsunfähige nicht vorhanden wäre. Das Verhältnis, in dem die Genossen zueinander stehen, richtet sich nach dem Obligationsgrund: möglicherweise kann der eine alles zu tragen haben, so daß der Regreß ganz auf ihn zurückgeht; gewöhnlich aber werden sie sich teilen, wobei die Beteiligung wieder eine mannigfaltige sein kann, im Zweifel aber eine gleichmäßige ist (§§ 426, 840, 841 B.G.B.). Hier kann nun ausnahmsweise das Genossenschaftsverhältnis nach außen hervortreten; denn wenn der Gläubiger einen der Genossen aus der Haftung entlassen hat, in der Art, daß dieser von der Schuld befreit sein soll, so kann das nur in der Art geschehen, daß die übrigen nunmehr dem Gläubiger nur haften abzüglich des Teiles oder des Betrages, den sie von diesem entlassenen Genossen auf dem Wege des Regresses hätten bekommen können; ein zweiter Fall dieses Hervortretens ist gegeben, wenn der Gläubiger einen der Schuldner vorbehaltlos beerbt, in welchem Falle er die übrigen nur abzüglich seines Teils in Anspruch nehmen kann.

Auf solche Weise ist das Gesamtschuldverhältnis im B.G.B. sehr richtig geregelt, und man könnte nur etwa das eine tadeln, daß die Genossenschaftsbeziehung nicht immer in sachgemäßer Weise zum Ausdruck kommt. Hier gilt folgendes: das Gesamtschuldverhältnis kann aus Vertrag oder aus unerlaubter Handlung entspringen. Aus Vertrag entspringt es, sobald mehrere gemeinsam Vertragsschuldner werden, ohne daß eine Teilung der Schuld unter die mehreren verabredet wird (§ 427 B.G.B.). Hier ist es nun ihre Sache, das genossenschaftliche Verhältnis zu regeln. Aus unerlaubten Handlungen aber entspringt die Gesamtschuld dann, wenn mehrere als Mittäter, Anstifter oder Gehilfen derselben Tat beteiligt sind (§ 830 B.G.B.). In solchem Fall wäre es angemessen gewesen, zu bestimmen, daß im Falle fahrlässiger Täterschaft nicht ein gleichheitlicher Rückgriff, sondern ein Regreß nach der Verschiedenheit der fahrlässigen Beteiligung und der Größe der Fahrlässigkeit stattfindet. Es ist gewiß nicht zu billigen, daß z. B., wenn ein Eisenbahnunfall durch die Fahrlässigkeit mehrerer entsteht, wovon den einen nur eine geringe, den anderen eine sehr grobe Schuld trifft, die genossenschaftliche Beziehung eine gleichheitliche sein soll. Doch wird man hier nach Rechtsähnlichkeit des § 254 annehmen können, daß auch unter dem B.G.B., obgleich es dies nicht ausdrücklich besagt, ein verschiedenes Maß der Haftung stattfindet. Im Falle arglistigen Tuns einer Mehrheit von Mittätern aber muß der Rückgriff versagt sein; denn niemand kann sich auf seine Arglist berufen; es wäre skandalös, wenn ein Mörder, der zum Schadenersatz verurteilt wird, auf seinen Mitmörder durch eine Klage zurückgreifen könnte, in der er sagte: ich habe ein Recht, denn ich habe zwar gemordet, aber nicht allein gemordet! Der § 426 („soweit nicht ein anderes bestimmt ist") gibt genügende Handhabe für eine freiere Auslegung. Im übrigen vgl. § 420—427 B.G.B.

---

[1] Dies gilt daher auch dann, wenn der Gläubiger dem Zahlenden seine Rechte ausdrücklich abgetreten hat, Kammergericht 28. Juni 1902 Mugdan V S. 833.

§ 65. Auch die Gesamtgläubigerschaft ist eine Forderung des Rechtes; sie ist eine Gestaltung derart, daß mehrere Personen Forderungsrechte haben in Bezug auf einen und denselben Leistungsgegenstand. Diese Gestaltung ist zwar nicht so dringend notwendig, wie das Gesamtschuldverhältnis, aber auch sie erfüllt wesentliche Aufgaben der Gesellschaft. Einmal kann der Schuldner ein Interesse daran haben, mehreren Personen gegenüberzustehen, mit der Wahl, wem er zahlen will, da, je nach Zeit und Ort, die Zahlung an den einen oder den anderen ihm bequemer sein wird. Dieses Interesse kann allerdings auch auf andere Weise befriedigt werden, nämlich in der Art, daß Stellvertreter für Empfang der Zahlung ernannt werden; doch das würde kaum ausreichen, denn die Vollmacht könnte zurückgenommen werden. Oder man könnte einen sogenannten Zahlungsempfänger, einen solutionis causa adiectus aufstellen, an den der Schuldner ein- und für allemal zahlen dürfte; ein solcher kann dem Schuldner nicht entzogen werden, und damit wäre dem einen Interesse gedient. Dazu kommt nun aber, daß auch auf der Gläubigerseite vielfach ein Bedürfnis nach einer Mehrheit von Personen hervortritt, damit je nach Umständen, nach Ort und Zeit, der eine oder der andere das Nötige zur Erhaltung der Forderung tut und namentlich die sichernden Schritte gegen den Schuldner unternimmt. Dieses Interesse könnte allerdings auch durch Stellvertretung gewährleistet werden, allein auch hier reicht dieses Mittel nicht immer aus: in manchen Fällen würde der Vollmachtsnachweis Schwierigkeiten machen und der Bevollmächtigte könnte in seiner Bewegung nach außen mehr oder minder Hemmnis finden. Um beiden Anforderungen zu genügen, schuf man das Institut der Gesamtgläubigerschaft: man schuf eine Mehrheit von Gläubigern, mit der Doppelfunktion, daß erstens der Schuldner an jeden zahlen könne, und daß zweitens ein jeder Gläubiger das Recht habe, den Leistungsgegenstand einzutreiben und die sichernden Schritte zu tun.

Danach muß das Institut beurteilt werden. Es war daher eine unrichtige Annahme, als man vermeinte, daß durch die Klagerhebung des einen Gläubigers seine Person so fixiert würde, daß der Schuldner nicht mehr an den anderen bezahlen könnte! Dadurch träte man dem Schuldner zu nahe, dadurch nähme man ihm das Wahlrecht, das mit zu den wesentlichen Vorteilen des Instituts gehört. Auf der anderen Seite muß man jedem Gläubiger gestatten, das Leistungsobjekt einzutreiben und den Schuldner mit Prozeß zu überziehen. Der Ausgang des Prozesses kann auch hier nur unter den Parteien, zwischen Kläger und Beklagtem, maßgebend sein; wollen die Parteien mehr, so ist es ihre Sache, die übrigen Gläubiger in den Prozeß hineinzuziehen. Auch das ist nötig, daß ein jeder Gläubiger berechtigt ist, Vergleiche zu schließen oder die Forderung zu erlassen, auch mit der Wirkung, daß der Schuldner allen gegenüber befreit wird, und schließlich muß man dem Schuldner auch ermöglichen, wie er einem jeden zahlen kann, so auch einem jeden gegenüber aufzurechnen. So ist dieses Institut im B.G.B. zutreffend geregelt. Insbesondere wird auch hier eine Ausgleichung unter den Gläubigern nach erfolgtem Zahlungsempfang vorausgesetzt, und solche kommt auch dann in Betracht, wenn einer der Gläubiger den Schuldner beerbt hat und dementsprechend die Schuld als bezahlt gelten muß. Vgl. § 428—430 B.G.B.

Zur Gesamtgläubigerschaft gehört auch folgende Rechtsfigur: Möglicherweise haben zwei Personen das Recht auf eine Leistung, aber in der Art, daß der Erstmeldende den anderen ausschließt; hier muß man annehmen, daß eine Gesamtgläubigerschaft besteht, aber mit einer auflösenden Bedingung in der Art, daß durch die Meldung des einen das Recht des andern zerstört wird; vor dieser Meldung steht der Schuldner ihnen wie Gesamtgläubigern gegenüber. Das Verhältnis kann auch so liegen, daß beide berechtigt sind, daß aber der eine von ihnen, und nur er, die Befugnis hat, durch seine Erklärung den anderen auszuschließen. Ein Fall dieser Art besteht zwischen dem Inhaber des Erneuerungsscheines (Talons) und dem Inhaber des Inhaberpapiers selbst. Ein jeder hat das Recht auf die Zinsbogen, aber wenn der Papierinhaber sich meldet und Widerspruch einlegt, hört das Recht des Taloninhabers auf die Zinsbogen auf. Daß der Taloninhaber auch noch in anderer Weise von dem Inhaber des Papiers abhängig ist, beruht auf anderer Betrachtung; es ist eine Abhängigkeit, wie sie beispielsweise auch bei Gewinnanteilscheinen

gilt; im übrigen ist das Recht des Taloninhabers ein Gesamtgläubigerrecht unter auflösender Bedingung (§ 805 B.G.B.).

§ 66. Bei unteilbaren Schuldverhältnissen treten notwendig gewisse Gesamtschuldner- und Gesamtgläubigerbeziehungen ein, und zwar in der Art, daß nicht nur, wenn ursprünglich mehrere Schuldner vorhanden sind, eine Gesamtschuldnerschaft vorliegt, sondern auch dann, wenn ursprünglich nur ein Schuldner vorhanden war und darauf durch Erbgang eine Mehrheit von Schuldnern eintrat. Hier hatte eine frühere Theorie angenommen, daß die Gesamtschuldnerschaft notwendig eine Milderung dahin erfahren müsse, daß der Gläubiger sämtliche Schuldner heranzurufen habe, um durch gemeinsames Zusammenwirken die Leistung zu vollziehen. Dies hat man aufgegeben, und mit Recht: es ist Sache der Schuldner, zu sehen, wie sie miteinander auskommen; der Gläubiger hat sich schicklicherweise nur an einen der Schuldner zu wenden. Man denke sich z. B. den Fall, daß jemand eine Kassette zur Verwahrung gegeben hat und der Verwahrer gestorben ist, oder daß jemandem die Bestellung einer Grunddienstbarkeit versprochen wurde und der Versprechende von mehreren Person beerbt wird. Hier wird man sagen müssen, daß ein jeder Schuldner, also auch ein jeder der Erben für den ganzen Erfolg eintreten muß, und daß, wenn etwa einer der Mitschuldner seine Mitwirkung versagt und infolgedessen die Leistung nicht gemacht werden kann, sämtliche dafür einzustehen haben; denn dies ist nicht etwa eine nachträgliche, durch schuldhaftes Handeln entstehende Steigerung des Schuldverhältnisses, sondern dies ist das ursprüngliche Schuldverhältnis, das nur eben möglicherweise, wenn der eine seine Mitwirkung versagt, nicht in realer Weise zur Erfüllung gelangen kann. Mithin haftet auch jeder gesamtschuldnerisch für die Kassette und eventuell für den ganzen Schadenersatz. Ganz anders verhält es sich auf der Gläubigerseite. Hier spricht keine Notwendigkeit dafür, daß an einen Gläubiger die ganze Leistung gemacht werden kann, auch nicht, daß ein Gläubiger über die ganze Forderung zu verfügen vermag; denn hier beruht die Gesamtgläubigerschaft nicht auf einer zum Zweck der Erleichterung des Schuldners oder zum Zweck der Bequemlichkeit des Schuldbetriebs eingeführten Veranstaltung, sondern sie beruht darauf, daß die unteilbare Leistung nur in unteilbarer Weise, also nur einmal, nicht in Teilen oder Abschnitten, vollzogen werden kann. Daraus geht von selber hervor: der Schuldner ist berechtigt, zu verlangen, daß alle Gläubiger mitwirken an der Erfüllung, und er kann nicht gehalten werden, an einen einzelnen allein zu leisten; und daher hat zwar ein Gesamtgläubiger die Befugnis, Leistung zu verlangen, aber er kann nicht verlangen, daß an ihn, sondern nur, daß an alle geleistet werde; und er kann daher auch nicht über die Forderung verfügen, er kann sie nicht etwa dem Schuldner erlassen. Vgl. § 431, 432 B.G.B.

4. Übertragung von Schuldverhältnissen.

§ 67. Lange dauerte es, bis die Völker eine Abtretung der Forderungen zugelassen haben, was begreiflich ist, weil in früheren Zeiten der Schuldner geknechtet wurde; eine Übertragung des Schuldknechts kommt zwar im Rechte der Völker vor, aber sie gilt allmählich als Verletzung der Menschlichkeit und unterbleibt. Mit der Milderung des Verhältnisses und der ethischen Gestaltung der gegenseitigen Pflichten mußte dieser Grund mehr oder minder schwinden, und das Bedürfnis nach einer Übertragung mußte sich überall regen, wo der Verkehr einen bedeutenderen Aufschwung nahm. Wenn jemand Forderungen hat und durch irgend welche Umstände genötigt ist, den Verkehr zeitweise zu verlassen, so zeigt sich ein dringendes Bedürfnis, diese Forderungen anderen zum Einzug zu überantworten, um sich die Ruhe des Daseins zu verschaffen. Aber auch sonst, wenn jemand im fremden Lande Forderungen besitzt, kann die Notwendigkeit eintreten, den Einzug anderen zu überlassen, damit man nicht im Auslande zurückgehalten ist. Zwei Institute bieten sich dar, um solchen Bedürfnissen zu entsprechen: die Stellvertretung und die Übertragung. Beide sind Ergebnisse fortgeschrittener Kultur. Die Stellvertretung hat erst in einer späteren Periode angehoben, sie konnte daher den Anforderungen nicht entsprechen und die Über-

tragung nicht überflüssig machen. So bedurfte man also der Abtretung, um ein oft so kostbares Vermögensstück wie die Forderung nicht brachliegen zu lassen, und so entwickelte sich die spekulative Übertragung, denn meist werden die Verkehrsbedürfnisse am besten dadurch befriedigt, daß sich die Spekulation, der berechtigte Verkehrsegoismus, ihrer bemächtigt.

Zwei Mittel haben sich hierbei den Völkern vor allem dargeboten; das eine Mittel bestand darin, daß man die Forderung an eine Urkunde kettete und so gestaltete, daß an den Träger der Urkunde bezahlt werden sollte. Dann konnte man die Urkunde beliebig als ein körperliches Vermögensgut übertragen, und der Inhaber der Urkunde war berechtigt, Zahlung anzunehmen oder auch die Forderung einzutreiben. Dieses Institut hat sich schon bei alten Kulturvölkern entwickelt, z. B. bei den Babyloniern: die Urkunde hatte hier einen gewissen Zauber; an ihr haftete die Forderung, und wurde sie bezahlt, so wurde die Urkunde zerschlagen. Denselben Entwicklungsgang hat auch das germanische Recht durchgemacht; er hat aber weitergeführt[1]: man ist hier nicht bei der Übertragung stehen geblieben, sondern bis zum Inhaberpapier vorgedrungen. Das Inhaberpapier aber zeigt eine über die Forderungsübertragung hinausgehende Entwicklung, deren Ursprung in die alten Zeiten des langobardischen Rechts zurückführt.

Die andere Bildungsform ist die, daß man die Forderung als ein geistiges Wesen, als ein unkörperliches Gut auf einen anderen übergehen läßt, und die Übertragung geschieht daher, wie die Übertragung solcher geistiger Güter, formlos; denn man hat nichts Körperliches, woran das Recht sich heftet, und kann mithin den Übergang nicht durch eine körperliche Übergabe kennzeichnen[2].

Eine solche Übertragung der Forderung als eines unkörperlichen Gutes heißt Abtretung, im gemeinen Recht Zession. Bekannt ist, wie sie sich im römischen Recht entwickelte. Wie so manches Institut hatte sie ihre Wurzel im Prozeß. Der Prätor konnte eine Formel derart geben, daß, während die intentio auf den bisherigen Gläubiger gestellt war, die sog. condemnatio auf den neuen Gläubiger gerichtet wurde. Diese prozessuale Bildung führte eine materielle Rechtsänderung herbei, denn der römische Formularprozeß hatte die wichtige Eigentümlichkeit, daß mit der sog. litiscontestatio auch das materielle Recht in eine ganz neue Erscheinung trat. Solches war der Ausgangspunkt. Es bedurfte daher ursprünglich eines Prozeßbeginns, einer litiscontestatio, um die Übertragung zu bewirken und den anderen Teil in das Forderungsrecht einzusetzen. Dies wurde erleichtert, als man den Prozeß durch denuntiatio an den Beklagten beginnen konnte, und so entwickelte sich die Zession in der Art, daß zum Vertrag, zur Abtretung eine Denunziation an den Schuldner hinzukam; auf die Litiskontestation konnte man verzichten. Von diesem Stande aus ist die Zession in das gemeine Recht übergegangen. Die Bedeutung der Denunziation ist von nun an der Kern der ganzen Entwicklung gewesen. Streifte man hier das prozessuale Gewand ganz ab, so konnte die Denunziation nur den Sinn haben, dem Schuldner von der Abtretung Kenntnis zu geben: sie wurde zur Benachrichtigung; denn daß der Schuldner in irgend einer Weise die Abtretung, kennen muß, ist begreiflich: solange der Schuldner davon keine Kunde hat, muß er sich darauf verlassen können, daß der bisherige Gläubiger sein Gläubiger ist, und muß es ihm möglich sein, diesem zu zahlen oder sonst die weitere Entwicklung des Schuldverhältnisses mit diesem zu vollziehen; eine andere Behandlungsweise würde alle Sicherheit im Schuldrecht zerstören: erst von dem Augenblicke, wo der Schuldner von der Abtretung

---

[1] Vgl. Urkunde Rialto v. 1168 (Arch. Veneto VIII p. 148): promissionis cartam vobis damus et transactamus cum omni suo vigore et robore, habendi, tenendi, inquirendi, interpellandi, placitandi, excuciendi .... Dagegen soll nach den Statuten von Brescia 1313 III 190 (Bestimmung von 1216) eine Cession nur in Notfällen zulässig sein (Mon. hist. patr. II p. 1769).

[2] Auch diese Art der Übertragung finden wir im mittelalterlichen Italien; so in Urkunde v. 9. April 1193 Bettoni, storia della riviera di Salò III Nr. 13: Abbas dedit, cessit, mandavit omnes rationes et acciones ... ita ut ipse U. et M. .... possint movere et intentare et agere et excipere sicut dominus Abbas posset, si retinuisset. Ferner Como 1254 (M. hist. patr. XVI p. 435). Dazu das häufige Verbot der Cession eines streitigen Anspruchs (Rom 1363 I 77: bei Infamie), sowie der Zession an einen Ausländer (Pesaro 1530 III 83) oder in potentiorem, Pistoja 1284 c. 112 (Ed. Zdekauer).

Kenntnis hat, kann man ihm zumuten, den neuen Gläubiger zu berücksichtigen und den alten Gläubiger als abgedankt zu betrachten. War man einmal auf diesem Stande angelangt, so war es nur noch ein Schritt, zu sagen: die Denunziation als Benachrichtigung des Schuldners hat nur die tatsächliche Bedeutung, daß der Schuldner Kenntnis hat und nunmehr weiß, daß er den neuen Gläubiger berücksichtigen soll. Die Lehre des gemeinen Rechts hat sich allmählich auf diesen Standpunkt herausgewagt, und er ist es, den das B.G.B. als Regel angenommen hat.

Daraus geht hervor, daß die Bekanntgebung keinen Einfluß mehr auf die Übertragung hat: sie ist nicht nötig, um die Übertragung als Übertragung zu vervollständigen. Ist daher eine Forderung an zwei hintereinander übertragen, so geht nicht derjenige vor, zu dessen Gunsten die erste Bekanntmachung an den Schuldner erfolgte, sondern der, dem zuerst übertragen worden ist.

Im übrigen hat, wie gezeigt, die Kenntnisnahme des Schuldners die weittragende Bedeutung, daß er bis zu dieser Kenntnisnahme sämtliche die Forderung betreffenden Rechtshandlungen gegenüber dem bisherigen Gläubiger vollziehen darf und diese das Schuldverhältnis vollständig beherrschen. Und ist vor der Kenntnisnahme ein Prozeß zwischen dem bisherigen Gläubiger und ihm anhängig geworden, so geht der Prozeß zwischen beiden weiter, unter vollständiger Beeinflussung der Forderung; er geht ebenso weiter, wie wenn er im Augenblick begonnen hätte, wo der alte Gläubiger noch Gläubiger war (§ 407 B.G.B.). Aber auch wenn der Schuldner vor der Kenntnisnahme Gegenforderungen erwirbt, die ihm die Aufrechnung gestatten, hat er die Aufrechnungsbefugnis ohne Rücksicht auf die bereits erfolgte Übertragung; denn er hat sich ja möglicherweise diese Forderung gerade zu dem Zwecke verschafft, um damit aufrechnen zu können, und es wäre eine ungerechte Minderung seines Rechtsstandes, wenn man ihm die Aufrechnungsbefugnis versagte. Doch hat nur *er* diese Aufrechnungsbefugnis, nicht der bisherige Gläubiger; denn dieser hat die abgetretene Forderung nicht mehr und kann sie daher nicht mehr aufrechnen.

Im übrigen ist der Verkehr mit Forderungen in manchen Punkten auf einem niedereren Stande geblieben, als der Verkehr mit körperlichen Sachen. Bei körperlichen Sachen, wo es sich um das Eigentum handelt, gilt der Grundsatz, daß der gute Glaube vielfach das Recht des Übertragenden ersetzt und den Erwerber zum Eigentümer macht (oben S. 612). Dieser Gedanke ist bei Übertragung unkörperlicher Gegenstände bedeutend zurückgehalten worden. Hier gilt noch die strenge Regel, daß niemand mehr Rechte erwirbt, als der Übertragende hat, und so namentlich auch bei Forderungen. Ist der Übertragende nicht Gläubiger, so wird auch der Erwerbende nicht Gläubiger; hat die Forderung Mängel, so geht sie mit allen Mängeln über; sind Einwendungen begründet, so wird sie nur mit den Einwendungen übertragen. Und dies wird selbst dadurch nicht geändert, daß der Erwerber auf Grund einer Schuldurkunde erwirbt, aus welcher diese Mängel nicht ersichtlich sind. Dasselbe gilt ja auch bei Übertragung von Immaterialrechten: auch hier fehlt es an einer Sicherung des gutgläubigen Erwerbers. Doch hat man bei manchen Immaterialrechten, wie z. B. beim Patentrecht, versucht, durch Aufstellung eines Registers (einer Patentrolle) eine gewisse Sicherheit herbeizuführen, und in der Tat könnte man dieses, wie bereits oben (S. 621) bemerkt, wie ein Grundbuch konstruieren. Bei Forderungen gilt dies alles nicht. Der Grund ist leicht begreiflich. Sicher hätte der Verkehr hier zu derartigen Rechtssätzen geführt, hätte nicht ein anderes, viel bequemeres und wirksameres Institut die Aufgabe erheblich besser erfüllt, nämlich das Institut des Order- und Inhaberpapiers. Bei diesem aber handelt es sich nicht mehr um Übertragung von Forderungen, sondern um ganz andere Dinge, um Kreation (Schuldschöpfung) und um Übertragung des körperlichen Papiers. Diese Institute, aus der germanischen Urkunde hervorgegangen, haben denn auch das drängende Bedürfnis des germanischen Rechts, den gutgläubigen Erwerber zu schützen, in so hohem Maße erfüllt, daß man überall, wo man dessen bedurfte, sich dieser Einrichtungen bediente. Die gutbürgerlichen Forderungsübertragungen blieben darum bei dem alten Satze, daß der Erwerber nicht mehr Rechte erwirbt als der Übertragende hat, und eine Abhilfe wurde nicht gewährt, außer in *einem* Falle: wenn nämlich die

Forderung eine Scheinforderung ist, dieser Scheincharakter aber nicht aus der Schuldurkunde hervorgeht, und wenn der Erwerber der Forderung auf Grund dieses Schuldscheins erworben hat: dann soll der Schuldner ihm diesen Scheincharakter nicht entgegenhalten können; mit anderen Worten: es soll in einem solchen Falle eine Schuld, die nicht bestand, für den gutgläubigen Erwerber entstehen (§ 405 B.G.B.); wie ich dies bereits vor 25 Jahren verlangt hatte (Jahrb. f. Dogm. XVI S. 140).

Die Übertragung der Forderungen ist häufig eine Tat der Not oder des Schachers, des Schachers in dem Sinne, daß man den Eintrieb von Forderungen gegen Personen, gegen die man wegen persönlicher Beziehungen nicht gern selbst vorgeht, anderen, meist gewerbsmäßigen Händlern und Agenten überläßt. Diesem Forderungsschacher wollte man seinerzeit entgegenwirken, und Kaiser Anastasius versuchte es durch die Bestimmung, daß beim Forderungsverkauf der neue Gläubiger nicht *mehr* vom Schuldner verlangen dürfe, als was er selbst bezahlt habe. Diese anastasische Bestimmung hat sich durch das ganze Mittelalter hindurchgeschleppt, ja, noch weiter, bis in die Neuzeit; sie ist aber jetzt vollständig verschwunden. Der Forderungsverkehr hat sich allerdings hauptsächlich in die Formen des Order- und Inhaberpapiers geflüchtet, und dazu trat in neuerer Zeit das Institut des Hypothekenbriefs (S. 618); doch behielt der einfache Forderungsverkehr nach Abschüttelung des anastasischen Instituts immer noch ein bedeutendes Gebiet der Betätigung; heutzutage mußte man auf neue Beschränkungen sinnen, und man hat es getan.

Denn alle sozialen Vorsichtsmaßregeln, die getroffen werden, um den Arbeiter gegen Beschlagnahme des Lohnes zu sichern, würden scheitern, wenn man die freie Übertragung der Forderung auch in Bezug auf den Arbeitslohn zuließe: der Darlehnsgeber, der weiß, daß er nicht auf den Arbeitslohn greifen kann, wäre nicht zufrieden, bis der Schuldner ihm den künftigen Arbeitslohn freiwillig abträte; daher die Bestimmung des B.G.B., daß etwas, was nicht beschlagnahmt werden kann, auch nicht Gegenstand der Forderungsübertragung sein darf (§ 400 B.G.B.) Vgl. auch S. 640.

5. Lösung der Schuldverhältnisse.

§ 68. Schuldverhältnisse sind Spannungen, die der Lösung zustreben. Die normale Lösung ist die *Lösung* durch *Erfüllung*, d. h. durch Herbeiführung des vom Schuldverhältnis verlangten Zustands.

Ob die *Erfüllung* ein Rechtsgeschäft ist, ist viel gestritten worden. Ich habe es früher verneint mit Rücksicht darauf, daß das Erfüllen auch in einer faktischen Tätigkeit, also z. B. auch in einer feinen oder groben Dienstleistung, bestehen kann; auch der Friseur erfüllt, indem er das Haar kräuselt, und der Masseur, indem er das Bein knetet. Indes hatte ich hierbei nicht berücksichtigt, daß, wenn dies geleistet wird, es nur insofern den Zahlungscharakter hat, als es mit Rücksicht auf die Verbindlichkeit geleistet wird. Daher liegt keine Erfüllung vor, wenn beispielsweise ein Dritter solches in der Absicht ausführt, den Gläubiger zu beschenken, oder auch wenn es der Schuldner in dieser Absicht tut, beispielsweise wenn er seine Schuld bestreitet und die Leistung als Schenkungsleistung vollziehen will. Dann kommen die Grundsätze der Schenkungsleistung in Betracht, und beispielsweise, wenn der Gläubiger die Schenkung annimmt, kann möglicherweise ein Widerruf eintreten u. s. w. Auch darum muß die Zahlung eine Rechtshandlung sein, weil die Frage der Anrechnung der Zahlung im Falle einer Mehrheit gleichartiger Schulden nach Rechtsgrundsätzen zu beurteilen ist und dabei die Erklärungen der Parteien mit in Rücksicht kommen. Vgl. darüber § 366, 367 B.G.B.[1].

Daß übrigens die Leistung auch durch Dritte geschehen kann, ist sehr begreiflich; denn was der Schuldner verspricht, ist nicht, daß er leiste, sondern daß die Leistung

[1] Insbesondere ist es alten Rechts, daß eine Zahlung zunächst auf Zinsen und dann auf das Kapital angerechnet wird. Interessant ist ein Unterschied, den man in einem Acte de notoriété des Chatelet von Paris vom 17. Juli 1722 machte: hiernach sollte bei Verzugszinsen das Gegenteil gelten, *Denisart*, Actes de notoriété [1769] p. 438.

geschieht, und seine Beziehung zur Leistung besteht nun darin, daß er für ihre Herbeiführung zu sorgen hat. Geschieht sie daher durch einen anderen, dann ist das, wofür der Schuldner einzustehen hat, von selbst erledigt und seine Verpflichtung erfüllt. Dies erleidet nur dann eine scheinbare Ausnahme, wenn die Leistung durch einen Dritten eine andere Leistung wäre; die Ausnahme ist nur eine scheinbare, denn der Schuldner verspricht die vertragsmäßige Leistung: eine nicht vertragsmäßige Leistung ist daher nicht Erfüllung; ein Bild von Thoma ist nicht ein Bild von Segantini. Das bedarf keiner weiteren Ausführung.

Es treten nun aber im Leben häufig Mißverhältnisse ein, indem der Schuldner ein Interesse daran hat, daß ein Dritter nicht für ihn zahle. Man denke sich den Fall, daß ein Richter etwas schuldig ist und jemand, der vor dem Richter im Prozesse steht, die Schulden des Richters bezahlt. Allerdings liegt in solchem Falle nur dann eine Schenkung vor, wenn der Richter die Zuwendung annimmt; tut er es nicht, so ist er nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung dem Zahlenden zum Ersatze verpflichtet: auf diese Weise kann er sich natürlich von dem Verdachte einer Bestechung befreien (§ 516). Allein immerhin hat die Sache ihre Mißlichkeiten, und daher hat das B.G.B. folgendes bestimmt: der Schuldner kann dem Gläubiger erklären, daß ein Dritter oder ein bestimmter Dritter nicht für ihn zahlen soll. Das hindert nun allerdings den Gläubiger nicht, von diesem Dritten Zahlung anzunehmen, denn solches wäre gegen die Rechte und Interessen des Gläubigers, dem man es nicht verwehren darf, die Zahlung zu nehmen, wo er sie bekommt; aber es hat die Bedeutung, daß der Gläubiger die Zahlung ablehnen *kann*, ohne in Annahmeverzug zu kommen; während, wenn er eine solche Anweisung nicht erhalten hat, eine Ablehnung der Leistung des Dritten ebensogut Annahmeverzug wäre wie die Ablehnung der Leistung des Schuldners selbst, so daß eine Minderung der Rechte des Gläubigers eintreten würde. Eine solche Minderung kann natürlich der Schuldner dann nicht beanspruchen, wenn er den Gläubiger gebeten hat, Zahlung von einem Dritten nicht anzunehmen, und der Gläubiger nun dieser Bitte entsprach (§ 267 B.G.B.).

Von großer wirtschaftlicher Bedeutung ist die *Leistung an Erfüllungs Statt*, die darin besteht, daß mit Zustimmung des Gläubigers etwas anderes als der Schuldgegenstand geleistet wird. Dieses Institut hat im Laufe der Zeiten eine große Rolle gespielt, namentlich als die Geldwirtschaft noch nicht vollständig durchgedrungen war: hier war lange Zeit der Gläubiger verpflichtet, gewisse Gegenstände, z. B. Getreide, statt Geld anzunehmen[1]. Heutzutage haben sich die Verhältnisse gewendet; der Gläubiger ist dazu nicht mehr verpflichtet; noch mehr: die Hingabe an Erfüllungs Statt nimmt in zwei Fällen sogar einen streng gesetzwidrigen Charakter an und ist vom Recht mit Nachteilen bedroht. Der eine Fall ist der des sog. Truckſystems, von dem bereits S. 645 gesprochen wurde. Schon mehrere Jahrzehnte besteht bei den Industrievölkern der Grundsatz, daß der Arbeitgeber den gewerblichen Arbeiter nur in Geld bezahlen darf und jede andere Verabredung unzulässig ist; daß es auch unzulässig ist, nachträglich zur Leistung an Zahlungs Statt etwas anderes statt des Lohnes zu geben, auch wenn der Arbeiter einverstanden ist, der ja durch die wirtschaftliche Zwangslage häufig zu einem solchen Einverständnis genötigt wäre. Eine derartige Hingabe wäre unwirksam und würde das Schuldverhältnis nicht zerstören; noch mehr: der Arbeitgeber wäre strafbar. Davon gibt es allerdings einige Ausnahmen (vgl. §§ 115 ff. Gew.O.). Der zweite Fall der widerrechtlichen Leistung an Zahlungs Statt ist die Hingabe an der Schwelle des Konkurses zur Zeit der Zahlungsunfähigkeit, nach der Zahlungseinstellung oder dem Konkurseröffnungsantrag: eine solche Leistung kann nach Ausbruch des Konkurses mit der Konkursschuldanfechtung angefochten werden unter gewissen (sehr erleichterten) subjektiven Bedingungen (§ 30 K.O.).

Ein außerordentlich bedeutsames Mittel, die Schulden zu tilgen, ist die *Aufrechnung*, die man früher Kompensation nannte. Sie ist das Hilfsmittel, mit welchem

[1] Das ganze Mittelalter hindurch stand Geld und Geldeswert, daneben Pfandbestellung mit Verfallrecht einander gleich; vgl. Parcival III 805 (142): het ir pfenninge oder phant; so in zahlreichen Weistums- und Stadtrechtsbestimmungen.

die großen Zahlungen der Völker ausgeführt werden, so daß man verhältnismäßig wenig Zahlungsmittel benötigt. Die Aufrechnung setzt voraus, daß der Gläubiger eine Forderung gegen den Schuldner und der Schuldner eine Forderung gegen den Gläubiger hat, und zwar auf gleichartige Gegenstände, also auf vertretbare Sachen derselben Art. Hier mußte sich bei einer entwickelten Geldwirtschaft von selber der Gedanke herausstellen, daß es unnötig sei, zu zahlen und wieder zurückzuzahlen, daß vielmehr beide Forderungen durch gegenseitige Ausgleichung getilgt werden könnten. Das hat zunächst wenig Schwierigkeit, wenn beide Teile miteinander übereinstimmen. Ist aber dies nicht der Fall, dann erhebt sich die Frage, ob der eine den anderen zu einer derartigen Ausgleichung zwingen kann.

Das ist nun nicht ohne weiteres anzunehmen; denn es gibt viele Fälle, wo die eine Partei ein dringendes Interesse hat, daß sie nicht auf diesem Wege abgefunden werde, sondern Zahlung in richtiger Weise empfange. Das Institut bedarf daher einer gründlichen Durcharbeitung und kann nur dann zum Segen gereichen, wenn es sich innerhalb der richtigen Schranken hält. Auf der anderen Seite setzt die volkswirtschaftliche Bedeutung des Instituts voraus, daß es Mittel gibt, Schulden und Gegenschulden, welche zwischen verschiedenen Personen bestehen, durch ständige Anweisungen und Übertragungen einander so sehr anzunähern, daß schließlich die Schulden in der einen Hand und die Gegenschulden in der anderen Hand sind und auf solche Weise eine großartige Kompensation die Hauptschulden des Verkehrs aus der Welt schafft. Das ist das sog. clearing-Wesen. Es weist ein jeder seinen Schuldner so lange an einen anderen, bis schließlich die eine Reihe der Zahlungen an den A und die andere Reihe der Zahlungen an den B zu machen sind, und zwar in der Art, daß eben B an A und umgekehrt A an B zu zahlen hat.

Über die Natur der Aufrechnung hat man viel gestritten. Ich habe früher angenommen, daß der Aufrechnende gleichsam in das Vermögen des anderen eingreift und durch eine Art von Selbsthilfe sich bezahlt macht. Nehmen wir an, daß A an den B hundert zu zahlen hat und B an A, so kann dies so aufgefaßt werden, daß A die Forderung, die B an ihn hat, nimmt und damit seine Forderung tilgt, daß er sich also befriedigt, indem er die Forderung des B zerstört. Ich halte diese Auffassung jetzt nicht für genügend: sie setzt eine gewisse Gewalttätigkeit voraus und widerspricht dem Gedanken des friedlichen Verkehrs. Darum habe ich eine andere Konstruktion gegeben, wonach die Sache in der Art anzusehen ist: der Schuldner, der hundert zu zahlen, aber auch hundert zu bekommen hat, weist seinen Gläubiger an, die hundert, die der Gläubiger an ihn zahlen soll, an sich selbst zu zahlen, um sich dadurch zu befriedigen. Täte dies der Gläubiger in Wirklichkeit, so wäre die Sache in aller Regel, und die Forderungen wären beide getilgt. In der Tat aber bedarf es nicht einer wirklichen, sondern nur einer konstruktiven Zahlung: eine Zahlung an sich selbst geschieht durch einfache Erklärung und bedarf keiner realen Tätigkeit: sie ist ein Geschäft in sich selbst. Daher wäre die Ausführung unserer Idee eigentlich folgende: der Schuldner (A) weist seinen Gläubiger (B) an, die hundert an sich selbst zu zahlen, und der Gläubiger (B) sagt zu sich selbst: ich (B) zahle an mich (B); auch dann wäre die Sache vollkommen in Ordnung. Nun tritt aber das zweite Element ein. In einem Verhältnis wie dem unsrigen wäre, sofern nicht besondere Umstände entgegenstehen, der Gläubiger (B) gehalten, dieser Anweisung zu folgen; er würde der Regel des Verkehrs widersprechen, wenn er es nicht täte. Daher die Weiterentwicklung des Gedankens: der Gläubiger (B) muß eine solche Erklärung vornehmen; und endlich: da der Gläubiger (B) hierzu verpflichtet ist, so kann die Rechtsordnung sagen: wenn dies der Schuldner (A) verlangt, so soll es bereits als vollzogen gelten, d. h. es soll die Wirkung eintreten, als wenn es bereits geschehen wäre, als wenn der Gläubiger (B) die Eigenzahlung an sich selbst erklärt hätte. Und das tut die Rechtsordnung, indem sie die Aufrechnung zuläßt. Bis die Rechtsordnung soweit gediehen war, einer einfachen Erklärung des A diese Wirkung zuzuschreiben, sind lange Zeiten vorübergegangen, Zeiten einer unvollkommenen Entwicklung, wonach die Erklärung des Schuldners noch nicht hinreichte, diesen Zweck zu erfüllen: man glaubte, daß eine richterliche Tätigkeit notwendig sei, um die Tätigkeit

des Gläubigers zu ersetzen, falls dieser sich nicht dazu herbeiläßt. Diese unvollkommene Entwicklung hat es gegeben; das gemeine Recht hat jahrhundertelang hieran herumgearbeitet[1]. Wir sind darüber hinaus und erklären die einfache Anweisung des Schuldners als genügend. Die Aufrechnung geschieht durch einseitige ankunftsbedürftige Erklärung des Schuldners, die dahin geht, daß der Gläubiger auf solche Weise an sich selbst bezahle, oder einfach dahin, daß Forderung und Gegenforderung ausgeglichen sein sollen. Ist die Erklärung an den Gläubiger gelangt, so sind beide Forderungen erloschen. Die Erklärung kann außerhalb des Prozesses erfolgen und geschieht dann in der obigen Weise. Erfolgt sie im Prozeß, so untersteht sie den Regeln des Prozeßrechts. Früher war die gerichtliche Aufrechnung die durchgreifende Regel; jetzt wird es die außergerichtliche werden.

§ 69. Die Erfüllung führt, wenn die Gerechtigkeit walten soll, vielfach zu Ausgleichsverhältnissen, weil oftmals eine Leistung in mehrere Interessen einschlägt, aber doch so, daß das Interesse des einen schließlich das Opfer zu tragen hat, während andere nur darum eintreten, um sich Befreiung zu sichern oder um sich im Besitz von Dingen zu erhalten, die ihnen sonst entzogen würden.

Diese Ausgleichsverhältnisse sind namentlich im französischen Rechte bereits entwickelt worden; man sprach hier von Subrogation (Code civil a. 1249 und f.); das Rechtsinstitut beruht auf den Leistungen mittelalterlicher Juristen, namentlich auch des Molinäus[2]. Auch im B.G.B. ist dieser Gedanke zum Ausdruck gebracht worden. Nicht jeder, der eine fremde Schuld leistet, hat ohne weiteres den Ausgleichsanspruch; ein Ausgleichsanspruch muß regelrecht auf einem besonderen Rechtsgrunde, wie Geschäftsführung, beruhen, und dann gelten die Regeln, die diesem Rechtsverhältnisse entsprechen (S. 702). Wenn aber jemand deswegen leistet, weil er selber zu leisten verpflichtet ist, oder weil er nur durch diese Leistung einen erheblichen Eigenschaden abwenden kann, so wird ihm durch einen solchen Ausgleichsanspruch geholfen; so namentlich, wenn der Bürge zahlt, wenn der Pfandbesitzer zahlt, so aber auch dann, wenn derjenige zahlt, der für die Sache eintreten muß, die ihm sonst entzogen würde, weil sonst die Zwangsvollstreckung erginge, die möglicherweise sein Recht vernichtete. Man denke sich den Fall, daß ein Mieter die Schuld des Hauseigentümers bezahlt zu dem Zweck, damit nicht das Haus unter den Hammer kommt, in welchem Falle der Mieter ja möglicherweise mit gesetzlicher Frist an die Luft gesetzt werden könnte. Vgl. § 268, 426, 774, 1143, 1225, 1249 B.G.B., § 140 Gew.Unf.V.G. u. a.

Die Subrogation besteht darin, daß der Schuldner in die Ansprüche des bezahlten Gläubigers eintritt, d. h. daß er nicht nur gegen den schließlichen Schuldner den Rückgriff hat, sondern den Rückgriff mit allen Rechten ausüben darf, die dem Gläubiger zustehen. Dieser Eintritt findet sofort mit der Zahlung von selber statt; er findet statt, ohne daß etwa die Gläubiger des Gläubigers dem entgegentreten dürften.

Man könnte allerdings dieser Rechtsgestaltung entgegenhalten, daß mit der Zahlung die Ansprüche des Gläubigers erlöschen und mithin ein solcher Übergang nicht möglich sei. Allein das ist unrichtig; mit der Bezahlung des Gläubigers sollen in diesem Falle dessen Ansprüche nur relativ erlöschen; sie sollen bestehen bleiben, soweit nötig, um die Rückgriffsansprüche des Zahlenden zu decken.

Doch gilt hier überall der Grundsatz: nemo subrogat contra se; das will heißen: wenn die Zahlung nur teilweise erfolgt, so daß für den einen Teil die Subrogation stattfindet, für den anderen Teil der Gläubiger Gläubiger bleibt, so soll der Eintritt des

---

[1] Daß diese frühere Entwicklung einen unvollkommenen Zustand kennzeichnet, ist klar; Tatsache ist es allerdings, daß sie ein Rückschritt hinter Bartolus und Baldus war. Was man übrigens gegen meine Konstruktion vorgebracht hat, ist alles offensichtlich unstichhaltig. Man argumentiert, als ob wir gesetzlich keine Aufrechnung hätten und sie erst auf dem von mir angegebenen Wege ins Leben zu führen hätten, und kämpft gegen die Annahme von Eigenzahlung u. s. w. In der Tat ist die Aufrechnung gesetzlich anerkannt und damit diese Eigenzahlung gesetzlich bestätigt. Sache der Wissenschaft ist es, das, was die Gesetzgebung geschaffen hat, zu konstruieren, und das ist von mir geschehen.

[2] Dazu kam ein Gesetz von Henry IV v. Mai 1609, wonach, wer die Rentenauslösungssumme zahlt, von selbst in das Rentenrecht mit allen Nebenrechten eingewiesen sein solle.

Zahlenden nie bewirken, daß der Gläubiger bezüglich seiner Restforderung zu kurz kommt; kann also nicht alles eingebracht werden, so kommt erst der Gläubiger, dann erst der subrogierte Zahler. Die Subrogation soll nur in der Art erfolgen, daß der Gläubiger nicht ungünstiger gestellt wird, als wenn der bezahlte Teil der Forderung durch Zahlung nicht relativ, sondern absolut erloschen wäre. Schon im gemeinen Recht sagte man, der Gläubiger sei zur cessio actionum nur soweit verpflichtet, als sie ohne seinen Schaden geschehen könne.

II. Besonderer Teil.

I. Rechtsbetätigung auf Grund von Rechtsgeschäften.

Erstes Buch.

Güteraustausch.

a) Tauschgeschäfte über Gegenstände.

1. Kauf und Tausch.

§ 70. Der Kauf ist im B.G.B. so geregelt worden, wie die kanonische und französische Entwicklung es zur Notwendigkeit machten, nämlich daß der Verkäufer nicht nur dafür einstehen muß, daß der Käufer nicht von Rechts wegen aus seinem Besitz verdrängt wird, sondern daß er einstehen muß für die Übertragung des vollen Rechts, also z. B. des Eigentums, wenn es sich um eine Sache, oder des Forderungsrechts, wenn es sich um eine Forderung handelt[1]. Die Folge ist die, daß, wenn der Käufer findet, daß die verkaufte Sache eine fremde ist, er ohne weiteres erklären kann, daß der Verkäufer seinen Pflichten nicht genügt habe, und daß er also eine nachträgliche Erfüllung verlange und, wenn diese nicht erfolge, vom Vertrage zurücktrete oder eine Entschädigung wegen Nichterfüllung begehre. Das römische Recht hatte das höchst unangemessene System, daß der Käufer, abgesehen vom Falle der Arglist, sich so lange zufrieden geben mußte, als nicht der Eigentümer ihm die Sache von Rechts wegen abzwang; solange dies nicht der Fall war, mußte er sich mit der fremden Sache begnügen, was zu der unleidlichen Konsequenz führte, daß er gewissermaßen genötigt war, diese fremde Sache für sich zu fruktifizieren oder als eine eigene Sache in den Handel zu bringen; wodurch er doch nichts anderes als lauter Unterschlagungen oder Hehlereien beging. Daß es Juristen gab, welche für dieses System eintraten, muß verwundern; es ist mit Recht verworfen worden.

Damit ist natürlich nicht gesagt, daß der Verkauf einer jeden fremden Sache nichtig ist, denn man kann sehr wohl eine fremde Sache in der Art verkaufen, daß man sich anheischig macht, das Eigentum zu erwerben und dann die Sache mit dem Eigentum zu übertragen. Wollte aber jemand eine fremde Sache als fremde Sache veräußern zu dem Zweck, um sie dem Eigentümer zu entziehen, so wäre dies ein unsittliches Tun, und wenn der Käufer mit im Einverständnis wäre, so wäre der Vertrag ohne weiteres nach § 138 B.G.B. nichtig. Sollte aber der Fall so liegen, daß der Verkäufer allein davon weiß, daß die Sache eine fremde sei, verkauft also z. B. ein Uhrmacher eine Uhr, die

---

[1] Auch der Kauf einer nicht bestehenden Forderung ist Kauf eines fremden Gegenstandes; denn hier wird die dem Verkäufer nicht zustehende Pflichtsphäre des angeblichen Schuldners und damit etwas dem Verkäufer fremdes veräußert. Vgl. O.L.G. Hamburg 1. November 1901 Mugdan IV S. 213, 214.

ihm zur Verwahrung gegeben ist, im bösen Glauben, so kann er sich dagegen wehren, sie abliefern zu müssen; denn man kann ihn nicht zwingen, eine Unterschlagung zu begehen: er muß sich aber nach Maßgabe allgemeiner Grundsätze gefallen lassen, daß der Käufer vom Vertrag zurücktritt, oder daß er Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangt: denn das durch sein Nichteigentum herbeigeführte Leistungsunvermögen hat der Verkäufer zu vertreten. Dasselbe müßte auch dann gelten, wenn der Verkäufer zwar in gutem Glauben gewesen wäre, aber nachträglich von dem Mangel seines Eigentums und dem fremden Eigentum eines Dritten Kunde erlangt hätte: er könnte die Übergabe verweigern, hätte aber nach Maßgabe des zu vertretenden Unvermögens zu haften. So beispielsweise, wenn er erst nachträglich erfährt, daß die Uhr nur zur Reparatur in seinem Laden ist, oder wenn er in augenblicklicher Vergeßlichkeit die Sache verkauft hat. Vgl. § 437—440 B.G.B.

Was aber die Haftung für tatsächliche Mängel des Gegenstandes betrifft, so folgt das B.G.B. dem durch das römische Recht vorgezeichneten Wege, wonach der Veräußerer bei Käufen und auch bei allen ähnlichen Tauschgeschäften für die tatsächlichen Mängel haftet, soweit sie den zugesagten Eigenschaften widersprechen oder sonst die Tauglichkeit der Sache aufheben, und zwar die Tauglichkeit für den maßgebenden Gebrauch, d. h. für den Gebrauch, der üblich ist, oder der im Kaufvertrag als zu erfüllender Zweck besonders bezeichnet wurde. Wie im römischen Rechte, ist auch hier die Haftung nicht unbedingt; eine Schadenersatzhaftung besteht nur im Falle der Arglist und im Falle der besonderen Zusage einer Eigenschaft; sonst geht die Haftung auf sog. Wandelung, d. h. darauf, daß Ware und Preis zurückgegeben werden, oder auf Minderung des Kaufpreises unter Aufrechterhaltung der Vertragsfolgen. Vgl. § 459 ff. B.G.B.

Bezüglich der Wandelung hat man seltsame Dinge behauptet. An sich sollte man annehmen, daß der Käufer durch die einmalige Wandelungserklärung die Sachlage befestige und daher nicht mehr auf Erfüllung und Preisminderung bestehen könne. Allein es gehört dieser Fall nicht zu den eigentlichen Wahlverpflichtungen, sondern zu den Rechten des Gläubigers, welche man als facultas alternativa bezeichnet, und wo der Gläubiger, auch nachdem er sich für die eine der Alternativen erklärt hat, immer noch auf die andere übergehen kann; erst dann soll die Sachlage festgelegt sein, wenn der andere Teil mit der Wandelung sich einverstanden erklärt hat. Es muß nun als selbstverständlich betrachtet werden, daß eine solche Festlegung auch dann eintritt, wenn das Recht der Wandelung klagend geltendgemacht wird, in welchem Fall ein Übergang von der Wandelung zur Preisminderung eine unbefugte Klageänderung im Sinne des § 264 C.P.O. darstellen würde; hier erfolgt die Festlegung durch die Kraft des Prozesses. Statt dessen hat man folgende seltsame Meinung verteidigt: der Käufer müsse zuerst nach § 465 B.G.B. den Verkäufer auf Zustimmung zur Wandelung verklagen, und erst wenn die Zustimmung als geschehen zu betrachten wäre, dann erst dürfe er Rückgabe verlangen; eine völlig abwegige, unpraktische, kostspielige und zeitraubende Behandlung der Sache, die uns von seiten des Auslandes nur einige Verwunderung eintragen könnte. Daß diese Ansicht von Praktikern verteidigt wird, zeigt, daß nicht alle Praktiker auch praktisch sind; vielmehr bewies bis jetzt die Erfahrung des B.G.B., daß bei den Praktikern oft die graueste Theorie herrscht[1].

Von großer Wichtigkeit ist die Frage, ob auch bei Gattungskäufen diese Behandlung der Sache möglich ist. Manche haben es im gemeinen Recht geleugnet (namentlich Windscheid, Pandekten § 394) und behauptet, bei diesen sei nur das eine möglich, nämlich die erfolgte Leistung zurückzuweisen, „aufzuschießen", d. h. zu erklären, daß man der Leistung keinen Erfüllungscharakter beimesse und neue Leistung begehre. Eine unsägliche Scholastik! Wenn man irgendwie die Sache ungeschickt anfassen wollte, so wäre das die richtige Weise. Man denke sich folgendes: ein Europäer bestellt ein Quantum Getreide in New York; das Schiff kommt an, die Ware ist minderwertig; nun bliebe dem Käufer, wenn keine Verständigung erzielt wird, nichts anderes übrig, als die Ware aufzuschießen und eine neue Sendung zu verlangen. Das könnte aber für ihn im höchsten

[1] Entscheidungen darüber bei Scherer, Das B. Jahr S. 208 f.

Grade verderblich sein, weil er eine Menge von Lieferungen übernommen hat, die er nur mit größten Opfern von anderer Seite her zu vollziehen vermöchte. Die Folge wäre: er müßte eben das Getreide, so, wie es ist, annehmen, und von irgend einem Abzug am Kaufpreis, von irgend einem Ersatz für die Minderwertigkeit wäre keine Rede, während er sich doch bei seinen Kunden wegen der Minderwertigkeit der Ware ganz bedeutende Abgänge gefallen lassen muß. Das ist eine völlig abwegige Behandlung. Vielmehr versteht es sich von selber, daß er erklären kann, er wolle das Geleistete zwar als Erfüllung annehmen, aber als Erfüllung mit einem Mangel, kraft dessen ihm Wandelung oder Preisminderung zusteht. Wandelung braucht er allerdings weniger, denn er kann aufschießen und andere Erfüllung begehren; doch ist auch diese ihm schätzenswert, wenn er nicht nur von der Ware zurücktreten, sondern auch mit einem solchen Verkäufer, der ihn schlecht behandelt hat, nichts mehr zu tun haben will und auf weitere Lieferung verzichtet. Preisminderung aber ist zur Deckung seines Interesses unentbehrlich; sie zu wählen, wird in diesem Falle der vorgezeichnete Weg sein. So nunmehr auch § 480 B.G.B. Natürlich bleibt dem Käufer auch das Recht, die mangelhafte Ware aufzuschießen und bessere Lieferung zu verlangen, auch eine Frist zu setzen, nach der er vom Vertrage zurücktrete, was insbesondere von Bedeutung ist bei einer Verpflichtung zu fortdauernden Lieferungen, sofern diese Lieferungen als Einheit gelten und somit der Rücktritt bezüglich des Ganzen ausgesprochen werden kann[1]. Dies ist auch deshalb wichtig, weil in diesem Fall wegen bloßer Fahrlässigkeit des Verkäufers neben der Erfüllung Schadensersatz begehrt werden darf[2].

Für gewisse Haustiere, wie Pferde, Esel, Maultiere, Schweine u. s. w., hat sich das germanische System erhalten, wonach nur gewandelt, nicht auch gemindert wird und die Wandelung sich in fest bestimmten Terminen vollzieht und nur wegen bestimmter Mängel erfolgt, wegen sogenannter Hauptmängel, die in einer bestimmten Frist, der sog. Gewährfrist, auftreten. Doch ist anderseits die Wandelung dadurch begünstigt, daß auch im Falle des verschuldeten Unterganges oder der Veräußerung der Sache gewandelt werden kann, indem an Stelle der Sache der Wert zurückgegeben wird, § 487 B.G.B.

Der Tausch folgt heutzutage vollkommen den Regeln des Kaufes, § 515 B.G.B.

2. Schenkung.

§ 71. Die Schenkung ist kein Verkehrsgeschäft, sondern ein Geschäft des ethischen Lebens. Sie tritt nur mittelbar in den Verkehr ein, insofern als man möglicherweise schenkt, um ein Gegengeschenk zu bekommen, oder möglicherweise sich durch die Schenkung Vorteile zu erwerben sucht: derartige Schenkungen aber sind minderer Güte und können für die Beurteilung des Instituts nicht maßgebend sein. Sodann gibt es Fälle, wo die Schenkung zwar eine rechtlich zwanglose Gabe darstellt, diese sich aber durch die Verhältnisse des Lebens in einer solchen Weise aufdrängt, daß, wer sie nicht gibt, in der gesellschaftlichen Achtung und Schätzung zurückgesetzt wird. Hier liegt zwar nach strengem Rechte auch eine Schenkung vor, aber sie muß doch besonders behandelt und den Verkehrsgeschäften angenähert werden, weshalb sie nach §§ 534, 1446, 1641, 1804, 2205, 2330 B.G.B. (§ 32 Z. 1 Konk.O., § 3 Z. 3 Anfechtungsgesetz) gewissen bedeutungsvollen Bestimmungen der Schenkung nicht unterliegt. Die maßgebende Art der Schenkung aber ist die, welche aus dem Wohltätigkeitsdrange hervorgeht und einem Zug des Herzens entspricht, der dahin geht, aus seinem Vermögen einem andern Gutes zuzuwenden und ihn in seinen Verhältnissen zu unterstützen. Aus diesem Charakter der Schenkung ergibt sich von selbst, daß dieses Geschäft zwar als geschäftlich mit in den Verkehr einbezogen wird und darum dem Rechtszwange unterliegt, aber doch eine besondere Behandlung finden muß; es darf seine Entstehung aus der dem Verkehr ent-

[1] Vgl. R.G. 17. Dezember 1901 bei Scherer das 3. Jahr S. 194, O.L.G. Braunschweig 27. Juni 1901, Seuffert 57 S. 129, O.L.G. Dresden 3. Dezember 1901 Rugdan IV S. 224.

[2] Entscheidungen bei Scherer, das 3. Jahr S. 201.

gegengesetzten Sphäre der Liebe nie vollständig vergessen: der Schenker muß milder angefaßt werden, als ein anderer Schuldner. Vgl. auch Einführung S. 66 f.

Die Schenkung ist übrigens nicht die einzige Art der freigebigen Verfügungen. Eine freigebige Verfügung kann auch von Todes wegen erfolgen; auch unter Lebenden gibt es Freigebigkeiten, die keine Schenkungen sind, wie die Stiftungsbegründung: bei dieser wird eine juristische Person geschaffen und ihr ein Vermögen zugewendet; es geschieht aber nicht durch Schenkung, sondern durch ein besonderes, eigenen Regeln unterliegendes Rechtsgeschäft. Vgl. oben S. 577.

Eine der grundsätzlich wichtigsten Fragen des Schenkungsrechts ist die Frage über die Vertragsnatur der Schenkung. Diese Frage ist, wie die meisten theoretischen Fragen, vom B.G.B. in zutreffender Weise gelöst worden. Man hat dem Vertragscharakter der Schenkung entgegengehalten, daß nicht selten Zuwendungen ohne Wissen und Willen des Beschenkten gemacht werden, indem man z. B. dessen Schulden bezahlt, Aufwendungen auf seine Sachen macht oder ihn in anderer Weise bereichert. Das wird auch im B.G.B. anerkannt, jedoch mit folgendem Zusatz: eine Schenkung liegt nicht vor, wenn der Beschenkte diese Bereicherung nicht annimmt, sondern von sich ablehnt. Lehnt er sie ab, so bleibt natürlich die konkrete Bereicherung als solche bestehen; aber da die Grundlage, das Schenkungsgeschäft, nunmehr fehlt, so wird die Bereicherung zur ungerechtfertigten Bereicherung, und der Schenker hat das Recht der Rückforderung nach Maßgabe des Anspruchs wegen ungerechtfertigter Bereicherung. Daher kann der Bereicherte von sich aus die Bereicherung zurückgeben, und wenn der Schenker sie nicht annimmt, so kommt er in Bezug auf den Bereicherungsanspruch in Annahmeverzug. Diese Regelung ist die allein richtige; denn es ist anzuerkennen, daß derartige Schenkungen niemandem aufgedrängt werden dürfen: man denke sich den bereits S. 669 angeführten Fall, daß etwa ein Richter, der einige Schulden hat, mit einem Brief einer Partei überrascht wird, welche ihm kund gibt, daß sie seine Schulden bezahlt hat; was den Richter in den Verdacht der Bestechung bringen könnte. Liegt die Bereicherung in einem Vertrage zu Gunsten eines Dritten (zu Gunsten des Bereicherten), so steht es dem Bereicherten anheim, das aus dem Vertrage hervorgehende Recht zurückzuweisen, in welchem Falle das Recht als nicht erworben gilt (§ 333 B.G.B.). Hier wird eben die Zuwendung unmittelbar unwirksam gemacht; noch mehr natürlich, wenn der Schenker durch dingliche Übertragung oder Versprechen schenken soll und der andere die mitwirkende Tätigkeit verweigert. Vgl. § 516 B.G.B.

Nach anderer Hinsicht dagegen haben wir bezüglich der Behandlung der Schenkung gerechte Bedenken. Das B.G.B. unterscheidet nicht zwischen großen und kleinen Schenkungen, sondern nur zwischen Realschenkungen und Schenkungsversprechen. Eine Realschenkung bedarf keiner Form, auch wenn sie auf den größten Wert geht; ein Schenkungsversprechen dagegen muß in der Art gefaßt werden, daß wenigstens die Versprechenserklärung in notarieller oder gerichtlicher Urkunde erfolgt, dies auch dann, wenn das Versprechen auf das geringste geht. Nun ist es allerdings richtig, daß der Mensch viel leichter geneigt ist, zu versprechen, als zu geben; allein einerseits kann das Versprechen doch auch sehr geringfügig sein, anderseits kann die Hingabe in einer augenblicklichen Stimmung erfolgen, die der sonst üblichen Geistesrichtung des Menschen gänzlich widerspricht. Es ist aber stets schlimm, wenn jemand das Opfer einer augenblicklichen Laune wird. Ich halte darum die gemeinrechtliche Regelung, daß wenigstens Schenkungen von sehr hohen Beträgen unter allen Umständen einer Form bedürfen, für besser, und glaube nicht, daß unser Rechtszustand durch die Änderung des B.G.B. (§ 518) wesentlich gefördert worden ist.

Anderseits ist anzuerkennen, daß das Gesetz in anderer Weise den Schenker mild und schonungsvoll behandelt, daß es ihm insbesondere das Recht des Notbedarfs einräumt — und dies bis zur Höhe des standesmäßigen Unterhalts —, daß es ihn nicht für Verzugszinsen haften läßt, und daß er nur für Arglist und grobes Verschulden einsteht, letzteres, wenn es sich um ein Schenkungsversprechen handelt; handelt es sich um eine Realschenkung, so haftet er für rechtliche oder tatsächliche Mängel der Sache nur, wenn er in Arglist ist. Aber auch bezüglich des Schenkungsversprechens ist er noch in der

Art erleichtert, daß er selbst dann nur für grobe Fahrlässigkeit haftet, wenn es sich um eine Gattungsschuld handelt und er im Bestreben, seine Schuld zu erfüllen, sich einen mangelhaften Gegenstand angeschafft hat: er soll für die tatsächlichen Mängel des Gegenstandes nur dann einstehen, wenn grobe Fahrlässigkeit vorliegt, und nur in diesem Falle soll er verpflichtet sein, statt der geschenkten Sache eine andere zu geben. (Vgl. §§ 519, 521 ff. B.G.B.)

Nach alten Rechten stand die Schenkung auf sehr schwankendem Boden[1]. Das ist nicht mehr der Fall; der Schenker ist regelrecht gebunden. Doch kennt auch das neuzeitliche Recht die Möglichkeit des nachträglichen Zerfalls und des Widerrufs. Das erstere soll dann eintreten, wenn der Schenker in Vermögensungelegenheiten gerät und mindestens so weit in den Verhältnissen zurückkommt, daß er sich den standesmäßigen Unterhalt nicht mehr verschaffen kann. Hier soll der Schenker den Anspruch auf Herausgabe haben nach den Grundsätzen der Bereicherung: causa finita, welcher Anspruch aber durch Zahlung einer entsprechenden Unterhaltsrente abgewandt werden kann. Der Grund ist der: wie der Schenker im Augenblick der Schenkung nicht in Armut geraten soll, wenn er mehr geschenkt hat, als seinem Vermögen entspricht, so soll ihn auch späterhin die Schenkung nicht zur Verarmung bringen. Natürlich ist dieses Recht ein höchst persönliches und kann weder vom Erben noch von den Gläubigern geltend gemacht werden, schon darum nicht, weil in Bezug auf diese Personen von einer Unterhaltsleistung nicht die Rede sein kann.

Hier zerfällt also die Schenkung aus wirtschaftlichen Gründen. Aus ethischen Gründen dagegen ist der Widerruf gegeben, wenn zwischen dem Schenker und dem Beschenkten schwere seelische Zerwürfnisse eintreten, und zwar Zerwürfnisse, die von dem Beschenkten herrühren und gegen den Schenker ihre Spitze richten, so sehr, daß ein Fortbestand der Schenkung dem wohlwollenden Charakter des Institutes nicht entspricht. In solchem Falle hat der Schenker das Widerrufsrecht, aber auch nur er, nicht seine Gläubiger, und seine Erben nur ausnahmsweise. Mit diesem Widerruf tritt der Zerfall ein: das Gegebene ist von nun an ungerechtfertigte Bereicherung, und nunmehr ist der Bereicherungsanspruch begründet; vor dem Widerruf nicht: vor dem Widerruf hat insbesondere der Beschenkte nicht die Befugnis, dem Schenker die Sache in der Weise anzubieten, daß dieser, wenn er sie nicht annimmt, in Annahmeverzug gerät, § 528 ff. B.G.B. Vgl. oben S. 581.

b) Tauschgeschäfte über Kräfte und Leistungen.

1. Miete und Pacht.

§ 72. Durch den Mietsvertrag entsteht ein Rechtsverhältnis, welches als Mietsverhältnis eigenartig gestaltet ist. Hier steht Leistung und Gegenleistung nicht nur im Moment des Vertrages, sondern auch während der ganzen Vertragszeit im Wechselverhältnis. Das Verhältnis entwickelt sich daher nicht bloß nach dem Gesichtspunkte, daß jeder Teil Sorgfalt zu gewähren hat, sondern noch dem Gesichtspunkte der Erfolghaftung: der Vermieter wird nur für den Erfolg bezahlt. Außerdem muß dem Mieter unter allen Umständen Schadensersatz gewährt werden im Falle der Fahrlässigkeit oder des Verzuges des Vermieters, aber auch dann, wenn Mängel der Mietsache bereits im Moment des Vertragsabschlusses vorhanden waren; in diesem Falle reicht die Haftung des Vermieters weiter als die des Verkäufers. Vgl. 537, 538 B.G.B.

Auch darin zeigt sich das fortdauernde Rechtsverhältnis, daß nicht etwa, wie in der Beziehung zwischen Eigentümer und Nießbraucher, der Vermieter, nachdem er geleistet hat, den Mieter seinem Schicksal überlassen kann; sondern der Vermieter hat von Anfang bis zu Ende zu leisten: er hat dafür zu sorgen, daß dem Mieter die Gebrauchsmöglichkeit der Sache zusteht und zustehen bleibt; und in dieser Beziehung gilt nicht nur, was oben von dem Gegenseitigkeitsverhältnis gesagt worden ist: der Vermieter hat

[1] Vgl. Einführung in die Rechtswissenschaft S. 67.

nicht nur Abzug des Mietzinses zu gewärtigen, er hat bei Schadensersatz dafür zu haften, daß die nötigen Vorkehrungen getroffen, also insbesondere die nötigen Ausbesserungen vollzogen werden. Diesem Verhältnis entspricht auch folgendes: wird dem Mieter nicht geleistet, so braucht er sich nicht etwa gefallen zu lassen, daß ihm später einmal die Mietsache in brauchbarem Zustande geboten wird, so daß er also, wenn ihm in der Folgezeit einmal geleistet wird, das Mietsverhältnis für die Zukunft einzuhalten hätte: das würde der Einheit des ganzen Verhältnisses widersprechen; denn man muß doch bedenken, daß das durch Miete zu deckende Bedürfnis ein fortdauerndes ist und der Mieter nur dann in seinem Interesse gewahrt ist, wenn ihm der ständige Genuß der Sache zukommt. Daher kann er in solchem Falle nicht etwa bloß den Mietzins für die Zeit verweigern, wo ihm die Sache entzogen ist, sondern, sobald das Hindernis nicht in einer bestimmten angemessenen Frist beseitigt ist, das Mietsverhältnis lösen, um irgendwo anders das Gebrauchsbedürfnis zu befriedigen. Vgl. §§ 538, 541, 542 B.G.B.

Dem entspricht auch noch der weitere Rechtssatz, daß, wenn die Sache veräußert wird, das Mietsverhältnis mit dem Erwerber weiterbestehen kann. Das gilt bei Grundstücken, bei Wohnräumen und andern Räumen. Der Erwerber wird dann zum Vermieter: er tritt vollständig in die Rechte und Pflichten des bisherigen Vermieters ein, während der bisherige Vermieter als Bürge mit haftbar bleibt, jedoch nur für die erste Zeit; denn wenn jetzt der Mieter von seinem etwa bestehenden Kündigungsrecht keinen Gebrauch macht, so ist anzunehmen, daß er von nun an mit diesem neuen Mietsherrn zufrieden ist. Der Mietzins kommt in diesem Falle nicht in das Gläubigerrecht des bisherigen Vermieters, sondern in das Gläubigerrecht des Nachfolgers: dieser ist nicht etwa ein Zessionar des bisherigen Vermieters, sondern er erlangt das Forderungsrecht selbständig: er tritt nicht in die künftigen Mietsansprüche ein, sondern in das Mietsverhältnis, aus dem die Ansprüche hervorwachsen. Er braucht sich darum auch Zahlungen und Verabredungen aus der Person seines Vorgängers nicht gefallen zu lassen, denn diese wirken nur für die Zeit, in welcher das Rechtsverhältnis ein Rechtsverhältnis des Vorgängers war. Doch macht das Gesetz mit Recht eine Ausnahme, was den Mietzins des laufenden und des nächstfolgenden Kalendervierteljahres betrifft; für diese Zeit wird der bisherige Vermieter noch als Berechtigter angenommen, so daß der Erwerber in dieser Beziehung der Rechtsnachfolger ist. Beides ist ganz gerechtfertigt; denn auf der einen Seite setzt der Übergang des Mietsverhältnisses auf den Erwerber des Grundstücks voraus, daß der Erwerber für seine Zeit möglichst ungeschmälert in die Mietsvorteile eintritt; auf der anderen Seite wäre es wirtschaftlich verfehlt, wenn man nicht die Möglichkeit einer kurzen Vorauszahlung gäbe. Nicht selten wird die Vorauszahlung des Mietzinses bedungen, so daß bei Beginn des Vierteljahres bereits die ganze Frist gedeckt wird. Erfolgt nun diese Vorauszahlung auch nur einen Tag früher, so wäre der Mieter in großer Bedrängnis, wenn etwa eine Rechtsnachfolge in der Mietsache stattfände, denn er hätte dann die Aussicht, eine nochmalige Zahlung zu gewärtigen. Darum die Bestimmung, daß der Mieter nicht nur das laufende, sondern auch das nächstfolgende Kalendervierteljahr bezahlen kann. Dazu kommt, daß dies auch für den Erwerber keine große Bedrängnis sein wird; denn dieser kann sich erkundigen, ob die Miete voraus- oder nachbezahlt wird. Auf solche Weise ist der Mieter gesichert, und auf solche Weise ist es möglich, den Grundstücksverkehr ungestört unter Aufrechterhaltung der Mietsverhältnisse zu bewerkstelligen. Es gelten hier ähnliche Erwägungen, wie früher im Verhältnis des Mieters und Vermieters zum Hypothekengläubiger. (§ 571 ff. B.G.B.[1]) Vgl. oben S. 619.

Im übrigen ist ein solches Zeitverhältnis entweder an eine feste Frist gebunden, oder es ist unbestimmt in der Frist, in der Art, daß die Beendigung durch Kündigung zu bezeichnen ist. Über die Kündigungsfristen hat das B.G.B. in den §§ 564 ff. besondere Normen. Es läßt die Kündigung mit Recht davon abhängen, ob der Mietzins viertel-

[1] Der § 573 bezieht sich naturgemäß auch auf den Fall, daß ein Gläubiger auf die eine und andere Vierteljahrsrate Zwangsvollstreckung erwirkt, O.L.G. Dresden 30. Dezember 1901 Mugdan IV S. 229. Andere Entscheidungen bei Scherer, Das dritte Jahr S. 227.

jährlich, monatlich, wöchentlich oder tageweise bezahlt wird, und auf der anderen Seite drängt es dahin, daß die Beendigung der Mieten bei Grundstücken und bei Räumen, namentlich Wohnräumen, immer nur am Ende der Kalenderzeit stattfindet. Das ist sozial sehr wichtig; denn auf solche Weise erfolgt die Mietsbeendigung massenweise an dem nämlichen Tag: hieraus ergibt sich eine größere Wahrscheinlichkeit, daß der Vermieter sofort auch wieder einen Mieter, der Mieter sofort wieder einen Vermieter findet. Bei beweglichen Sachen ist dieses Bedürfnis weniger vorhanden, und darum kann hier das Mietsverhältnis auf jeden beliebigen Tag gekündigt werden, sofern die Kündigung nur am dritten Tag vorher geschieht.

In gewissen Fällen gibt die Gesetzgebung ein außergewöhnliches Kündigungsrecht, und zwar ein Kündigungsrecht ohne weitere Frist, ein Kündigungsrecht auf die nächste Minute, so in dem oben berührten Falle, wo die Mietsache nicht in brauchbarem Zustand zur Verfügung steht und nach angemessener Frist der Mangel nicht ergänzt wird; so aber auch dann, wenn der Mieter die Mietsache schwer mißbraucht und trotz Mahnung nicht abläßt, und ebenso wenn er zweimal hintereinander mit dem Mietzins im Verzug ist (§§ 553, 554 B.G.B.).

In einer anderen Reihe von Fällen gibt das Gesetz die Kündigung in gesetzlicher Frist; das will heißen: es soll der Partei zustehen, ohne Rücksicht auf die vereinbarte Mietsperiode auf eine bestimmte Zeit hinaus, die das Gesetz als genügend betrachtet, zu kündigen. Er kann also in einem solchen Falle die feste Vereinbarung brechen. Das ist einmal dann der Fall, wenn der Mietsvertrag auf eine zu lange Zeit angesetzt ist: man darf ihn nicht länger als auf 30 Jahre stellen; nach 30 Jahren kann in gesetzlicher Frist gekündigt werden. Außerdem kann jeder Teil kündigen, wenn der Mieter stirbt, und endlich kann ein Beamter die ihm und seiner Familie dienenden Räume kündigen, wenn er versetzt wird. Auch der Fall kommt noch in Betracht, wenn eine Zwangsversteigerung erfolgt ist, in welchem Falle der Erwerber der Sache den Mieter sich gefallen lassen muß, aber ebenfalls mit dem Recht der gesetzlichen Kündigung. Noch einige andere Fälle gehören hierher, z. B. wenn der Nießbraucher die Sache über den Nießbrauch hinaus vermietet hat, in welchem Falle ebenfalls der Eigentümer, wenn die Sache zurückfällt, von einer solchen Kündigung Gebrauch machen kann, und das gleiche gilt beim Nutznießer und Vorerben (§§ 567, 569, 570, 1056, 1423, 1663, 2135 B.G.B., § 21 K.O.)

Von der Miete unterscheidet sich die Pacht in mehreren Punkten wesentlich. Während die Miete sich nur auf eine (bewegliche oder unbewegliche) Sache bezieht, kann die Pacht sich auch auf unkörperliche Gegenstände (z. B. Erfindungen) erstrecken. In Bezug auf Sachen aber liegt Pacht dann vor, wenn nicht der bloße Gebrauch, sondern die Fruchtziehung überlassen wird; wobei nicht bloß körperliche, sondern auch bürgerliche Früchte in Betracht kommen: es gibt also eine Pacht von Landgütern, wie es eine Pacht von Theatern, Handelsgeschäften und Eisenbahnen gibt. Für die Pacht gelten mehrfach besondere Bestimmungen, insbesondere auch, was die Dauer und Kündigung betrifft; im übrigen sind die Sonderheiten entweder solche, welche sich auf die Pacht überhaupt, oder welche sich auf die Pacht von Grundstücken (oder Rechten) oder auf die Pacht landwirtschaftlicher Grundstücke oder auf die Pacht von Landgütern beziehen. (Vgl. § 581 ff. B.G.B.).

Übrigens hat der Unterschied von Pacht und Miete noch wichtige prozessuale Bedeutung; insbesondere bezieht sich § 23 Z. 2 Gerichts-V.G. nicht auf die Pacht eines Theaterunternehmens, obgleich schon hiergegen gefehlt worden ist.

2. Leih- und Verwahrungsgeschäft.

§ 73. Das Leihgeschäft und das Verwahrungsgeschäft sind wesentlich in der Art des römischen Rechts weiter entwickelt, nur daß das Leihgeschäft sich auf unbewegliche Sachen beziehen und die Verwahrung auch eine entgeltliche sein kann, in welchem Falle der Verwahrer für alles Verschulden eintritt (§ 690 B.G.B.). Eine große neuzeitliche Entwicklung zeigt aber das Depositengeschäft, das depositum irregulare, das allerdings

schon im Altertum längst verbreitet war: man gibt einem Bankier Geld in Verwahrung in der Art, daß er nicht dieselben Stücke, sondern nur einen gleichen Geldwert zurückzugeben hat, so daß er Eigentümer wird, und das Ganze sich zu einer Wertrückgabe, ganz ähnlich wie beim Darlehn, verflüchtigt. Da nun aber dieses Geschäft nicht nur bei Geld, sondern auch bei anderen vertretbaren Sachen möglich ist, und die neuzeitliche Entwicklung insbesondere die Wertpapiere, vor allem die Inhaberpapiere, in die Höhe gebracht hat, so hat das Hinterlegungsgeschäft namentlich in Bezug auf die Inhaberbriefe eine große Bedeutung gewonnen. Hier hat es sich allerdings vielfach in einer Weise verschoben, wie es die Hinterleger nicht geahnt hatten, zu ihrem großen Schaden und Nachteil. Die Notwendigkeit einer sorgfältigen Verwaltung der Inhaberbriefe mit ihren Zins- und Gewinnanteilscheinen, und die Schwierigkeiten, welche infolge der Möglichkeit der Verlosung und der Notwendigkeit zeitweiliger Vorweisung der Papiere entstehen, haben das sogen. Verwaltungsdepot gezeitigt, das darin besteht, daß das Publikum die Wertpapiere dem Bankier offen gibt, damit er alle nötigen Verwaltungstätigkeiten vollzieht, so daß der Hinterleger lediglich und allein die Früchte des Einkommens mühelos genießt. Hier hat sich nun vielfach der Brauch entwickelt, daß die Bankiers die Papiere durcheinander mischten, — wie es auch beim Getreidelagergeschäft vorkommt, daß man die Getreidemassen zusammenschüttet, um dadurch die Verwaltung zu erleichtern. Damit aber kam die Sache auf eine schiefe Ebene; denn die Bankiers glaubten nun, daß das Hinterlegungsgeschäft zu einem irregulären Depositum, zu einem Depotgeschäft würde, daß das Eigentum der Papiere auf sie überginge und sie lediglich obligationsrechtlich verpflichtet wären, ihren Kunden derartige Papiere seinerzeit zurückzuliefern; und dies wurde um so bedenklicher, als das Geschäft sich vielfach mit dem Kommissionsgeschäft verband, indem die Bankiers zu gleicher Zeit die Anschaffung neuer Papiere, sei es für neue Ersparnisse, sei es als Ersatz verloster Stücke, für ihre Kunden übernahmen. In der Tat schafften sie vielfach nicht an, sondern belasteten sich lediglich für die betreffenden Papiere zu Gunsten der Besteller. Das schien nun an sich sehr angängig, denn es konnte schließlich dem Hinterleger gleich sein, ob er seinerzeit die eine oder die andere Nummer eines bestimmten Papieres bekam. Fiel aber der Bankier in Konkurs, so trat sofort der Abgrund der Sache zu Tage; denn nunmehr waren die Kunden lediglich Konkursgläubiger, während sie gehofft hatten, einfach ihr Eigentum herausnehmen zu können; und so verloren sie 70, 80 % ihres Vermögens: sie verloren es einfach durch den Übergang vom depositum regulare zum irregulare. Diesem schweren Unheil suchte das B.G.B. in § 700 durch die Bestimmung abzuhelfen, daß eine Vereinbarung, wonach bei Wertpapieren die Hinterlegung ein depositum irregulare werden soll, ausdrücklich geschehen müsse. Noch weiter geht ein Gesetz vom 5. Juli 1896, das sogen. Depotgesetz, welches nicht nur verlangt, daß eine derartige Vereinbarung schriftlich zu geschehen hat, sondern auch weitere Vorsichtsmaßregeln feststellt, und den Bankier — auch bei Strafvermeiden — verpflichtet, die nötigen Vorkehrungen zu treffen, damit die Wertpapiere der einzelnen Kunden stets genau ausgeschieden werden können.

Eine Art des depositum regulare, welche heutzutage von der größten Wichtigkeit ist, ist die sogen. Miete eines Kassenfaches, eines Tresors, Safe —, ein Vertrag, der sich von England nach Deutschland verbreitete und hier, namentlich mit Rücksicht auf Erfahrungen, die das Publikum mit dem Verwaltungsdepot gemacht hatte, rasch Eingang fand. Das Institut ist nicht so bequem wie das Verwaltungsdepot, hat aber besondere Sicherheiten. Der Vertrag wird im beteiligten Publikum gewöhnlich als Schrankmiete bezeichnet, und die Vorstellung ist zunächst die, als ob der im Safe enthaltene Raum für die Kassette gemietet sei. Aber damit würde man dem Geschäfte nicht gerecht werden und die Sachlage nur oberflächlich kennzeichnen; denn nicht nur das ist wesentlich, daß die Bank ihrem Kunden ein solches Fach zur Benutzung stellt, sondern die Bank übernimmt es, dasjenige, was in diesem Fache ist, zu behüten; ja, sie hat ständig die nötige Sorgfalt anzuwenden, damit die in dem Fache untergebrachten Gegenstände nicht durch Diebstahl, Feuer, Wasser oder irgend welche andere zerstörende Elemente vernichtet oder gefährdet werden. Daher ist der Gedanke der: die Gegenstände sind auf

solche Weise der Bank anvertraut. Der Vertrag ist mithin ein Verwahrungsvertrag, er ist aber nicht als Realvertrag, sondern als Konsensualvertrag gedacht; denn das Verhältnis zwischen beiden Teilen entsteht schon mit dem Vertrag, auch dann, wenn noch nichts in das Kassenfach eingebracht ist. Auf der anderen Seite wird der Vertrag nicht in Bezug auf gewisse Verwahrungsgegenstände abgeschlossen, sondern in Bezug auf unbestimmte Sachen, welche eben der Hinterleger in das Kassenfach einbringen wird. Ein solcher Verwahrungsvertrag ist unbedenklich: man kann zweifellos einen Vertrag abschließen, daß die Bank während einer bestimmten Zeit alles zu verwahren hat, was ich in einen bestimmten Raum bringe; dies ist ebenso, wie wenn ich z. B. mit einem Reeder einen Frachtvertrag eingehe, daß das Schiff befördern soll, was ich in einem bezeichneten Schiffsraum unterbringen werde. Wie hier trotz der Bezeichnung des bestimmten Gelasses ein Frachtvertrag, so liegt bei der Bank ein Verwahrungsvertrag vor.

Und daß der Hinterleger berechtigt ist, die Sache zugleich unter seinen Verschluß zu bringen, steht gleichfalls dem Verwahrungsvertrag nicht im Wege; im Gegenteil ist das depositum regulare gerade häufig dadurch äußerlich gekennzeichnet, daß man die Sache nicht offen, sondern im Verschluß übergibt.

Weiter muß noch berücksichtigt werden, daß der Hinterleger nicht etwa all und jede Sache einschließen kann, sondern nur gewisse Gegenstände unterbringen darf, also Urkunden, Wertpapiere, Kostbarkeiten, und daß der Bank ein Kontrollrecht darüber zusteht, sie unter Umständen auch berechtigt ist, selber das Fach zu öffnen und die Gegenstände an sich zu nehmen. Dies soll allerdings regelmäßig nicht geschehen, und vielfach wird deswegen die Vorsicht gebraucht, daß der zweite Schlüssel, welchen die Bank hat, vom Hinterleger versiegelt wird, in der Art, daß das Siegel nur ausnahmsweise unter besonderen Umständen erbrochen werden darf. Die Bank ist in einem solchen Falle Besitzerin, der Hinterleger aber hat einen Mitbesitz im Sinne des § 1206 B.G.B.; er hat einen Mitbesitz trotz der Möglichkeit, daß die Bank von sich aus allein den Tresor öffnen darf, weil dies jedenfalls nur etwas Ausnahmsweises und Anormales wäre. Daher würde beispielsweise dieser Mitbesitz genügen, auf daß der Treformieter Gegenstände, die ihm die Bank verpfänden wollte, in seinen Pfandbesitz bekäme. Auf der anderen Seite genügt er auch dafür, um die Bank zur Besitzerin zu machen, in der Art, daß sie das Pfandrecht und das Rückbehaltungsrecht an den eingebrachten Gegenständen des Hinterlegers erwerben und erhalten kann, was natürlich noch von viel größerer Wichtigkeit ist als das vorige; denn es wird selten vorkommen, daß die Bank Pfandschuldnerin des Treformieters wird, häufig aber das umgekehrte. Es wird sogar gewöhnlich ausgemacht, daß der Bank für alle Ansprüche gegen den Treformieter ein Pfandrecht an den eingebrachten Gegenständen zustehen soll, natürlich solange sie eingebracht bleiben und nicht zurückgenommen werden.

3. Dienstvertrag.

§ 74. Der Dienst- oder Arbeitsvertrag ist vom B.G.B. mit Recht von der Miete völlig ausgeschieden worden. Die Kennzeichnung des römischen Rechts als locatio conductio operarum weist auf ein System, wonach hauptsächlich Sklaven zur Arbeit ausgeliehen oder ausgemietet wurden. Wie man Sklaven verkaufte, so vermietete man sie auch; dies ist in allen Sklavenstaaten Übung. Auch Haussöhne wurden auf diese Weise ausgemietet, und als es die sozialen Verhältnisse mit sich brachten, daß freie Menschen sich selbst in Arbeit begaben, so wurde dies nach den Grundsätzen behandelt, die man für die Sklavenarbeit festgesetzt hatte.

Das kann für unsere neuzeitlichen sozialen Verhältnisse natürlich nicht mehr gelten. Der Dienstvertrag ist ein Vertrag über freie Menschenarbeit, bei welcher die Tätigkeit des freien Menschen nach all ihrer Würde und Bedeutung für das Menschengeschlecht in Betracht kommt.

Darum unterscheidet unser Gesetz auch nicht mehr zwischen gewerblichen und nichtgewerblichen Arbeiten. Nicht als ob hier jeder Unterschied fehlte: gewerbliche Arbeiten sind

solche, bei denen unsere Volksanschauung den Gedanken hegt, daß sie durch Zahlung aufgewogen werden. Im Gegensatz dazu steht eine Tätigkeit, die uns als so hoch gilt, daß ein Gegenwert in Geld gar nicht als möglich erscheint. Trotzdem ist auch bei ihr ein Dienstvertrag möglich; denn was nicht vollständig gegengewertet werden kann, dem kann doch ein beliebiger Gegenwert gegenübergestellt werden, mit Rücksicht auf die Bedürfnisse des Lebens, die auch der geistige Arbeiter zu befriedigen hat.

Von großer Bedeutung ist der Grundsatz, daß, wo immer der Dienstleistende in den Räumlichkeiten oder mit den Arbeitsmitteln des Dienstherrn zu arbeiten hat, dafür gesorgt werden muß, daß überall die nötigen Vorkehrungen getroffen werden für Gesundheit, Erhaltung des Lebens, Sittlichkeit. Dies sind soziale Vorschriften, die bereits oben S. 639 f. ihre Darstellung gefunden haben. Sie gelten insbesondere auch bezüglich der Eisenbahnen, der Bauanlagen u. s. w.

Noch besondere Verhältnisse treten dann ein, wenn eine häusliche Gemeinschaft zwischen dem Dienstleistenden und dem Dienstherrn stattfindet, in welchem Falle auch die häuslichen Räume den entsprechenden Anforderungen genügen müssen, mithin so gestaltet sein müssen, daß Leben, Gesundheit, Sittlichkeit gewahrt sind. Hier gilt sogar die Bestimmung, daß bei Erkrankung dem Arbeiter innerhalb einer bestimmten Zeit (6 Wochen) Pflege und ärztliche Behandlung zu teil werden muß (§ 617). Vgl. S. 639.

Das Dienstverhältnis ist ein wesentlich zeitliches Verhältnis. Daß es nicht länger als auf 5 Jahre fest begründet werden kann und dann von Seiten des Dienstverpflichteten kündbar wird, ist bereits (S. 689) dargelegt worden. Im übrigen ist für die Zeitdauer das nämliche System angenommen wie bei der Miete, wonach die Zeit im Zweifel nach der Art der Vergütung zu bemessen ist, in der Weise, daß dementsprechend gekündigt werden kann, also auf Tage, Wochen, Monate, Vierteljahre, wobei regelrechte Kalenderwochen, Kalendermonate und Kalendervierteljahre anzunehmen sind. Die Kündigung ist ähnlich wie bei der Miete; nur ist die Kalendervierteljahr-Kündigung in der Art umgestaltet, daß 6 Wochen vor Ablauf des Vierteljahrs gekündigt werden kann, § 620 ff. B.G.B.

Dienstvergütung und Dienstleistung entsprechen sich; doch muß trotz kurzer (schuldloser) Unterbrechung die ganze Vergütung bezahlt werden (§ 616 B.G.B.); dahin gehört insbesondere eine Unterbrechung durch militärische Übungen (nicht über 8 Wochen s. H.G.B. § 72 Z. 3).

Etwas Besonderes gilt von den sogen. Mandatsdienstverhältnissen. Dies sind Verhältnisse, die früher unter die Regeln des Mandats gestellt worden sind und deswegen kraft der römischen Mandatslehre der freien Kündigung beider Teile unterlagen. Der innere Grund dieser Kündigung lag im römischen Recht darin, daß die Dienste als unentgeltlich gedacht wurden, und der etwaige Gegenwert nicht als Gegenstand einer bürgerlichen Schuld galt, sondern nur extra ordinem eingetrieben werden konnte. Bei uns hat man diese Kündbarkeit für solche Fälle aufrechterhalten, wo auf der einen Seite keine festen Bezüge ausgemacht sind, sondern die Dienste nach Maßgabe der wirklichen Leistungen honoriert werden, und auf der anderen Seite die Dienstleistungen solche höherer Art sind, die zu gleicher Zeit ein besonderes Vertrauen verlangen. Es gehören hierher namentlich die Dienstleistungen des Rechtsanwalts und des Arztes, beider, wenn sie nicht zu einem festen Zeitsatze angestellt sind. Hier ist es von größter Bedeutung, daß kein Teil länger gebunden sein soll, wenn er zu dem anderen kein Vertrauen mehr hat, oder wenn er möglicherweise fühlt, daß das Vertrauen des anderen geschwunden ist; und da dies mehr eine Gefühlssache ist, als eine Sache objektiver Erkenntnis und objektiven Nachweises, so konnte man hier nicht anders, als die Kündigung für völlig frei erklären. Die Honorierung richtet sich dann nach den geleisteten Diensten, wobei allerdings zu berücksichtigen ist, daß möglicherweise die bisherigen Dienstleistungen bloß als Stückleistungen zu betrachten sind, die an und für sich keinen Wert haben, und daß die Fortsetzung von seiten eines anderen vielleicht gar nicht möglich ist, da ein anderer nach einem anderen System arbeitet: man denke sich den Fall einer begonnenen ärztlichen Behandlung, die abgebrochen wird, während ein Nachfolger eine ganz andere Methode in Anwendung bringt. Hier wird es Frage des einzelnen Falles sein, ob und welcher

Gegenwert zu geben ist. § 628 bestimmt, daß, wenn der Dienstleistende hier selber das Verhältnis abbricht, ohne durch vertragswidriges Verhalten des anderen veranlaßt zu sein, er eine Vergütung gar nicht zu verlangen hat. Doch wird dies nur mit gewissem Vorbehalt zu verstehen sein.

Eine besondere Art des Dienstverhältnisses ist auch das Dienstverhältnis mit Geschäftsbesorgung; Geschäftsbesorgung ist aber eine Tätigkeit, welche in Rechtshandlungen oder in Vorbereitung von Rechtshandlungen besteht. Hier treten Besonderheiten ein, namentlich Rechnungslegung, Übergabe der eingenommenen Gelder u. s. w., § 675, 665 f.

§ 75. Ein Dienstvertrag eigener Art ist das sog. Theaterengagement, d. h. der Vertrag mit einem der Schauspielkunst Beflissenen dahin, daß er eine bestimmte Zeit lang in dramatischen Rollen auftrete. Dieser Vertrag hat verschiedenes eigene. Nach den Anschauungen der maßgebenden Kreise und nach der entwickelten Verkehrsübung hat sich das Verhältnis so gestaltet, daß der Schauspieler zur Schauspieltätigkeit nicht nur verpflichtet, sondern in gewissem Sinne auch berechtigt ist, daß er insbesondere die Berechtigung erlangt, nach Maßgabe von Brauch und Billigkeit, mit Rücksicht auf die aufzuführenden Stücke und seine Rollenfächer, auftreten zu dürfen; dies auch dann, wenn er kein Anrecht auf Spielhonorar hat, d. h. auf eine besondere Bezahlung für jedes Auftreten; hat er dies, dann ist natürlich das Interesse und das Recht, aufzutreten, noch besonders gesteigert. Diese Eigenart des Dienstvertrages steht in gewisser Parallele zu einigen Formen der Pacht. Es gibt nämlich Fälle, wo ausnahmsweise der Pächter nicht nur das Recht des Gebrauches der Pachtsache erwirbt, sondern auch die Pflicht eines bestimmten regelrechten und sachgemäßen Gebrauches übernimmt, so beispielsweise, wenn es sich um die Pacht einer Wirtschaft, einer Apotheke, eines Theaters oder einer ähnlichen Unternehmung handelt: denn wenn die Pacht nicht ausgeübt wird, so steht das Unternehmen still, es verliert seinen Zulauf, seinen Kundenkreis, und am Ende der Pachtzeit ist die Pachtsache entwertet. Auch bei der Pacht eines Gartens ist der Pächter verpflichtet, ihn wenn auch nicht zu benutzen, so doch in Kultur zu halten; er darf die Gewächse nicht vertrocknen lassen u. s. w. In ähnlicher Weise ist hier der Theaterunternehmer nicht nur berechtigt, den Schauspieler auftreten zu lassen, sondern in gewissem Sinne auch verpflichtet, seiner Tätigkeit einen Spielraum zu ihrer Entfaltung zu gewähren.

Im übrigen wird das Engagement näher gekennzeichnet durch die Rollen und durch die Rollenart, welche der betreffende Schauspieler vertritt. Vielfach wird bezüglich gewisser Rollen eine Zusicherung gegeben, die aber im Zweifel nicht so aufzufassen ist, daß der Schauspieler diese Rollen allein spielen darf, wohl aber, daß er in entsprechend ausgiebiger Weise in solchen Rollen zu beschäftigen ist; denn man muß vielfach im Interesse der Theaterverwaltung darauf sehen, daß womöglich eine doppelte Besetzung der Rollen stattfindet, um dem Publikum Abwechslung und Vielseitigkeit zu gewähren. Daß natürlich der Schauspieler nicht alles und jedes zu spielen braucht, auch wenn es innerhalb seiner Rollenfächer liegt, versteht sich von selbst; solches muß nach dem Brauch des Theaters und den Anschauungen der Künstler beurteilt werden, insbesondere wenn etwa ein Schauspieler oder eine Schauspielerin sich weigern würde, in einer Rolle aufzutreten wegen des wenig dezenten Kostüms oder wegen der Gefahren, die mit dem Spiel der Rolle verbunden sind.

Im übrigen können die Grundsätze über Lösung des Dienstverhältnisses nach dem B.G.B. hier keine unmittelbare Anwendung finden; wohl aber muß auch hier gesagt werden, daß aus wichtigen Gründen ein jeder Teil kündigen kann. Wichtige Gründe können nicht nur verschuldete Gründe sein, sondern auch Unglücksfälle, die beispielsweise dem Schauspieler die Stimme rauben oder ihm die Spannkraft nehmen, um gewisse Hauptrollen durchzuführen.

4. Werkvertrag.

§ 76. Der Werkvertrag unterscheidet sich vom Dienstvertrag dadurch, daß nicht Dienste, sondern ein bestimmter Arbeitserfolg versprochen wird: ein Arbeitserfolg, jedenfalls soweit er lediglich aus Arbeit besteht; ist der Arbeitserfolg ein körperlicher, so kommt auch noch der Stoff in Betracht, und hier ist zu unterscheiden: liefert der Arbeiter den Stoff ganz oder in der Hauptsache, dann liegt nicht ein Werkvertrag, sondern Kauf einer künftigen Sache vor, denn die Sache soll ja nur zu dem Zweck gefertigt werden, damit sie künftig in des andern Eigentum übergeht; anders, wenn der Unternehmer nicht den Stoff liefert oder nur Zutaten dazu, also insbesondere wenn der Besteller seinerseits den Stoff gibt. Handelt es sich um Grundstücksarbeiten, dann ist maßgebend, wer den Grund und Boden gibt; das übrige gilt als Zutat: es ist also ein Werkvertrag, wenn der Besteller den Boden liefert und der Architekt mit seinem Material ein Haus baut. Dieser Unterschied zwischen Kauf und Arbeitsvertrag darf aber nicht übertrieben werden, und insbesondere gelten, was die Mangelhaftigkeit der Leistung betrifft, nicht die Grundsätze des Kaufgeschäfts, sondern die Grundsätze des Werkvertrages, da die Gründe, welche eine andere Behandlung des Werkvertrages als des Kaufes bedingen, hier in vollem Maße zutreffen.

Die Gründe einer anderweitigen Behandlung sind folgende: soll der sogenannte Unternehmer (derjenige, der das Werk zu leisten hat) erst eine Sache herstellen, dann wird man im Falle einer Mangelhaftigkeit des Ergebnisses zuerst daran denken müssen, daß er die Mängel verbessern soll, und erst in zweiter Linie wird Wandelung oder Preisminderung in Betracht kommen können. So auch das B.G.B.: zunächst hat der Unternehmer Recht und Pflicht, den Fehler zu heben, es müßte denn sein, daß dies nur durch unverhältnismäßigen Aufwand geschehen könnte. Verweigert er diese Verbesserung, so kann der Besteller sie auf dem gewöhnlichen Wege erzwingen; dieser hat aber außerdem das Recht, eine Frist zu setzen mit der Bestimmung, daß nach Ablauf der Frist eine Verbesserung abgelehnt wird; und läuft die Frist vergebens ab, dann tritt wie beim Kauf Wandelung oder Minderung ein, und dies gilt, wie beim Kauf, ohne Rücksicht auf ein Verschulden; bei Verschuldung kann natürlich Schadenersatz verlangt werden nach den gewöhnlichen Regeln (§§ 633 f. B.G.B.).

Außerdem ist der Fall besonders zu behandeln, wenn der Unternehmer nicht rechtzeitig liefert. Bei unserem Vertrag ist wesentlich, daß das Werk in einer annehmbaren Zeit fertig wird, und insofern liegt die Sache anders als beim Kauf einer gegenwärtigen Sache: bei solchem Kauf ist entweder, sofern die Sache nicht vorhanden ist, die Leistung unmöglich; oder wenn sie vorhanden, aber dem Verkäufer unerreichbar ist, so haftet er für die Leistung bezw. für Schadenersatz, weil er im Falle des Unvermögens einstehen muß. Beim Unternehmer aber kommt das Unvermögen, das im Laufe der Arbeit eintritt, entschuldigend in Betracht, so daß er nicht für Schadenersatz haftet; wohl aber kann man in diesem Falle vom Vertrag zurücktreten, weil ein verspäteter Erfolg nicht mehr ein richtiger Erfolg wäre; darum ist in diesem Falle bestimmt, daß man dem Unternehmer eine Frist setzen kann, nach deren Ablauf man zurück zu treten erklärt (§ 636 B.G.B.).

In allen diesen Beziehungen ist die Entwicklung des Verlagsvertrages ähnlich. Auch beim Verlagsvertrag handelt es sich, wenn ein künftiges Werk zu leisten ist, um Probleme, die in der Zukunft liegen, und es handelt sich auch hier um das Interesse des Verlegers, die Leistung rechtzeitig zu erlangen. Daher kann auch hier, sofern die Leistung mangelhaft ist, zunächst eine Verbesserung des Mangels verlangt werden, und wenn die Leistung sich verspätet, so hat der Verleger das Recht, eine Frist zu setzen mit der Bestimmung, daß er nach Ablauf der Frist die Annahme ablehne. Auch hier gilt beides ohne Rücksicht auf Verschuldung. Liegt Verschulden vor, oder liegt überhaupt ein Fall vor, wo der Leistende die Verspätung zu vertreten hat (Verzug), dann kann Schadenersatz verlangt werden. Das ist im neuen Verlagsgesetz vom 19. Juni 1901, § 30 und 31, ausdrücklich ausgesprochen worden. Dagegen unterscheidet sich der Verlagsvertrag von dem Werkvertrag wesentlich durch die Leistung des Verlegers, der nicht nur ein etwaiges

Honorar zu zahlen hat, sondern insbesondere auch verpflichtet ist, dem Autorwerk eine bestimmte Behandlung angedeihen zu lassen, es zu vervielfältigen und zu verbreiten, wovon bereits in der Lehre vom Autorrecht (S. 628) die Rede gewesen ist.

Besondere Erscheinungen aber treten ein, wenn der Besteller eines Werkes in Annahmeverzug kommt: er hat das Recht dazu: er kann also jederzeit erklären, das Werk nicht mehr annehmen zu wollen. Die Folge ist, daß der andere Teil nun nicht mehr zu leisten hat und überhaupt nicht mehr leisten darf: eine jede fernere Leistung wäre ein Unrecht gegenüber dem vom Besteller gelieferten Material und würde dem Unternehmer kein Anrecht geben auf entsprechende Vergütung. Dieses Verhältnis ist vom B.G.B. in der Art charakterisiert worden, daß es sagt: der Besteller kann kündigen, d. h. er kann erklären, daß das Verhältnis nicht zur Realerfüllung gelangen soll. Ein Kündigung im eigentlichen Sinne ist dies nicht, denn der Besteller ist ja verpflichtet, trotzdem die volle Vergütung zu leisten, aber natürlich mit den Abzügen, die den Regeln des Annahmeverzuges entsprechen. Insbesondere hat der Unternehmer keinen Gegenwert zu beanspruchen für die Arbeiter, deren Anwerbung ihm erspart geblieben ist, für die Stoffe, die er hat ersparen können, und ferner kommt in Betracht, daß der Unternehmer seine Tätigkeit anderwärts verwerten konnte. Vgl. oben S. 654.

Ein solches Recht des Bestellers ist unabweislich. Man hat zwar entgegengehalten, daß der Unternehmer ein Interesse an der Realerfüllung haben könne, wie z. B. ein Künstler, der auf diese Weise berühmt werden wolle, oder eine Gesellschaft, welche hoffe, mit der einen Arbeitsausführung auch noch andere Arbeit zu bekommen; allein das sind keine Interessen, welche den Rechtsschutz beanspruchen können: denn es wäre gegen die Verkehrslage der Parteien, wenn der Besteller ein Werk annehmen müßte, das er nach den veränderten Umständen nicht mehr brauchen kann, und das ihm möglicherweise eine große Verlegenheit wäre, ein Werk, das vielleicht nach der gewordenen Sachlage geradezu gefährlich oder verderblich wäre. Man denke sich den Fall, daß eine Stadt eine Beleuchtung bestellte, die weitaus überholt ist, oder den Bau eines Krankenhauses bedungen hat, dessen Einrichtung sich nach neuen Erfahrungen als gesundheitsgefährlich erweist. Hier versteht es sich von selber, daß man sich von der Leistung des Unternehmers loslösen und insbesondere das Arbeitsmaterial, das er bis jetzt nicht verwendet hat, herausverlangen kann.

Beim Verlagsvertrag ist die Sache wesentlich anders; denn hier hat der Verleger eine Gegenleistung gerade in Bezug auf das Werk selber zu machen, welche nicht in anderer Weise gegengewertet werden kann. Hat der Verleger ein Werk in Verlag genommen, so verspricht er nicht bloß das etwaige Honorar, sondern er verspricht die Vervielfältigung und Verbreitung, und statt dessen hat er nicht das Recht, etwas anderes darzubieten. Allerdings, in gewissen Fällen gibt man auch dem Verleger ein Rücktrittsrecht. Vor allem ist der Verleger nicht verpflichtet, eine neue Auflage zu veranstalten, sondern er kann sich dessen weigern, worauf der Verfasser vom Verlagsvertrag zurücktreten und das Werk einem anderen übergeben kann. Man sollte naturgemäß erwarten, daß der Verleger hier mindestens für das volle Honorar einstünde (natürlich mit Berücksichtigung der bekannten Abzüge des Annahmeverzugs); daß dies dem Verfasser nicht gewährt ist, gehört zu den Unfolgerichtigkeiten des Gesetzes. Bei der ersten Auflage darf er kündigen, wenn der Zweck des Werks infolge neuer Umstände nicht erreicht werden kann; so bei einem Schulbuche, wenn der Unterricht in dem betreffenden Lehrzweige wegfällt, bei einem Gesetzeskommentar, wenn das Gesetz aufgehoben wird. Hier heißt es richtig, er habe die vertragsmäßige Vergütung zu zahlen (§ 17 und 18 VerlagsGes.).

Die Grundsätze des Annahmeverzuges treten ein, wenn der Besteller das Werk nicht annimmt, sie treten ein, wenn er es nicht annehmen kann, wenn er aus irgend welchen Gründen an der Annahme verhindert ist; denn die Gründe der Annahmeweigerung kommen nicht weiter in Betracht. Eine solche Annahmeweigerung ist insbesondere auch dann gegeben, wenn er dem Unternehmer die stoffliche Unterlage bieten soll und nicht in der Lage ist, sie ihm zu leisten. Auch hier hat er regelrecht dem Unternehmer die Vergütung zu leisten, mit den bereits bekannten Abzügen; z. B.

der Besteller hoffte ein Gelände zu erwerben und darauf ein Haus zu bauen, und das Gelände ist nicht zu haben. In solchem Fall ist es Sache des Unternehmers, dem Besteller eine angemessene Frist zu setzen, mit der Erklärung, daß er den Vertrag nicht zur Realerfüllung bringe, wenn innerhalb der Frist das Hindernis nicht beseitigt wird. Etwas Besonderes aber liegt, wie bereits S. 657 angedeutet, dann vor, wenn die Gründe, welche den Annahmeverzug des Bestellers herbeiführen, zu gleicher Zeit Gründe sind, welche eine Unmöglichkeit der Leistung des Unternehmers bewirken. Das ist namentlich der Fall, wenn die vom Besteller zu liefernde stoffliche Unterlage zu Grunde geht; z. B. die Wand brennt ab, an welcher ein Gemälde herzustellen ist, oder der Boden für den Eisenbahnbau wird durch ein Erdereignis für immer untauglich gemacht, oder die Fabrik, in der chemische Versuche gemacht werden sollen, brennt mit allen Apparaten ab. In einem solchen Falle wäre es unzutreffend, den Annahmeverzug vollständig auf die Rechnung des Bestellers zu setzen, vielmehr hat er dem Unternehmer nach dem Verhältnis dessen zu zahlen, was dieser bis jetzt geleistet hat, aber nicht mehr. Hat also beispielsweise der Maler die Hälfte der Fresken geliefert, und wird dann die Wand zerstört, so ist ihm entsprechende Vergütung zu entrichten.

Was man hiergegen geltend gemacht hat, ist völlig unbegründet und gehört dem Bereiche der juristischen Irrtümer an. Im übrigen vgl. § 643 ff. B.G.B.

§ 77. Zum Werkvertrag gehört auch das Geschäft, kraft dessen eine elektrische Anstalt sich verpflichtet, jemandem in bestimmten Umfange Elektrizität zu liefern; dies ist nicht ein Kaufvertrag, auch nicht etwa ein Kaufvertrag in Bezug auf künftige vertretbare Sachen, im Sinne des § 651 B.G.B., denn es wäre gegen alle Grundlagen des Rechtes, wenn man einen Kauf eines Zustandes, einer Kraft annähme: nur ein Gegenstand (allerdings auch ein unkörperlicher) kann verkauft werden, die Gegenstandseigenschaft ist die Grenzscheide, welche den Kauf von anderen Verträgen abscheidet; der Zustand einer Sache kann aber niemals Gegenstand sein, ebensowenig die im Gegenstand wirkende Kraft. Der Vertrag kann daher nur ein Werkvertrag sein, welcher den Grundsätzen des Werkvertrages entspricht, wonach also einerseits, wenn aus irgend einem Grunde keine Elektrizität hergestellt wird oder nicht bis zu dem Abnehmer gelangt, eine Vergütung nicht zu bezahlen ist, auf der andern Seite die Vergütung auch dann bezahlt werden muß, wenn der Abnehmer nicht in der Lage ist, die zu ihm gelangte Elektrizität anzunehmen und zu benutzen. Allerdings wird meist in der Art kontrahiert, daß der Abnehmer nur so viel Elektrizität vergüten muß, als er wirklich abnimmt. Allein, es kommen Fälle vor, wo der Kunde nicht etwa bloß nach Maßgabe der verbrauchten Elektrizität zu zahlen, sondern unter allen Umständen einen Mindestpreis zu entrichten hat.

Auch das ist sicher, daß der Abnehmer jeden Augenblick die Elektrizität zurückweisen kann, gegen Zahlung der bedungenen Vergütung, unter Abzug dessen, was infolge seiner Nichtbenutzung erspart worden ist. Allerdings liegen die Verhältnisse hier so, daß eine solche Ersparung regelmäßig nicht vorhanden sein wird, da, was an Elektrizität nicht abgenommen ist, dem Elektrizitätsproduzenten nicht zu gute zu kommen pflegt; höchstens dann, wenn er etwa, weil bedeutende Abnehmer auf längere Zeit verzichten, in der Lage ist, Elektrizität solchen Personen zuzuwenden, welche er sonst zurückweisen müßte.

Ist der Vertrag hiernach ein Werkvertrag, so ist er doch insofern eigenartig, als es sich um ein Werk handelt, das nicht in einem Moment oder in einer kurzen Zeit sich erschöpft, sondern ständig, tage-, wochen-, monate- und jahrelang vollzogen wird. Bei dieser Sachlage muß man die Grundsätze des Dienstvertrages, welche auf solche kontinuierlichen Verhältnisse angelegt sind, heranziehen; man muß annehmen, daß aus gewichtigen Gründen ein jeder Teil jederzeit kündigen kann, wenigstens insofern kündigen kann, als nicht ein sog. Kontrahierungszwang besteht, wovon S. 637 gehandelt worden ist. Ebenso muß es der Elektrizitätsgesellschaft offen stehen, sobald die Zahlung nicht erfolgt, weitere Lieferungen einzustellen, bis die Zahlung nachgeholt wird; wobei der § 554 B.G.B. kaum rechtsähnlich angewandt werden kann: denn es handelt sich nicht um Kündigung

des Verhältnisses, sondern um einstweilige Einstellung der Lieferung. Eigenartig ist auch noch folgendes: der Elektrizitätsvertrag wird abgeschlossen mit einem bestimmten Hauseigentümer und mit bestimmten Mietern. Wenn nun das Eigentum übergeht, wenn die Mieter wechseln, so wird wohl anzunehmen sein, daß der Vertrag sich auf die ausscheidenden Personen nicht weiter erstreckt, sondern auf die nachfolgenden Eigentümer und Mieter übergeht, wenn auch mit dem Rechte der Kündigung; denn jeder, der für Wohn- oder Hausbedarf Elektrizität bezieht, der bezieht sie für die in seine Wohnung geleitete Einrichtung, und nur unter der Voraussetzung, daß er wohnt und wohnen bleibt; wer aber neu eintritt und die Leitung sieht, hat Grund, sich darüber zu erkundigen und daraufhin die entsprechende Erklärung zu geben.

In allen diesen Beziehungen fehlt es noch an festen Regeln; einstweilen muß die Rechtspflege nach Treu und Glauben, d. h. nach demjenigen, was das Rechtsgefühl besagt, unter Berücksichtigung der Gewohnheiten des Lebens entscheiden (§ 157, 242 B.G.B.). Allerdings haben vielfach die Elektrizitätsgesellschaften ihre Satzungen, denen sich die Abnehmer vertragsmäßig unterwerfen, und aus diesen Satzungen heraus wird sich, falls nicht die Gesetzgebung einschreitet, ein ähnliches Gewohnheitsrecht ergeben wie beim Versicherungsvertrag.

Auch die Zwangsvollstreckung kann Schwierigkeiten haben, wenn etwa die Elektrizitätsgesellschaft zur Lieferung verpflichtet ist und sich weigert. Man wird auch hier annehmen, daß die Vollstreckungsgewalt in der Art nachhilft, daß dem klagenden Abnehmer der Bezug der Elektrizität von anderer Seite her von Gerichts halber gestattet wird, und sollte dies auch in einer höchst kostspieligen Weise geschehen, wobei die Kosten von dem Verurteilten nach gewöhnlichen Grundsätzen vorzuschießen sind (§ 887 C.P.O.).

c) Tauschgeschäfte über das Risiko.

§ 78. Das Versicherungsgeschäft besteht darin, daß jemand ein im Vermögen eines anderen eintretendes Risiko, d. h. eine Gefahr, übernimmt gegen eine Gegenleistung oder Deckung. Danach ist der Vertrag zu unterscheiden in Prämien- und in Gegenseitigkeitsversicherung. Prämienversicherung kann auch als einzelnes Geschäft abgeschlossen werden; so etwas ist zwar selten, allein es ist möglich, und geschieht es, so treten die Grundsätze des Versicherungsrechts ein. Gegenseitigkeitsversicherung aber ist nur in großen Massen möglich, weil hier durch Zuzug einer Vielheit von Interessen, welche durch die Gefahr berührt werden können, von welchen aber regelrecht nur das eine oder andere von dem Unfall betroffen wird, eine Ausgleichung erzielt werden soll.

Das ganze Versicherungsgeschäft gehört, wie bereits (S. 571) ausgeführt, zu den wichtigsten Errungenschaften der Neuzeit. Wenn wir die Gefahr der Elemente und auch der Lebensereignisse nur unvollkommen beschwören können, so ist doch die Möglichkeit gegeben, daß wir sie überwinden, und daß auf solche Weise ein Ergebnis entsteht, als ob die Gefahr in unserem Vermögen nicht akut geworden wäre. Dadurch gewinnt unser Vermögen außerordentlich an Sicherheit, es wird durch Rechtsgeschäft künstlich außer Gefahr gestellt; und wo wir der Natur nicht unmittelbar einen Gegenpart liefern können, da tun wir es mittelbar auf dem Wege des Rechts. Die Rechtsordnung kann die Naturordnung meistern, und der Einfluß der Natur auf unser Vermögen wird zu schanden gemacht!

Entstanden ist das Versicherungsgeschäft im mittelalterlichen Italien, wie (mit Ausnahme des Börseninstituts) fast alle großen Gedanken des Verkehrsrechts. Wir finden bereits in der ersten Hälfte des 14. Jahrhunderts Versicherungsgeschäfte, vor allem Seeversicherungen. Dies wurde dann auf die Transportversicherung zu Lande übertragen, und von da war nur ein Schritt zur Feuerversicherung, die ja zunächst Transportwaren erfaßte, dann aber auch andere bewegliche und unbewegliche Gegenstände. Auch Hagelversicherung und Versicherung gegen andere Naturmächte haben sich entwickelt, wenn auch manchmal unter eigenartigen Schwierigkeiten. Aber auch Verhältnisse der Personen haben

zu Versicherungen geführt, so die Unfallversicherung, die Krankenversicherung, und endlich Ereignisse des Rechts: so wird insbesondere die Gefahr, die aus der Haftung hervorgehen kann, beispielsweise aus der Haftung für Tiere, auf den Versicherer übergewälzt; auch die Gefahr von Wertanlagen, so auch die Schäden, die aus der Auslosung von Wertpapieren herrühren, u. a. Gegenwärtig ist man bestrebt, das Recht des Versicherungsvertrags durch Reichsgesetz zu regeln, und bereits ist (1903) ein Entwurf veröffentlicht worden.

Der Entwurf begreift die allerverschiedensten Versicherungen unter dem Begriff der Schadensversicherung; darunter sind Schäden aller Art verstanden; so kann neben die Feuerversicherung die Wasserversicherung und die Einbruchsversicherung treten; zur Haftversicherung für Tiere und leblose Sachen kann die Haftung, die aus eigener Fahrlässigkeit hervorgeht, hinzukommen, beispielsweise die Haftung eines Beamten für Versehen in seiner Amtstätigkeit u. s. w. Nur eine Grenze ist natürlich zu ziehen: die Versicherung darf niemals Unsittlichkeit fördern, und insbesondere ist eine Versicherung für den Schaden, der aus arglistiger Handlungsweise oder gar aus Verbrechen oder vorsätzlichem Vergehen hervorgeht, in keiner Weise statthaft. Auch sonst gibt es einzelne Beschränkungen im Interesse der menschlichen Zucht und der Disziplin; so vor allem darf die Heuer der Seeleute nicht versichert werden, weil diese Personen sonst an der Erhaltung des Schiffes nicht so sehr interessiert wären und das Schiff zu Grunde gehen ließen in der Erwartung, daß ihnen ihre Heuer doch ersetzt würde.

Dieser fruchtbare Versicherungsgedanke darf nicht entstellt werden. Die Versicherung muß streng begrenzt werden auf den Ersatz des Schadens. Doch ist es statthaft, nicht nur den individuellen Sachschaden, sondern das ganze Interesse, also den gesamten Vermögensschaden mit zu versichern; soweit wenigstens, als ein solcher sich mit entsprechender Wahrscheinlichkeit dartun läßt. So hat es insbesondere das Seerecht bei uns gestattet, daß nicht nur Schiff und Ladung versichert werden, sondern auch das, was mit dem Schiff verdient wird, also namentlich die Fracht, und ebenso das, was mit der Ware verdient wird, der sog. imaginäre Gewinn. Ja, man hat letzterem in § 801 H.G.B. eine besondere Norm gegeben (im Zweifel 10% des Versicherungswerts der Güter). Eine Ausdehnung der Entschädigungspflicht über das Gebiet des Schadens aber, wie dies Endemann (der ältere) in kurzsichtiger Weise angenommen hatte, würde das ganze Versicherungsrecht zur Unnatur verzerren und an Stelle einer geregelten Sicherung die waghalsigste Spekulation herbeiführen. Sie wäre auch im höchsten Grade gefährlich, denn gerade die Überversicherung ist ein Hauptreiz, heimtückisch den Schaden selbst herbeizuführen.

Darum haben die meisten Versicherungsgesetze die Überversicherung, soweit sie Überversicherung ist, als unverbindlich erklärt, mindestens für den Versicherer, und ebenso die Doppelversicherung in der Art, daß diejenige Versicherung unverbindlich ist, mit der die Überversicherung anfängt, also wenn die erste Versicherung das Interesse vollkommen deckt, die zweite u. s. w. Im englisch-amerikanischen Recht hat man allerdings hier in der Art geholfen, daß man zwar die verschiedenen Versicherer nur zur einmaligen Deckung des Schadens verpflichtete, aber eine Gesamtverbindlichkeit derselben eintreten ließ, — was ein sehr geeigneter Ausweg ist und auch von dem Entwurf eines Reichsgesetzes über Versicherungsvertrag § 54 angenommen worden ist: er wird voraussichtlich bei uns zum Gesetze werden [1].

Der Vermögenswert, der im einzelnen Falle versichert werden kann, d. h. der Betrag des Vermögens, der im Falle des Eintritts der Gefahr eingebüßt wird, heißt Versicherungswert. Dieser Versicherungswert kann ganz oder teilweise Gegenstand der Versicherung sein, m. a. W. die Versicherungssumme kann den Versicherungswert erreichen oder unter demselben bleiben, z. B. bei einem Versicherungswert von 50000 Mk. kann die Versicherung sich auf 25000 belaufen. Das hat folgenden Sinn: tritt der Schaden völlig ein, so sind 25000 zu zahlen, tritt er zur Hälfte ein, so daß also ein Schaden

[1] Etwas abweichend der Schweizer Entwurf, worüber Rölli in Z. f. Versicherungswissenschaft III S. 354.

von 25000 vorliegt, dann ist die Hälfte der Versicherungssumme, also 12500, zu zahlen, u. s. w. (vgl. § 792 H.G.B. und § 51 Entw.: Unterversicherung). Handelt es sich um eine Sach-(z. B. Feuer-)versicherung, so gilt als Versicherungswert der Wert der Sache; der entgehende Gewinn nur, soweit es besonders ausgemacht ist, §§ 48, 49 Entw.

Daß der Versicherungswert bei Abschluß des Versicherungsvertrags in einer Taxe festgestellt wird, kommt häufig vor, und die Taxe gewährt die Vermutung, daß ihr Betrag dem Versicherungswert entspricht. Doch ist der Nachweis des Gegenteils (der Übertaxierung) vorbehalten (§ 793 H.G.B. und § 52 Entw.).

Das Wesen des Versicherungsvertrags liegt nun darin, daß auf der einen Seite das Risiko bezeichnet wird und auf der anderen Seite die Gegenleistung oder Deckung. Die Bezeichnung des Risikos besteht in einer Angabe der Umstände, welche auf die Gefahr Einfluß ausüben, also z. B. bei der Versicherung des Transports von Waren in der Bezeichnung der Waren, des Transportmittels und des Weges, den die Waren zu machen haben, sowie möglicherweise in der Angabe anderer Besonderheiten, welche Einfluß haben. Nach strengstem Rechte sollte man nun folgendes annehmen: ist das Risiko in irgend einem wesentlichen Teil unrichtig bezeichnet, dann ist nicht die wirkliche Gefahr zum Gegenstand des Vertrages gemacht, sondern irgend eine eingebildete, der Wahrheit nicht entsprechende, und die Folge wäre, daß wegen Irrtums der Vertrag unbedingt anfechtbar wäre, ohne Rücksicht darauf, ob die erheblichen Punkte wissentlich oder nicht wissentlich, fahrlässig oder nicht fahrlässig unrichtig bezeichnet worden sind. Ja, man könnte weiter folgern, daß, wenn irgend welche Unvollständigkeit vorläge, also wesentliche Umstände zur Kennzeichnung der Gefahr übergangen wären, dasselbe gelten müsse.

Mit dieser Strenge haben nun aber die Versicherungsgesetze die Folgerung nicht gezogen. Man nimmt zwar vielfach an, daß im Falle der positiven Unrichtigkeit das Geschäft mangelhaft sei, dagegen im Falle der Unvollständigkeit nur dann, wenn die maßgebenden Umstände dem Versicherungsnehmer bekannt gewesen sind und er sie nicht angegeben hat; und auch die Folgen dieser Mängel hat man nicht in der Art ausgeführt, daß eine Anfechtbarkeit eintrete, sondern so, daß die Versicherung für den Versicherer unwirksam sei. In dieser Weise ist z. B. die Frage im Seerecht (§§ 806, 809 B.G.B.) geregelt. Bei den übrigen Versicherungen ist es aber gebräuchlich, zu bedingen, daß nur eine schuldhafte Unrichtigkeit oder Verschweigung oder gar nur eine solche aus grober Schuld die Unwirksamkeit des Vertrages herbeiführe. Eine solche Ermäßigung der Irrtumsgrundsätze ist hier ganz außerordentlich wünschenswert, da auf der einen Seite die Kennzeichnung des Risikos eine sehr schwierige und auf der anderen Seite die Festigkeit und Sicherheit des Vertrags für die Lebensverhältnisse eine außerordentliche Wohltat ist. Bei dieser wie bei anderen Fragen müssen wir noch dem zu erwartenden neuen Versicherungsgesetz entgegensehen; der vorliegende Entwurf hat im allgemeinen das zutreffende: er bestimmt nicht nur, daß Unrichtigkeiten und Unvollständigkeiten unschädlich sein sollen, wenn sie ohne Verschulden des Versicherungsnehmers eingetreten sind, sondern erstreckt dies auch auf die Seeversicherung unter Änderung des H.G.B., §§ 14—16, und Entwurf eines Gesetzes über Abänderung des H.G.B. a 1; verschuldete Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit gibt dem Versicherer ein Rücktrittsrecht, das in einem Monat auszuüben ist, § 18; das Rücktrittsrecht wickelt die Sache nach Art des B.G.B. § 846 f. obligationsrechtlich ab.

Die Verpflichtung des Versicherers ist nicht etwa bloß der eventuelle Ersatz des Schadens, sondern die sofortige Übernahme des Risikos, denn schon die Tragung der Gefahr ist eine Leistung: mit diesem Moment ist das Vermögen des einen belastet und das Vermögen des anderen gehoben, weshalb die Versicherungslage eintritt, wenn und solange die Gefahr läuft. Ist daher beispielsweise im Augenblicke des Abschlusses des Versicherungsgeschäfts die Sache bereits der Gefahr entzogen oder, umgekehrt, die Sache bereits untergegangen, die Gefahr also bereits in Schaden übergegangen, dann wäre an sich der Versicherungsvertrag ungültig, weil er auf etwas Unmögliches, d. h. auf ein nicht mehr vorhandenes Risiko ginge. Aber auch hier hat man die Schärfe der Grundsätze etwas gemildert in der Art, daß man den guten Glauben der Parteien berücksichtigt. Wenn beide Teile oder auch nur einer derselben von diesen Umständen keine Kenntnisse

hatte, so kann der Vertrag bestehen, indem die subjektive Ungewißheit statt der objektiven gilt. Das hat das H.G.B. § 785 und Entw. § 2 angenommen, und es ist auch eine höchst wünschenswerte Gestaltung. Daraus geht auch hervor, daß, sobald die Versicherung zu laufen anfing, die Sache nicht mehr „res integra“ ist und beispielsweise der Versicherte nicht mehr gegen eine Rücktrittssumme (Ristornogebühr) sich lösen kann[1]; und wenn die Versicherung etwa infolge der Nichtzahlung der Prämie verfällt, so bleiben die gezahlten Prämien als Entgelt für die bisherige Risikodeckung bezahlt, vgl. Entw. § 34[2].

Damit hängt auch folgendes zusammen: der Versicherer haftet nur für die übernommene Gefahr, daher nicht, wenn der Gegenstand in eine Lage gebracht wird, wodurch an Stelle dieser Gefahr eine andere tritt. Hier sollte ebenso die Versicherung unwirksam werden, wie wenn von Anfang an eine andere Gefahr bezeichnet worden ist als die wirkliche; aber auch hier ist mit Recht fast überall eine Erleichterung angenommen worden in folgender Richtung: wenn der Übergang in einen anderen Gefahrenkreis ohne Zutun des Versicherten stattgefunden hat, dann soll diese Änderung keinen Einfluß auf die Gefahrtragung haben. Auch das ist bestimmt, um den Zweck des Geschäfts, eine sichere Vermögensstellung, zu erzielen (vgl. § 813 H.G.B.). Der Entwurf gibt in solchem Fall ein Kündigungsrecht, das allerdings bei der Transportversicherung beschränkt ist, §§ 23, 132.

Ebenso könnte man nach den strengsten Grundsätzen annehmen, daß, wenn der Versicherte auch nur durch ein leichtes Verschulden den Versicherungsfall bewirkt hat, die Haftung aufhörte, weil die Haftung nur für den Zufall, für Natur- und Menschenereignisse gegeben wäre, die die Sache von außen her träfen. Allein auch das würde zu weit gehen. Im Seerecht allerdings ist eine derartige Bestimmung angenommen in § 821 H.G.B., allein im Seerecht handelt es sich um Verhältnisse, bei welchen den Personen eine besondere Anspannung ihrer Aufmerksamkeit schon im Interesse der großen Verantwortung zugemutet werden kann. Anders bei sonstigen Versicherungen, z. B. bei der Feuerversicherung, die fast in den meisten Fällen ihr Ziel nicht erreichte, wenn ein leichtes Verschulden des Versicherten genügte, den Versicherer zu entlasten. Hier muß angenommen werden, daß nur Arglist oder höchstens grobe Fahrlässigkeit den Versicherungsanspruch aufhebt. Dies ist nunmehr auch im Entw. § 55 bestimmt; ja auch bezüglich der Seeversicherung soll der § 821 H.G.B. in dieser Richtung abgeändert werden; und bei der Haftpflichtversicherung ist nach § 139 die Haftung des Versicherers nur im Fall des Vorsatzes ausgeschlossen.

Der Versicherer kann das Risiko, das er läuft, wiederum einem anderen aufbürden; das ist die Rückversicherung. Sie ist nichts anderes als eine Art der Versicherung mit Besonderheit des Interesses: ebensogut wie man für den Fall irgend eines anderen Schadens sich versichern kann, so auch für den Schaden, den man als Versicherer kraft des übernommenen Risikos zu leiden hat. Allerdings ist es nicht das Gewöhnliche, daß der Rückversicherer den vollen Versicherungsschaden übernimmt, sondern nur einen entsprechenden Teil; allein dies ist für den Charakter des Geschäfts unerheblich: es ist ebensowenig erheblich, als wenn sonst, beispielsweise bei der Gebäudeversicherung, nur für einen bestimmten Bruchteil Versicherung geboten wird; und dasselbe gilt von der Exzedentenversicherung, wenn nur für den einen bezeichneten Betrag übersteigenden Schaden Vergütung zugesagt wird.

Das Risiko übernimmt der Versicherer entweder gegen Gegenleistung, die in Geld oder irgend etwas anderem bestehen kann (Prämie): in der Festigkeit dieser Prämie liegt die Spekulation des Geschäfts; denn der Versicherer bekommt die Prämie in jedem Fall, er hat aber auch den etwa entstandenen Schaden zu ersetzen ohne Rücksicht auf die Prämienhöhe. Sein Geschäft kann daher sehr günstig oder sehr ungünstig ausfallen.

Ganz anders, wenn nicht eine Gegenleistung, sondern bloß Deckung stattfindet; damit ist folgendes gesagt: es können mehrere zu einem Verein zusammentreten in der Art, daß sie alle ihre Risikos zusammenwerfen und es übernehmen, wenn bei einem von

[1] Vom Entwurf § 64 Geschäftsgebühr genannt (nicht höher als der halbe Betrag der Jahresprämie!).

[2] Bezüglich der Lebensversicherung vgl. unten S. 692.

ihnen die Gefahr ins Unheil umschlägt, ihm durch gemeinsame Mittel Ersatz zu verschaffen. Die Deckung entsteht daher durch Umlegung des Schadens auf eine Gesamtheit von gleichartigen Schadensinteressenten. Die Folge ist, daß hier kein Gewinn und Verlust gemacht, sondern eben bezahlt wird, was immer an Schaden eintritt; doch werden in größeren Verhältnissen auch hier einstweilen bestimmte Prämien entrichtet, aber nur vorläufig, in der Art, daß, was zu viel gezahlt ist, in Form von Dividenden zurückgeht, oder was zu wenig gezahlt ist, in Form von Nachschüssen aufgebracht werden muß. Dies sind die Versicherungen auf Gegenseitigkeit, die sich heutzutage einer ganz besonderen Beliebtheit erfreuen; allerdings besteht hier die Gefahr der Nachschüsse, aber man hat versucht, diese Gefahr durch die Bestimmung zu beschwören, daß der einzelne nicht mehr als einen gewissen Betrag an Nachschüssen zu entrichten hat; das hat dann allerdings zur Folge, daß möglicherweise der eingetretene Schaden eines Versicherungsinteressenten nicht ganz, sondern nur teilweise ersetzt wird.

Während bezüglich der Regelung des Versicherungsvertrags bis jetzt erst ein Entwurf vorliegt, haben wir bereits ein Gesetz über die Privatversicherungsunternehmungen (P.V.G.) vom 12. Mai 1901, welches nur wenige Bestimmungen über das Versicherungsgeschäft selber enthält, dagegen die privatrechtliche Form der Versicherungsgesellschaften und ihre polizeiliche Stellung regelt. Diese polizeiliche Stellung greift allerdings auch tief in die privatrechtlichen Verhältnisse hinein.

Privatrechtlich ist insbesondere von Bedeutung, daß als Versicherungsunternehmungen zum Betriebe gewisser Versicherungen, der Feuer-, Hagel-, Unfall- und Haftpflichtversicherungen, sowie aller Lebensversicherungen nur *Aktiengesellschaften* oder *Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit bestehen dürfen*. Damit ist nicht gesagt, daß ein einzelnes Versicherungsgeschäft nicht auch von einer anderen Person abgeschlossen werden dürfe, wohl aber soll ein Unternehmen zur planmäßigen Versicherung, sei es gegen Prämien, sei es auf Gegenseitigkeit, nur in einer dieser Gesellschaftsformen stattfinden; nur einer solchen darf die nötige Konzession erteilt werden.[1] Zwar wären die Geschäfte einer anderen nicht nichtig, wohl aber würden Strafen eintreten, die Strafen des § 108 P.V.G. Privatrechtlich ist ferner die in diesem Gesetze geregelte Organisation der konzessionierten Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit. Ein solcher Versicherungsverein ist eine juristische Persönlichkeit, er ist keine Handelsgesellschaft, hat aber im allgemeinen die Pflichten der Kaufleute und ist in das Handelsregister eingetragen. Die Satzungen unterliegen der Genehmigung der Aufsichtsbehörde. Sie müssen gerichtlich oder notariell festgestellt werden und sollen insbesondere auch bezeichnen, in welcher Weise jemand Mitglied wird; die Mitgliedschaft ist hier insofern eine eigenartige: man wird Mitglied durch Einwerfung eines Risikos, d. h. wer ein Risiko läuft, kann als Mitglied in der Art eintreten, daß einerseits sein Risiko zu decken ist, daß er aber auch anderseits mit zur Deckung des Risikos anderer seinen Teil zu leisten hat; woraus folgt, daß die Ansprüche auf Deckung des eingetretenen Schadens Vereinsansprüche sind, nicht Ansprüche Dritter, so daß sie daher im Falle des Konkurses den Ansprüchen Dritter nachstehen (§ 20 f., 51 P.V.G.). Erforderlich ist aber, daß schon von Anfang an ein gewisses Vermögen vorhanden ist, weil ja schon zur Zahlung des nötigen Personals und der Verwaltungskosten Mittel bereit sein müssen. Es ist darum vorgesehen, daß ein Gründungsfonds in die Gesellschaft eingeworfen wird in der Art, daß die Beteiligten dieses Gründungsfonds durch eine Verzinsung und eventuell auch durch einen Gewinnanteil (Verzinsung bis zu 4 % und dazu noch Gewinnanteil und zwar im ganzen bis zu 6 %) vergütigt werden; hierbei wird vorgesehen, daß allmählich dieser Gründungsfonds durch die Jahreseinnahmen getilgt, die Gründungsbeteiligten beseitigt werden, und auf diese Weise der Charakter der Gesellschaft als Gesamtheit von Risikobeteiligten immer reiner hervortritt (§ 22 P.V.G.).

---

[1] Vgl. auch darüber Zehnter im Arch. f. bürgerl. R. XX S. 8 f. Daher darf eine Gesellschaft, welche planmäßige Versicherungsgeschäfte abschließen will, nur eingetragen werden, wenn hierzu die Genehmigung gegeben ist, Kammergericht 26. Mai 1902 *Mugdan* V S. 34.

§ 79. Die Lebensversicherung[1] ist eine besondere Art der Versicherung, welche sich in folgender Weise charakterisiert: durch den frühzeitigen Tod einer Person oder auch dadurch, daß eine Person einen Zeitpunkt erlebt, kann ein Bedarf nach Geldmitteln entstehen, der ebenfalls unter den Begriff des Schadens im Sinne des Versicherungsrechts fallen kann; denn Schaden ist überall vorhanden, wo ein besonderer Bedarf nach Vermögen durch die Umstände gegeben ist. Der wichtigste Fall ist der, wenn einer auf den Verdienst angewiesenen Familie der Ernährer entzogen wird und die Angehörigen in Bedürftigkeit, Not oder Elend kämen. Das ist auch der Fall, der geschichtlich zunächst in Betracht kam. Wollte man aber hier streng nach den Regeln des Versicherungswesens verfahren, so müßte man auch hier erklären, daß nicht mehr als der wirkliche Vermögensschaden ersetzt werden dürfte; so daß, wenn jemand erst lange nach dem Aufhören seiner Arbeitsfähigkeit stirbt, er also seiner Familie in dieser Beziehung nichts mehr leistet, sondern eher noch zehrt, ein Versicherungsanspruch ausgeschlossen wäre. Auf der anderen Seite dürfte jedenfalls nicht mehr an Schadenersatz geboten werden als dasjenige, was der Arbeitsfähige seinen Angehörigen zu bieten vermöchte. Eine derartige Behandlung der Sache würde aber auf unüberwindliche Schwierigkeiten stoßen und zu gleicher Zeit noch folgendes wichtige Moment verkennen: auch wenn jemand nicht unmittelbar für die Familie Vermögen erwirbt, so kann er doch schon durch seine Persönlichkeit, durch den sittigenden Einfluß auf die Familienmitglieder, durch Aufrechterhaltung der Hausdisziplin, durch seine angestammte Autorität das Ganze zusammenhalten und einen wohltätigen Einfluß auch auf die vermögensrechtliche Entwicklung der Familie ausüben. Mit Rücksicht auf alle diese Umstände hat die Rechtsordnung sich dahin verstanden, hier von der Gleichstellung von Schaden und Versicherungswert abzusehen und eine Versicherung in beliebiger Höhe zu gestatten; und ebenso hat man das Verbot der Doppelversicherung nicht weiter in Betracht gezogen.

Der Vertrag ist also ein Versicherungsvertrag; er folgt den Regeln der Versicherung. Insbesondere kommt es auch hier auf die Richtigkeit der Angaben an, welche das Risiko kennzeichnen. Diese Angaben bezeichnen natürlich vor allem das Alter und die Gesundheitszustände der Person, auch die Gesundheitszustände von Verwandten, welche einen Schluß auf etwaige erbliche Belastung ziehen lassen; Stand und Beruf kommt gleichfalls in Betracht. Auch hier gilt der Grundsatz, daß, streng genommen, jede unrichtige oder unvollständige Angabe den Vertrag anfechtbar macht, daß aber nach Billigkeit nur eine solche Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit schädigend einwirkt (zum Rücktritt berechtigt), die auf Verschulden hinausläuft[2]. Hier kommt nun insbesondere noch folgendes in Betracht: ist der Gesellschaft die Unrichtigkeit bekannt, dann ist sie nicht in der Lage, einen Irrtum in dieser Beziehung vorzuschützen; die Gesellschaft sollte aber gerade hierbei für ihre Agenten einstehen, welche die Möglichkeit haben, ihr Auskunft zu geben und auch zu vollkommener Auskunft verpflichtet sind. Obgleich diese Agenten nicht Stellvertreter im Sinne des B.G.B. sind, so sind sie doch die Vertrauenspersonen, welche im Verkehr mit den Versicherungsnehmern alle Umstände zu entwickeln und den Vertrag vorzubereiten haben. Unzutreffend hat der Entwurf in § 43 bestimmt, daß die Kenntnis eines nur mit der Vermittelung betrauten Agenten der Gesellschaft nicht schade. Eine Verbesserung des Entwurfs ist dringend nötig; die Entgegnung, daß in Fällen der Kenntnis des Agenten meist eine Verschuldung des Versicherten fehle und folgeweise kein Rechtsnachteil eintrete, ist unzureichend[3].

Die Lebensversicherung hat noch eine besondere Eigenheit, sie ist, sofern sie eine Versicherung des eigenen Lebens darstellt, ein Vertrag zu Gunsten Dritter, d. h. zu

---

[1] Der Ursprung der eigentlichen Lebensversicherungsinstitute ist in England zu suchen, wo man aus den Jahren 1698, 1699, 1706 Beispiele von Lebensversicherungsgesellschaften anführt.

[2] Dazu kommt noch die wohltätige Sicherung, daß ein Rücktritt nach 10 Jahren nicht mehr statthaft ist, § 152 Entw.

[3] Eine andere Regelung wäre um so mehr erforderlich, als die Rechtsprechung des R.G.s in diesem Punkt durchaus keine folgerichtige und einwandsfreie ist. Vgl. 3. Juli 1883 IX S. 196, 9. November 1888 XXII S. 201, 2. Dezember 1890 XXVII S. 151, 29. Juni 1897 XXXIX S. 177. 30. März 1900 XLVI S. 184.

Gunsten derjenigen, welchen die Versicherungssumme zukommen soll, also beispielsweise der Frau oder der überlebenden Kinder; und zwar ist ihr Recht nicht etwa so aufzufassen, als ob der Anspruch zunächst dem Versicherungsnehmer erworben würde und in dessen Erbschaft fiele; denn das hätte zur Folge, daß Frau und Kinder nur kraft Erbrechts den Anspruch erlangten und daß, wenn die Erbschaft in Nachlaßkonkurs fällt, die Konkursmasse sich des Anspruchs bemächtigte; sondern die Versicherten erwerben den Anspruch unmittelbar als Dritte, allerdings in der Art, daß sie ihr Recht aus dem Versicherungs*vertrag* ableiten; der Versicherer kann ihnen daher die Einwendungen aus dem Versicherungsvertrag entgegenhalten (§ 334 B.G.B.), nicht aber die Einwendungen, die nur in der Person des Versicherungsnehmers, nicht im Versicherungsvertrag, begründet sind, z. B. nicht etwa eine Aufrechnung, die mit dem Versicherungsvertrag nicht zusammenhängt. Noch weniger können die Gläubiger des Versicherungsnehmers das Recht des Versicherten schmälern. Das Gesagte würde noch klarer hervortreten, wenn, wie nach englischem Gesetz (33, 34 Vict. c. 93 s. 10), das Recht der versicherten dritten Personen ein sofortiges und endgültiges wäre; das ist aber nach unserem Rechte nicht der Fall: nach unserem Rechte kann nicht nur durch einen Vertrag zwischen dem Versicherungsnehmer und der Versicherungsgesellschaft ein anderer Drittversicherter bestimmt werden, sondern der Versicherungsnehmer kann durch einseitige Erklärung einen anderen Versicherten benennen. Daher entsteht das Recht des Drittversicherten erst mit dem Tode des Versicherungsnehmers, und dies nur, sofern keine anderweitige Bestimmung getroffen ist[1]. Trotzdem liegt ein Vertrag zu Gunsten Dritter vor, denn ein solcher setzt nicht notwendig voraus, daß das Recht des Dritten sofort entsteht, es kann auch möglicherweise noch von zukünftigen Umständen abhängen. Nimmt der Dritte nicht an, so fällt das Recht in den Nachlaß.

Maßgebend ist der Tod, wie er infolge der natürlichen Lebensentwicklung oder auch infolge äußerer Einflüsse entsteht. Tötet darum der Versicherungsnehmer, um dessen Leben es sich handelt, sich selbst, so ist der Fall der Versicherung nicht gegeben, es müßte denn der Selbstmord auf Geistesstörung beruhen. Dasselbe gilt, wenn er im Duell stirbt oder wenn er hingerichtet wird; doch müßte eine Ausnahme gemacht werden, wenn nach seinem Tode eine Wiederaufnahme des Verfahrens die Unschuld erwiese. Auch die Verbüßung einer längeren Freiheitsstrafe oder eine stark ausschweifende Lebensweise müssen die Gesellschaft von ihrer Haftung entbinden. Der Entw. § 159 berücksichtigt nur Selbstmord und ist daher nicht genügend.

Der Versicherungsnehmer[2] hat auch hier eine Prämie zu zahlen; dabei haben sich folgende Rechtsgedanken gewohnheitsrechtlich entwickelt: die rechtzeitige Zahlung der Prämie ist von besonderer Wichtigkeit, und die Gesellschaft könnte nicht bestehen, wenn eine große Reihe von Prämien im Rückstande wären; daher bildete sich der Grundsatz: die Gesellschaft hat im Falle der Nichtzahlung der Prämie das Recht, vom Vertrage zurückzutreten, und zwar ohne die bisher bezahlten Prämien zurückzuvergüten; denn sie hatte ja bis zu dieser Zeit das Risiko zu tragen, mithin wäre eine Rückzahlung der früheren Prämien nur insoweit gerechtfertigt, als ihr zu gleicher Zeit für Tragung des Risikos eine andere Vergütung zu teil würde[3]. Allerdings ist in den Statuten gewöhnlich eine Nachfrist bedungen, und mitunter auch bestimmt, daß ein Teil der Prämien zurückvergütet wird.

Mit dieser Gestaltung hat sich etwas anderes verbunden, nämlich der Gedanke: der Versicherungsnehmer könne von der Versicherung dadurch zurücktreten, daß er die Prämie nicht zahlt und die Versicherung verfallen läßt; tue er das, dann könne die Prämie nicht gegen ihn eingeklagt werden. Die Prämie ist also hiernach nicht mehr eine

[1] Der Vorschlag der Lebensversicherungsgesellschaften vom 15. Februar 1902 (Z. f. Versicherungswissenschaft II S. 250) sieht allerdings ein vorheriges festes Recht des Dritten vor, sofern der Dritte auf Antrag des Versicherungsnehmers dem Versicherungsvertrag beigetreten ist. Dies wäre zweckmäßig; der § 156 Entw. sagt nur, daß die Bezeichnung eines Dritten dem Versicherungsnehmer im Zweifel nicht das Recht nimmt, einen anderen Empfänger zu bezeichnen. Das ist nicht genügend. Im übrigen bestätigen die §§ 155, 157 Entw. das obige.

[2] § 149 des Entwurfs bezeichnet den Versicherungsnehmer als *Versicherten*, was nicht zweckmäßig ist.

[3] Wegen der Prämienreserve s. unten S. 693 f.

schuldrechtliche Pflicht, sondern eine Bedingung für das Fortbestehen der Versicherung und für die fortdauernde Haftung des Versicherers [1]. Der Entwurf hat beides dahin abgemildert, daß 1. durch bloße Nichtzahlung der Prämie der Vertrag nicht erlischt, sondern nur ein Rücktrittsrecht des Versicherers entsteht, daß 2. der Versicherungsnehmer das Versicherungsverhältnis jederzeit kündigen kann, §§ 33, 154.

Auch eine Versicherung auf fremdes Leben ist möglich, also in der Art, daß A ausmacht, er solle eine Summe bekommen, wenn B stirbt; z. B. die Ehefrau läßt sich eine Summe ausbedingen zur Zahlung beim Tode ihres Mannes. Eine derartige Versicherung erschien vielfach als bedenklich, einmal vom sittlichen Standpunkte als eine Art von Spekulation auf den Tod eines anderen, als eine Art von Spiel, wobei das Leben eines anderen den Ausschlag gibt; sodann ist es auch nicht undenkbar, daß eine solche Versicherung wirklich den Anreiz bietet, den anderen aus der Welt zu schaffen oder auch nur durch irgend welche schädlichen Einwirkungen seinen Tod zu beschleunigen. Die Gesetzgebungen gestatten daher eine solche Versicherung nur unter besonderen Umständen, sie verlangen entweder Zustimmung dessen, um dessen Leben es sich handelt, oder ein Interesse, das durch den Tod dieses anderen geschädigt wird, so insbesondere, wenn dieser ein Verwandter ist, von dessen Hilfe und Unterstützung man abhängt. Der Entw. § 149 verlangt schriftliche Einwilligung.

Die Todesversicherung (auf eigenen Tod) kann mit einer Lebensversicherung in der Art verbunden sein, daß die Summe sowohl ausbezahlt wird beim Tode der Person als auch dann, wenn sie ein bestimmtes Lebensalter erreicht hat. In diesem Falle wird in Betracht gezogen, daß ein bestimmtes Lebensalter erfahrungsgemäß ein Ablassen der produktiven Arbeitskraft und vielfach auch ein größeres Maß der Bedürfnisse mit sich bringt. Man spricht hier von abgekürzter Lebensversicherung. Natürlich ist für diese Vergünstigung eine höhere Prämie zu zahlen.

Im Gegensatz dazu steht die bloße Lebensversicherung, die darin besteht, daß jemandem eine Summe für Beziehungen ausbezahlt wird, die bei bestimmtem Alter eintreten können, aber auch nur dann; so daß, wenn er vorher stirbt, an seine Erben nichts entrichtet wird. Es gehört hierher insbesondere die Aussteuer-, Einjährigenversicherung u. s. w., welche sich auf Bedürfnisse beziehen, die nur dann eintreten, wenn der Versicherte in ein bestimmtes Alter tritt.

Kommt der Versicherer in Konkurs, dann kann entweder der Versicherungsnehmer zurücktreten, oder er kann als Schadensumme einen Betrag anmelden, welcher es ihm ermöglicht, an Stelle dieser Versicherung eine neue zu nehmen (§ 898 H.G.B.). So wenigstens war das bisherige Recht; der § 61 des P.V.G. hat dies nicht geändert, denn er behält dem Versicherten die „weitergehenden Ansprüche aus dem Versicherungsverhältnisse" vor. Ganz ungenügend ist die Regelung im Entw. §§ 11, 12, 34 [2]. Ein besonderes Vorzugsrecht aber hat hierbei das Privatversicherungsgesetz dem Versicherungsnehmer gegeben. Es bestimmt nämlich, daß die Versicherung erlöschen soll vorbehaltlich des soeben angeführten Rechtes auf Schadensvergütung, die Versicherten aber das Recht haben sollen, die sogenannte Prämienreserve für sich in Anspruch zu nehmen. Mit der Prämienreserve verhält es sich wie folgt: die Jahresprämien sind im Anfang bedeutend höher, als sie nach Maßgabe der Kalkulation sein müßten; denn wenn es nach der Kalkulation ginge, so wären die Prämien zuerst geringer und würden mit dem Alter steigen, was für keinen Teil erwünscht wäre. Man bezahlt darum sofort eine höhere Prämie, die sich gleichbleibt und dasjenige vergütet, was später an Plus zu bezahlen wäre. Auf diese Weise hat die Lebensversicherung zu gleicher Zeit die volkswirtschaftliche Bedeutung eines Sparsystems; das, was man auf solche Weise in jungen Jahren ein-

[1] Dies scheint auch die Denkschrift des Verbands deutscher Lebensversicherungsgesellschaften vom 15. Februar 1902 anzunehmen, wenn sie einen Artikel vorschlägt: „Die Versicherung erlischt, sofern die Prämie nicht rechtzeitig entrichtet wird." (Z. f. Versicherungswissenschaft II S. 248.)

[2] Anders der Schweizer Entwurf, vgl. Rölli a. a. O. S. 350. Es fehlt auch, soweit ich sehe, bei uns eine Bestimmung über das Aussonderungsrecht bezüglich des Rückversicherungsanspruchs, das der Schweizer Entwurf zu Unrecht versagt.

zahlt, ist gespart für das Alter und braucht im Alter nicht mehr entrichtet zu werden. Daraus hat sich der Gedanke entwickelt: kommt die Gesellschaft in Konkurs, so sind diejenigen Teile der bezahlten Prämie, welche als eine Zuvielzahlung erscheinen, mit Rücksicht auf das Unterbleiben der künftigen Versicherung als ein dem Zahlenden vorzubehaltendes Guthaben zu betrachten, das durch andere Gläubiger nicht angegriffen werden darf, an dem er daher im Konkurs ein Absonderungsrecht ebenso hat, als ob das Geld zu seinen Gunsten zurückgelegt worden wäre. Schon längst haben deswegen die besten Lebensversicherungen diese Reserve in mündelsicherer Form angelegt, und dies ist durch das Privatversicherungsrecht zur allgemeinen Vorschrift geworden; zu gleicher Zeit wurde bestimmt, daß diese Anlage kontrolliert werden soll. Wenn daher die Gesellschaft in Konkurs kommt, so haben die Versicherungsnehmer einen Anspruch auf diese Prämienreserve vor allen anderen Konkursgläubigern (§§ 57 f., 61 Privatversf.Ges.). Daß dies ein (uneigentliches) Absonderungsrecht ist, habe ich in meinem Leitfaden des Konkursrechts (2. Aufl. S. 111 f.) gezeigt.

Der Gedanke der Prämienreserve ist nun aber in den neuen Entwürfen weitergeführt. Wird nämlich die Versicherung gekündigt oder aufgehoben, oder ist der Versicherer von der Zahlung frei, so hat der Versicherungsnehmer ein Anrecht auf die Prämienreserve (abzüglich 3 %), § 167 Entw.; auch ist eine Umgestaltung der Versicherung in eine prämienfreie Versicherung in der Art möglich, daß die Versicherung in eine solche umgewandelt wird, bei welcher die Prämienreserve die einmalige Prämie ist, § 165 Entw. Findet im ersten Fall die Kündigung durch den Versicherungsnehmer statt, so spricht man auch vom Rückkauf der Lebensversicherung: es ist aber kein Rückkauf, sondern eine Aufhebung des Verhältnisses unter Beanspruchung der Reserve causa finita[1].

Zweites Buch.

Güterzusammenlegung (Gesellschaft).

§ 80. Gewöhnlich wird der Gesellschaftsvertrag mit dem Tauschgeschäft auf eine Stufe gestellt, völlig zu Unrecht, denn hier handelt es sich um eine wesentlich andere Betätigung des menschlichen Geistes[2]. Während die übrigen Geschäfte hauptsächlich dem menschlichen Individualismus zu dienen haben, wenn auch, wie der Dienstvertrag, mit sozialpolitischer Färbung, so handelt es sich bei der Gesellschaft darum, daß die Menschenkräfte sich zu einer Gesamtbetätigung vereinigen, und zwar die geistigen wie die wirtschaftlichen Kräfte, so daß auf solche Weise eine Gesamtwirkung entsteht, und in der Gesamtheit die menschliche Kraft gesteigert zu Tage tritt; denn es gehört zum Wesen der Kultur, daß auf der einen Seite das Einzelwesen zur möglichsten Entfaltung seiner Anlagen gelangt, und auf der anderen Seite aber auch wieder, ohne daß das Einzelwesen zerstört wird, die Kräfte der einzelnen sich vereinigen und so zu einem Gesamtergebnis gelangen; ein Umstand, der bereits in der Lehre des Vereinsrechts zu Tage getreten ist. Diesem letzteren Zwecke nun soll die Gesellschaft dienen. Es ist darum ein wesentliches Erfordernis der Kultur, die Gesellschaftsformen möglichst frei und ausgiebig zu bilden. Die hauptsächliche Ausgestaltung derselben erfolgt im Handelsrecht und kann hier nicht weiter dargelegt werden. Wie auf der einen Seite die offene Handelsgesellschaft und Aktiengesellschaft, so müssen auf der anderen Seite die Genossenschaft, das Kartell und der Trust als Ausflüsse des Gedankens betrachtet werden, mit Vereinigung der Kräfte auf der einen Seite Ziele zu erreichen, die dem Einzelwesen ferner stünden, und auf der anderen Seite Gefahren zu beschwören, die die Einzelwirtschaft träfen, wenn nicht durch Organisation eine Abhilfe geboten würde. Aber auch die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts hat ihre wichtigen Zwecke, also auch die Gesellschaft, welche sich mit anderen als

[1] Hierüber Rölli a. a. O. S. 366 f.

[2] Hierauf habe ich bereits in der Einführung in die Rechtswissenschaft S. 65 f. hingewiesen. Vgl. auch oben S. 656.

Handelsgeschäften befaßt und auch keinen so ausgedehnten Betrieb zeigt, daß sie in das Handelsregister eingetragen werden soll und dadurch zum Kaufmann und zur Handelsgesellschaft wird; denn wenn auch diese Gesellschaften sich auf niederer Stufe bewegen, so sind sie wegen ihrer Häufigkeit und wegen der starken Inanspruchnahme der familiären Beziehungen sehr bedeutsam und ihr Wirken sehr wesentlich.

Damit nun eine solche Gestaltung segensreich sei, ist vor allem folgendes erforderlich: es ist nötig, daß das Gesellschaftsvermögen von dem Vermögen der einzelnen Gesellschafter abgeschieden wird und unabhängig gestellt ist gegenüber den Schicksalen dieses; denn ein Gesellschaftsvermögen, das auf Schritt und Tritt durch Verfügung und Geschicke der einzelnen berührt wird, ist nicht in der Lage, dem Ziel der Gesellschaft fest und unverrückt entgegenzusteuern. Das römische Recht hat dem nur sehr unvollkommen entsprochen. Am vollkommensten hat man dieses Erfordernis durch Schöpfung juristischer Personen zu erfüllen gewußt, indem man das Gesellschaftsvermögen als das Vermögen einer besonderen Persönlichkeit darstellte und so die Gesellschaft durch Erhebung zur Eigenperson den einzelnen Mitgliedern gegenüber verselbständigte. Im Handelsrecht ist dies durchgreifend geschehen, insbesondere auch bei der offenen Handelsgesellschaft; denn die Lehre, daß sie keine juristische Persönlichkeit sei, führt zu den größten Unebenheiten in der Konstruktion. Wo keine juristische Person anzunehmen ist, hatte das römische Recht nur ein Miteigentum nach festen Bruchteilen konstruiert, und auch die Pandektenwissenschaft ist nicht weit darüber hinausgekommen. Die wesentliche Neuerung in der Konstruktion besteht nun darin, daß man ein Miteigentum besonderer Art bildet, nicht zu festen Bruchteilen, sondern mit wechselnder Beteiligung, ein Miteigentum, das folgeweise nicht in der Lage ist, mit dem sonstigen Vermögen des Gesellschafters in Berührung zu bleiben; denn etwas, was auf solche Weise sich wandelt und wechselt, kann nicht jeden Augenblick aus dem Wandel herausgenommen werden und zum Teil des Privatvermögens erstarren. Dazu kommt noch, daß die Beteiligung am Gesellschaftsvermögen nicht Beteiligung an den einzelnen Gegenständen, sondern Beteiligung an der Gesamtheit eines Vermögens ist, so daß also, selbst wenn man von dieser Wandelbarkeit absehen möchte, durchaus nicht gesagt werden könnte, welchen Anteil ein jeder Gesellschafter an den einzelnen Stücken hat. Ein derartiges Miteigentum, das auf solche Weise sich als eine Beteiligung an einem Vermögensganzen gestaltet und nun noch dazu als eine Beteiligung, die sich jeden Augenblick ändern und darum erst bei Beendigung der Gesellschaft im Vermögen des Gesellschafters aufgehen kann: das ist der Charakter der Gemeinschaft zur gesamten Hand, wie das deutsche Recht sie längst kannte, aber bis in die neuere Zeit nicht zu konstruieren vermochte. Ein derartiges Miteigentum, eine derartige Gemeinschaft hat nun das B.G.B. angenommen; es nennt das in dieser Gemeinschaft stehende Vermögen Gesellschaftsvermögen (§ 718 B.G.B.); und zwar ist als Gesellschaftsvermögen aufzufassen: 1. was die Gesellschafter einbringen, ja, auch schon die Ansprüche auf das Einbringen (denn schon diese Ansprüche sind ein der Gesellschaft zukommender Vermögenswert); sodann 2. dasjenige, was durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworben wird.

Eine zweite wesentliche Bedingung der richtigen Gestaltung des Gesellschaftswesens ist, daß geistige und materielle Leistungen beide zu ihren Rechten kommen. Nicht das Vermögen allein soll gelten, sondern auch dasjenige, was einer der Gesellschafter, sei es in der Vermögensverwaltung, sei es sonst durch seine Tätigkeit, der Gesellschaft einbringt. Daher auch der richtige Grundsatz, daß im Zweifel die Gewinnanteile gleich sind, so daß derjenige, der nichts an Vermögen beigebracht hat, aber an Arbeit, doch im Zweifel so viel an Gewinn bekommt als derjenige, von dem das Vermögen herrührt (§ 722). Es läßt sich nur fragen, ob man nicht noch zu etwas Weiterem gelangen könnte, nämlich, daß man das Arbeitsgut kapitalisierte und ebenfalls als eingebrachtes Gut behandelte, so daß bei der Auseinandersetzung der Gesellschaft einmal das eingebrachte Vermögen zurückgegeben wird und sodann dem Arbeiter das Arbeitskapital, worauf dann erst eine Teilung des Gewinnes erfolgt. Das B.G.B. ist zu diesem Schritte noch nicht gelangt: das Arbeitskapital wird nicht berücksichtigt, der Arbeiter bekommt nur seinen Anteil am Gewinn, während der Vermögenseinbringer die Einlage zurückerhält, und sodann den Gewinnanteil (§§ 733,

734 B.G.B.). Es wird sich fragen, ob in der Zukunft nicht eine derartige Weitergestaltung wünschenswert ist.

In Bezug auf die Lösung des Gesellschaftsverhältnisses befolgt das B.G.B. im allgemeinen die Grundsätze, die schon das römische Recht aufgestellt hatte, und die im großen ganzen gesund sind. Es handelt sich insbesondere darum, daß auf der einen Seite der höchstpersönliche Charakter der Gesellschaft in Rücksicht kommt, weshalb sie regelmäßig durch den Tod eines Gesellschafters erlischt, und daß auf der anderen Seite doch ein gewisser Zwang gilt, so daß die Gesellschafter empfinden, daß das Bestehen des Verhältnisses nicht in ihr bloßes Belieben gestellt ist. Man hat hiernach die Dauer der Gesellschaft geregelt; man hat insbesondere anerkannt, daß die Gesellschaftsdauer auf eine bestimmte Zeit gestellt werden kann; man hat aber beigefügt, daß aus triftigen Gründen schon vorher eine Lösung verlangt werden kann (§ 723 f. B.G.B.).

§ 81. Auch die sog. Industriekartelle können als Gesellschaften vorkommen. Vereinigen sich verschiedene Produzenten lediglich in der Art, daß sie sich verpflichten, bei Umtauschgeschäften gewisse Preise einzuhalten und über gewisse Bedingungen nicht hinauszugehen, dann hat diese Verbindung noch nichts Gesellschaftliches. Sie wird erst gesellschaftlich in dem Augenblick, wo die mehreren Personen Vermögen zusammenschließen, um diesen Zweck zu erreichen. Das findet bei solchen Kartellen nicht selten statt; namentlich bedürfen sie häufig besonderer Anstalten, um z. B. die Waren gemeinsam zu verkaufen, sie bedürfen besonderer Einrichtungen zur Kontrolle, sie bedürfen der Tätigkeit besonderer Personen, um die richtigen Wege des Geschäftsbetriebs zu finden oder Hindernisse zu beseitigen, die ihren Geschäftsprinzipien entgegenstehen. Auf diese Weise muß oft ein gemeinsamer Betriebsfonds zusammengebracht werden; dann liegt ein Gesellschaftsvertrag vor.

Ob ein solches Kartell verbindlich ist, ist allerdings sehr die Frage. Es wird nun nicht wohl zu behaupten sein, daß es ohne weiteres gegen die guten Sitten oder gegen das Menschenrecht der Freiheit verstoße, wohl aber muß nach Ähnlichkeit des § 152 Gew.O. angenommen werden, daß ein jeder das freie Rücktrittsrecht hat; denn wenn auch eine solche Bindung zeitweilig wohltätig wirkt, so ist es doch gegen die Natur des Verkehrs, daß ein Gewerbetreibender auch noch dann dabei bleiben soll, wenn er sich überzeugt hat, daß eine Fortdauer des Verhältnisses dem gesunden Verkehr und den berechtigten Anforderungen des Publikums widerspreche. Unrichtig R.G. 4. Februar 1897 Entscheidung XXXVIII. S. 155[1].

Eine andere Natur nehmen allerdings die Trusts an; denn diese bleiben nicht bei solchen gesellschaftlichen Abmachungen stehen, sie begnügen sich auch nicht mit einem mageren Gesellschaftsvermögen, welches zur Förderung der Kartellzwecke zusammengebracht wird, sondern sie gehen darauf aus, die verschiedenen Betriebe gleichartiger Natur, ja häufig auch noch ganz andere damit zusammenhängende Unternehmungen aufzusaugen und sie zu einem einheitlichen Bestande zu gestalten. Ein solcher Trust drängt daher zu einer juristischen Person in Gestalt der Aktiengesellschaft oder einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung; er gehört daher in das Personenrecht, nicht in das Recht der Schuldverhältnisse. Die Bildungen des amerikanischen Rechts und ihre Gesetze sind anderwärts zu besprechen.

Drittes Buch.

Schuld an sich (abstrakter Vertrag).

§ 82. Den abstrakten Vertrag hat das B.G.B. aus dem gemeinen Rechte entnommen und in der Art richtig umgestaltet, daß es eine schriftliche Abfassung des

[1] Weitere Urteile bei Scherer, Das dritte Jahr, S. 132. Die Unverbindlichkeit ist alten Rechts. Vgl. Novara (1277 Ed. Ceruti) c. 250: sit ipso jure absolutus et liberatus ab omni societate, conspiratione, conventicula et conjuracione; Padua (1271) Nr. 782 u. a. Für die Neuzeit war bahnbrechend das englische Gesetz v. 1825, 6 Geo. IV ch. 129.

Vertragsversprechens verlangt. Schon im justinianischen Rechte ist die Stipulation schriftlich geworden, und sie geht in das gemeine Recht in der Art über, daß in die schriftlichen Verträge eine Stipulationsklausel aufgenommen wird, die noch jahrhundertelang, noch im 14., ja 15. Jahrhundert im Gebrauch gewesen ist[1]. Ist die Stipulationsklausel abgestreift, dann bleibt das schriftliche Versprechen übrig.

Man hat neuerdings in sehr beachtenswerter Weise die Realität des abstrakten Versprechens bekämpft und ihm die Daseinsberechtigung abgestritten, wenigstens auf solange, als nicht zugleich für den Erwerb des gutgläubigen Dritten eine Unabhängigkeit des Schuldverhältnisses von den Vermögensvorgängen in der Person des ursprünglichen Gläubigers anerkannt sei[2]. Es muß nun zugegeben werden, daß schon das römische Recht die Hauptbedeutung des abstrakten Vertrags dadurch aufgegeben hat, daß es eine exceptio doli gab, so daß durch eine Hintertür alle die materiellen Bedenken, die dem Versprechen anklebten, wieder hereingebracht wurden. Und dadurch, daß die Forderungsabtretung so gestaltet wurde, daß der neue Gläubiger, auch der gutgläubige, sich alle Einreden aus der Person des Abtretenden gefallen lassen muß, ist ein guter Teil der Vorteile des abstrakten Vertrages wieder verloren. Erst durch das Wechsel- und Orderinstitut, wodurch der gutgläubige Erwerber unabhängig gestellt wird von allen rechtlichen Mängeln, die dem Geschäfte ankleben, so daß er dem abstrakten Versprechen frei gegenübertritt, ist die Idee zum vollen Ausdruck gekommen; denn der Zweck des abstrakten Versprechens ist doch hauptsächlich der, aus dem Versprechen einen Verkehrsgegenstand zu machen, der wie eine Sache von Hand zu Hand geht, so daß der Erwerber auf den Vermögenswert fest vertrauen kann.

Aber trotzdem hiernach der abstrakte Vertrag nur unvollkommen seinem Zwecke dient, ist er keine unnötige Schöpfung; denn auf der einen Seite ist es schon eine außerordentliche Erleichterung der Klageerhebung, daß man sich bloß auf den abstrakten Vertrag zu berufen braucht und es dem Gegner überlassen muß, das gesamte Geschütz der Einreden zu entladen; auf der anderen Seite gibt es auch im bürgerlichen Recht Fälle, wo die exceptio doli zurücktritt. Ein solcher Fall ist in der Annahme der Anweisung gegeben. Mit der Anweisung hat man auch im bürgerlichen Recht die Möglichkeit, alle vorhandenen wirtschaftlichen Mängel dem Bereiche des abstrakten Vertrages zu entziehen, so daß von der exceptio doli keine Rede ist und der Erwerber rein dem abstrakten Versprechen gegenübertritt. Bei der Anweisung handelt es sich nämlich darum, daß der Anweisende dem Angewiesenen die Befugnis gibt, an den sogen. Anweisungsempfänger zu zahlen; und geschieht dies schriftlich, so kann der Angewiesene die Anweisung dem Anweisungsempfänger gegenüber annehmen, er kann es durch einen schriftlichen Vermerk; in dieser Annahme aber liegt ein abstrakter Vertrag: im römischen Rechte erfolgte er durch Stipulation, bei uns durch schriftliche Erklärung. Dieser abstrakte Vertrag aber ist unabhängig von allen wirtschaftlichen Umständen, welche ihn veranlassen; möglicherweise hat der Angewiesene nur angenommen, mit Rücksicht auf ein vermeintliches Schuldverhältnis, in dem er zum Anweisenden stand, so daß er also dieses Schuldverhältnis zur Lösung bringen wollte; auf der anderen Seite wird auch der Anweisungsempfänger in einem wirklichen oder vermeintlichen Verhältnis zum Anweisenden stehen, indem der Anweisende etwa glaubt, ihm etwas schuldig zu sein (vielleicht ohne ihm etwas zu schulden), oder indem er ihm schenken will (obgleich vielleicht die Schenkung verboten ist). Alle diese Umstände kommen aber bei dem abstrakten Vertrag zwischen dem Angewiesenen und dem Anweisungsempfänger nicht in Betracht; denn wenn der Angewiesene sich irrt gegenüber dem Anweisenden, so ist das ein Verhältnis, das zwischen ihnen abzumachen ist; wenn umgekehrt der Anweisende sich irrt in Bezug auf den Anweisungsempfänger, so ist das ebenfalls ein zwischen ihnen allein auszutragendes Verhältnis. Mithin ist der abstrakte Vertrag zwischen

[1] Man vgl. über die Entwicklung Voltelini, Acta Tirolens. II p. XLVIII f. Vgl. auch Urk. Verona v. 1174 (Arch. Veneto IX p. 102): stipulatione interposita promiserunt; ferner meine Beitr. z. germ. Privatrechtsgesch. I S. 25 f. Noch in einer (mir vorgelegenen) italienischen Urkunde v. 1469 heißt es: per se et heredes suos faciens solemni stipulacione dare et solvere promisit ...

[2] Neubecker, Arch. f. bürgerl. R. XXII S. 34 f.

dem Angewiesenen und dem Anweisungsempfänger von allen diesen Mängeln unabhängig, und so haben wir auch im bürgerlichen Recht den Fall, daß die wirtschaftlichen Fragen, die sich an ein Geschäft knüpfen, durch den abstrakten Vertrag völlig beiseite geschoben werden, und der Anweisungsempfänger mit dem Augenblick, wo der Angewiesene die Anweisung annimmt, einen sicheren Vermögenswert erwirbt.

§ 83. Auch die Bürgschaft hat insofern einen abstrakten Charakter, als bei ihr der Schuldgrund, der den Bürgen veranlaßt, die oft so schwerwiegende Garantie zu übernehmen, und der der allerverschiedenste sein kann, dem Gläubiger gegenüber nicht zu Tage tritt. Gewöhnlich tut es der Bürge unentgeltlich für den Schuldner; er kann es tun, um die Forderung schließlich selbst zu übernehmen; er tut es aber meistens, um durch die Sicherung des Schuldners diesem eine Wohltat zu erweisen, die aber nicht über die Sicherung hinausgeht, so daß er den Rückgriff gegen ihn behält, aber auch nur diesen. Es können aber auch noch besondere Geschäftsverhältnisse walten; so namentlich bei der Handelsbürgschaft, indem der Bürge für die Bürgschaftsübernahme einen Gegenwert erhält, wie in den vielen Fällen des Delcrederegeschäfts. Dieses Verhältnis zwischen Bürgen und Schuldner tritt dem Gläubiger gegenüber nicht hervor: gegenüber dem Gläubiger übernimmt der Bürge eine von seinem Verhältnis zum Hauptschuldner abgelöste Schuld, und insofern ist die Bürgschaftsübernahme etwas Abstraktes. Darum kann der Bürge dem Gläubiger keine Einrede aus diesem Verhältnis zum Schuldner entgegenhalten; er muß also beispielsweise dem Gläubiger haften, wenn er auch die Bürgschaft in der Annahme geleistet hat, daß er von dem Schuldner einen Gegenwert erhalten habe oder beanspruchen könne, und er sich dabei irrt. Vgl. Einführung S. 68.

Daher ist jede Art der abstrakten Verpflichtung fähig, eine Form für die Bürgschaft zu bilden, so insbesondere auch das Ausstellen eines Wechsels und die wechselrechtliche Unterschrift. Im übrigen verlangt das B.G.B. jedenfalls die eine Form, nämlich schriftliche Abgabe des Bürgschaftsversprechens, — eine Bestimmung, die aber für die Handelsbürgschaft nicht gilt; vgl. §§ 766 B.G.B. und 350 H.G.B.

Die großen Schwierigkeiten, die man sich im gemeinen Recht mit der Mandatsbürgschaft gemacht hat, sind dahin gelöst worden: diese Mandatsbürgschaft ist Bürgschaft für eine künftige Schuld, bei der aber der Bürge das Recht hat, so lange zurückzutreten, als das Schuldverhältnis noch nicht entstanden ist und der Gläubiger noch nicht entsprechenden Kredit gegeben hat; hat er Kredit gegeben, dann haftet der Bürge als gewöhnlicher Bürge (§ 778 B.G.B.)[1].

Im übrigen hat das B.G.B. von den Rechtswohltaten des Bürgen das Recht der Teilung gestrichen, dagegen das etwas schwachmütige Recht der Vorausklage, diese Ausgeburt byzantinischer Verkehrtheit, die Justinian dem damaligen griechischen Recht entnahm, dieses Scheinmittel, das meist nur zu Verzögerungen und Vertröstungen führt, übernommen. Der Handel hat sich mit Recht dagegen gesträubt und gibt für die Handelsbürgschaft die Vorausklage nicht (§§ 771 B.G.B., 349 H.G.B.).

In anderer Beziehung aber zeigt das B.G.B. einen großen Fortschritt: das gemeine Recht hat mehr und mehr den Gedanken verfolgt, daß der Gläubiger dem Bürgen gegenüber verpflichtet sei, den Hauptschuldner zu drängen und zu drücken, so daß, wenn er gegen diesen nachsichtig sei, der Bürge sich von seiner Verpflichtung lösen könne; er könne also gleichsam den Gläubiger an die Wand stellen und von ihm verlangen, innerhalb einer bestimmten Zeit gegen den Schuldner aufzutreten. Diesen ganzen Gedanken hat das moderne Recht verworfen: der Gläubiger will gerade durch die Bürgschaft die Möglichkeit gewinnen, mild und schonend gegen den Schuldner zu bleiben, er will sich dadurch von all den Schwierigkeiten und Mißlichkeiten befreien, die die Prozeßführung mit einem zweifelhaften Schuldner herbeiführen; die Bürgschaft soll ihm einen beruhigten Stand seines Schuldrechtes gewähren: dazu paßt alles das nicht, und

[1] Vgl. auch Benedix, Arch. f. bürg. R. XX S. 155 f. Daher bezieht sich die Formvorschrift des § 766 nicht auf den Kreditauftrag, R.G. 31. Januar 1901 Z. f. Elsaß-Lothringen XXVII S. 620.

der ganze Gedankengang früherer Zeit beruht auf einer falschen Billigkeitserwägung gegenüber dem Bürgen. Dem Bürgen selber ist heutzutage in anderer Weise geholfen, und zwar auf eine Weise, die schon das römische Recht kannte: der Bürge hat, schon bevor er zahlt, das Recht, gegen den Schuldner vorzugehen, sobald dessen Lage sich zu seinen Ungunsten wesentlich geändert hat, und insbesondere auch dann, wenn der Schuldner mit der Erfüllung in Verzug kommt; mindestens kann der Bürge dies dann tun, wenn er nicht gegen den Willen des Schuldners gebürgt, sondern dem Schuldner durch die Bürgschaft einen Dienst erwiesen hat: dann kann er von dem Schuldner verlangen, daß dieser ihn nicht „sitzen läßt", sondern ihm Befreiung oder wenigstens Sicherung bietet. Hierdurch ist dem Bedürfnis des Instituts am besten entsprochen; dies ist die Aushilfe des § 775 B.G.B., sie findet sich bereits im fr. 38 § 1 mand. (17, 1) (Marcellus) und ist im französischen Recht weiter ausgebildet worden (Art. 2032 C. civ.). Anders wäre es natürlich, wenn der Gläubiger den Bürgen dadurch positiv schädigte, daß er Rechte aufgäbe, auf welche der Bürge beim Regreß zählen konnte, so § 776 B.G.B. (entsprechend dem Art. 2037 C. civ.).

Viertes Buch.

Schuldverhältnisse kraft Schuldschöpfung (Kreation).

§ 84. Eine großartige Entwicklung weist das Inhaberpapier des B.G.B. auf, denn hier ist die viel, ja leidenschaftlich bestrittene Schuldschöpfungs-(Kreations-) theorie in § 794 zum deutlichen Ausdruck gekommen. Wie hat man sich doch gegen diese Theorie gewehrt! Auch Goldschmidt hat sie zeitlebens eifrig bekämpft; und doch ist es die einzige, welche zu praktisch brauchbaren Ergebnissen führt. Daß, wenn ausgestellte Inhaberpapiere vor der Ausgabe gestohlen werden und in die Hand eines gutgläubigen Erwerbers kommen, dieser gutgläubige Erwerber berechtigt wird, das ist eine Lebensfrage der Lehre. Wollte man den gutgläubigen Erwerber nur dann berechtigen, wenn der Aussteller das Papier nicht nur ausgestellt, sondern auch wissentlich weggegeben hat, dann würde in den Verkehr eine Unsicherheit sondergleichen kommen: der gutgläubige Erwerber wäre zwar dann berechtigt, wenn das Papier ausgegeben und nachträglich gestohlen worden wäre; er wäre aber nicht berechtigt, wenn das Papier vor der Ausgabe weggekommen und so unter das Publikum geraten wäre. Die ganze Sicherung, welche unser Recht in jahrhundertelangem Ringen dem gutgläubigen Erwerber geben wollte, wäre dahin; und das wollte man um einer theoretischen Konstruktion willen! Daß natürlich der Aussteller des Papiers alle Vorsichtsmaßregeln ergreifen und beispielsweise im Papier selber erklären kann, daß die Urkunde erst, wenn sie gewisse Zeichen trägt, vollständig sei, steht damit durchaus nicht im Widerspruch; denn der Erwerber hat natürlich von seiner Seite zu prüfen, ob das Papier nach Maßgabe seines Inhalts vollkommen fertig geworden ist, und wenn er die Prüfung unterläßt, dann unterläßt er sie auf seine Gefahr[1]. Im übrigen aber muß er unter allen Umständen berechtigt sein, und wenn man dem Obigen entgegengehalten hat, daß ja auch der Inhaber eines gefälschten Papiers keinen Anspruch erwerbe, mithin die oben angeführte Unsicherheit des Verkehrs doch vorliege, so beruht dies auf einer Verkennung der Verhältnisse; die Verkehrslage ist in solchem Fall eine vollkommen andere: gegen die Fälschung kann sich niemand sichern, und es wäre darum völlig ungerecht und willkürlich, hier den Verlust auf denjenigen zu wälzen, dessen Handschrift gefälscht worden ist; in der Art aber kann sich jedermann sichern, daß er entweder keine Inhaberpapiere ausstellt, oder, wenn er sie ausstellt, daß er sie nicht vorzeitig in den Verkehr kommen läßt. Alles, was hier an Sicherungsmaßnahmen unterbleibt, fällt auf sein Konto, und sollte trotz aller Sicherheitsmaßregeln einmal ein Papier ver-

[1] Im Falle des Art. 100 B.G.B. wird angenommen, daß es sich um regelmäßig bekannte Dinge handelt.

loren gegangen sein, so muß er es auch auf sich nehmen; denn das ist eben eine Gefahr, die jeder laufen muß, der Inhaberpapiere ausstellt.

Hiernach ist nichts einfacher und für die Erklärung der Erscheinungen zutreffender als die Annahme, daß man schon durch die Schreibung des Inhaberpapiers seine Schuldnerschaft begründet, nur daß eben, solange man selbst Inhaber ist, Gläubiger und Schuldner in einer Person zusammenfallen und die Schuldnerschaft noch nicht zur Realbetätigung kommt. Sobald aber das Papier in andere Hände kommt, wird die Gläubigerschaft akut, und hierbei kommt es nicht darauf an, ob solches durch den Willen oder ohne den Willen des Schuldners geschehen ist. So die Schuldschöpfungs-(Kreations-)theorie! Daß dieses Ziel in der geschichtlichen Entwicklung erst allmählich erreicht wurde, ist begreiflich; denn das (unvollkommene) Inhaberpapier hatte ursprünglich eine ganz andere Bedeutung.

Auch nur auf diese Weise erklärt sich die Erscheinung, daß der Schuldner jedem Inhaber des Papiers haftet, ohne Rücksicht auf die Vorgänge in der Person der früheren Inhaber; denn wenn B von A das Papier erwirbt, so ist es nicht etwa so, daß er die Forderung des A miterwirbt, sondern der Vorgang vollzieht sich wie folgt: der Schuldner hat erklärt, jeder künftige Inhaber soll Gläubiger sein; hört A auf, Inhaber zu sein, und wird B Inhaber, so wird eben B Gläubiger, und er wird es selbständig kraft des Schuldschöpfungsaktes; er wird es deshalb, weil der Schuldner erkärt hat, dem künftigen Inhaber gegenüber Schuldner sein zu wollen: er wird nicht Gläubiger, weil er die Forderung des A erwirbt, sondern er wird Gläubiger, weil er seine eigene Forderung erwirbt kraft der Erklärung, die der Schuldner bei der Ausstellung des Papiers abgegeben hat. Nichts klarer also, als daß B sich um alle Vorgänge, welche das ehemalige Schuldverhältnis des A betreffen, gar nicht zu kümmern braucht[1].

Die Kreation oder Schuldschöpfung kann um so weniger Schwierigkeit finden, als das neuzeitliche Recht, wie schon oben bemerkt, noch andere Fälle kennt, wo durch einseitige Erklärung einer Person Schuldverhältnisse entstehen können. Ein wichtiger derartiger Fall ist der der Arbeitsordnung, von der bereits früher gesprochen worden ist. In gewissen Fällen (wie bemerkt) ist es jemandem, der mit einer Vielheit von Personen kontrahiert, gestattet, Grundsätze aufzustellen, welche für alle Personen gelten sollen, die durch Vertragsschluß mit ihm in Verkehr treten. Das kann ebenso, wie zwischen Arbeitern und Arbeitgebern, auch bei Verkehrsanstalten gegenüber dem Publikum vorkommen, und ebenso bei Theatern und ähnlichen Unternehmungen. Man hat vielfach angenommen, daß derartige Erklärungen nur dadurch wirksam werden, daß der andere Teil, indem er auf Grund dessen kontrahiert, sie zu Bestandteilen des Vertrages macht. Indes ist S. 638, 641 bereits dargelegt worden, daß dem nicht beizustimmen ist; vielmehr handelt es sich um einseitige Erklärungen, welche sowohl Rechte als Pflichten schaffen können, alles natürlich innerhalb eines bestimmten Kreises und vielfach nur mit obrigkeitlicher Genehmigung.

Die wichtige Frage aber, ob der Eigentümer oder der Besitzer des Papiers Gläubiger wird, hat das B.G.B. mit Recht dahin beantwortet, daß der Eigentümer oder derjenige, der zur Verwertung des Papiers befugt ist, das Gläubigerrecht hat[2], daß dagegen der Schuldner dem bloßen Besitzer zahlen darf. Der bloße Besitzer ist daher ein Leistungsempfänger, ein solutionis causa adjectus, so daß der Schuldner, durch Zahlung an ihn in jedem Fall von seiner Verbindlichkeit befreit wird. Damit sind die Schwierigkeiten vorzüglich gelöst. Der Schuldner ist daher berechtigt, an den bloßen Besitzer zu bezahlen, aber nicht verpflichtet. Er kann die Zahlung versagen, falls er ihn etwa für einen Dieb oder sonstigen unredlichen Erwerber erachtet. Nur muß dabei folgendes beachtet werden: wenn der Schuldner ohne dringende Anhaltspunkte dem Besitzer die

[1] So bereits Einführung in die Rechtsw. S. 70.

[2] Der Eigentümer; sollte jemand durch Verarbeitung, z. B. durch eine Zeichnung, die er aufs Papier setzte, Eigentümer geworden sein oder das Papier nur als Autogramm erworben haben, so wäre er dem, von dem er es erwarb, kraft ungerechtfertigter Bereicherung verpflichtet; aber auch der Schuldner könnte ihm eine Arglisteinrede entgegenhalten.

Leistung versagt, und der Besitzer sich nachträglich als Eigentümer legitimiert, so hat der Schuldner den durch diese Weiterungen entstandenen Schaden zu tragen. Man nehme z. B. an, daß jemand mit einem Eisenbahn- oder Theaterbillet abgewiesen wird, weil Eisenbahn oder Theater den Nachweis verlangen, daß er nicht bloß Besitzer, sondern auch Eigentümer sei, daß er also das Papier nicht gestohlen oder sonst unredlich erworben habe: Eisenbahn und Theater haben den Schaden zu tragen, der durch diese Weigerung entsteht. Dies ist kein Bruch gegenüber der Eigentumstheorie, sondern nur eine nähere Ausführung derselben: wer Besitzer einer beweglichen Sache ist, ohne daß gegen ihn die dringendsten Verdachtsgründe sprechen, der muß nicht nur sonst, sondern namentlich im Recht der Inhaberpapiere als der Eigentümer angenommen werden (vergl. §§ 793 und 1006 B.G.B.). Das praktisch Richtige ist es, wenn in solchen Fällen der Schuldner einstweilen leistet, aber vom Inhaber die Feststellung der Persönlichkeit verlangt, damit Unregelmäßigkeiten nachträglich ausgeglichen werden können.

Der Unterschied zwischen Gläubiger und Leistungsempfänger tritt noch in folgender Anwendung zu Tage: ein unteilbares Inhaberpapier individualisiert sich dadurch, daß der Inhaber einen Teil der Leistung empfangen hat: von nun an ist er allein berechtigt, den Rest der Leistung zu verlangen. Aber auch hier ist jeder Inhaber Zahlungsempfänger in der Art, daß der Schuldner sich befreit, wenn er an ihn zahlt: er befreit sich insofern, als der wirkliche Gläubiger nicht mehr die Restzahlung verlangen kann; er zahlt zugleich zu Ungebühr, weil er nur dem wirklichen Gläubiger, nicht dem Inhaber gegenüber verpflichtet ist, und weil ihm, wenn der wirkliche Gläubiger die Zahlung nicht mehr rechtzeitig in Empfang nehmen wollte oder konnte, die Leistung erspart geblieben wäre; er kann daher Rückleistung wegen ungerechtfertigter Bereicherung verlangen. Dies ist namentlich bei Rückfahrtkarten der Fall: die ganze Rückfahrtkarte ist eine Einheit; und benutzt sie ein anderer zur Rückfahrt als zur Hinfahrt, so ist dies eine Leistung der Eisenbahn zu Ungebühr, sofern auf eine Rückfahrtsbenutzung durch den ursprünglichen Inhaber, der sie für die Hinfahrt benutzt hat, nicht zu rechnen gewesen wäre. Anders, wenn zwei Personen lediglich ihre Rückfahrtkarten (mit derselben Fahrfrist) austauschen, was allerdings trotzdem sehr zu mißbilligen ist.

Eine wichtige Steigerung im Rechte der Inhaberpapiere ist die Verselbständigung der Zinsscheine. Die Zinsscheine sollen auf der einen Seite Zinsen darstellen und werden darum als Zinsen insoweit behandelt, als bezüglich des Zinsrechtes noch besondere Beschränkungen gelten, wie dies auch durch die Ausnahmebestimmung des § 247 B.G.B. anerkannt ist. Im übrigen aber sind sie zu selbständigen Verpflichtungen erhoben worden, die unabhängig von der Hauptschuld bestehen, die also bestehen können, wenn die Hauptschuld aufgehört hat, eine verzinsliche Schuld zu sein, und zu Rückzahlung offensteht, z. B. dadurch, daß das Papier ausgelost ist (§ 803 B.G.B.); nur daß natürlich in solchem Falle der Zins am Kapital zehrt: wenn also beispielsweise die Hauptschuld ausgelost ist und der Inhaber, weil er es nicht weiß, die Zinsen fort und fort bezieht, so hat er ebensolange vom Kapital gelebt, und wenn die Zinsen den Betrag des Kapitals erreichen, so hat er damit sein Kapital verbraucht. Das ist allerdings eine nicht sehr erfreuliche Erscheinung, die dringend zur größten Vorsicht in der Überwachung der Verlosungen mahnt. Auf der anderen Seite wollte man den Verkehr der Zinsscheine nicht beschränken, und es ermöglichen, daß diese sich als Zahlungsmittel ungeschmälert im Verkehr bewegen können. Empfehlenswert ist es darum, nicht zu viele Zinsscheine auf einmal auszugeben, damit wenigstens bei Lösung neuer Zinsbogen der eingetretene Untergang berücksichtigt wird.

Auf Gewinnanteilscheine von Aktien bezieht sich die ganze Bestimmung nicht (§ 228 H.G.B.): diese können auch nicht als Zahlungsmittel dienen, wenigstens nicht in die Zukunft hinein, da der Betrag der künftigen Dividende sehr unsicher ist und meist keine feste Vorausberechnung zuläßt.

Eine weitere Steigerung hat das Recht der Inhaberpapiere dadurch erfahren, daß die „Außerkurssetzung" selbst „außer Kurs gesetzt" worden ist. Sie kann nicht mehr wirksam erfolgen: ein Vermerk des Inhabers, daß das Papier nicht mehr Inhaberpapier sein,

daß die Forderung ihm und dauernd ihm gehören solle, ein Vermerk, der früher namentlich bei Mündel- und Stiftungspapieren ganz allgemein in Übung war, hat keine Bedeutung mehr. Will man das Papier zum Namenpapier machen, so kann es nur dadurch geschehen, daß der Schuldner es umändert, wozu er aber (regelmäßig) nicht verpflichtet ist. Ja, selbst die Außerkurssetzungen aus früherer Zeit haben ihre Kraft verloren (§ 806, Art. 176, aber auch Art. 101 B.G.B.)

Das Institut der Kraftloserklärung der Urkunde dagegen ist geblieben, also das Institut, wonach (vermutlich) zerstörte oder auch abhanden gekommene Urkunden aufgeboten werden können, mit der Bestimmung, daß, wenn innerhalb einer bestimmten Zeit sich niemand meldet, sie als nichtig erklärt werden. Es ist dies ein unentbehrliches Mittel, namentlich in Fällen von Raub und Diebstahl. Ist allerdings das Papier an einen gutgläubigen Erwerber gekommen, dann ist gegen diesen nichts weiter auszurichten (§ 799, 935 B.G.B., § 1003 ff. Z.P.O.).

Fünftes Buch.

Schuldverhältnisse kraft Menschenhilfe.

§ 85. Die Rechtsordnung muß auch die Fälle berücksichtigen, wo jemand durch seine Leistungen die Interessen anderer befriedigt. Hier können verschiedene Erscheinungen vorkommen: es kann der Vorteil für den anderen ein nicht gewollter sein, indem der Leistende im eigenen Interesse handeln will und ohne sein Wollen das Interesse des anderen fördert; das ist der Fall, wenn jemand Aufwendungen auf eine fremde Sache macht, die er für seine eigene hält. In einem solchen Fall ist der Aufwendende nicht ohne Ersatzanspruch, jedoch ist der Ersatzanspruch ein beschränkter: das römische Recht gab ihm nur ein Rückbehaltungsrecht; wir gewähren ihm auch ein Recht der Forderung, aber in der Art, daß der Eigentümer der auf solche Weise bereicherten Sache sich durch Rückgabe der Sache befreien kann (vgl. § 1001 B.G.B.). Jedenfalls haftet in einem solchen Falle der Bereicherte nicht über den Betrag der Bereicherung hinaus (§§ 687, 684, 812, 818 B.G.B.). Ganz anders, wenn jemand nicht im eigenen Interesse, sondern im Interesse des anderen gehandelt und dessen Wohl absichtlich gefördert hat. In einem solchen Falle erklärt unsere Rechtsordnung, daß ihm ein Ersatzanspruch zusteht, vorausgesetzt, daß eine solche Einmischung in fremde Angelegenheit durch die objektive Sachlage gerechtfertigt und nicht durch einen rechtsgültigen Willen des Geschäftsherrn abgelehnt worden ist (§§ 683, 678, 670 B.G.B.). Man spricht hier von Geschäftsführung (ohne Auftrag), das römische Recht von negotiorum gestio; wesentlich ist, daß der Aufwendende Ersatz aller Aufwendungen verlangen kann, die er nach den Umständen des Falles für erforderlich erachten durfte, d. h. von denen er angenommen hat und ohne Fahrlässigkeit annehmen konnte, daß sie sachdienlich seien; und er kann dies auch dann verlangen, wenn nachträglich der Erfolg seiner Tätigkeit vereitelt worden ist; z. B. ein Nachbar hat das Fenster des abwesenden Hausherrn reparieren lassen, um das Haus gegen Wind und Wetter zu sichern; nachträglich, bevor der Hausherr zurückkehrt, brennt das Haus ab: hier muß man einen Ersatzanspruch geben; der Grund ist der, weil sonst niemand geneigt wäre, für einen abwesenden Nachbarn zu sorgen, und das wäre zum allgemeinen Schaden und Nachteil.

Möglich ist aber noch der zweite Fall, daß jemand im Interesse zweier Beteiligter handelt, nämlich in seinem und dem fremden, indem beide Interessen sich nicht auseinanderhalten lassen und die Tätigkeit beiden zugleich dient; so kann bei einer Wassergerechtigkeit sowohl der Eigentümer als auch der Dienstbarkeitsberechtigte, welche beide die Wasserleitung benutzen, an einer Anlage interessiert sein, die der eine von ihnen zu diesem Zwecke baut; so auch im Staatsleben: der Staat baut Anstalten, welche dem Staate dienen und zu gleicher Zeit städtische Bedürfnisse befriedigen. In solchem Falle kann der Aufwendende zwar nicht den vollen Ersatz, aber doch eine entsprechende Ausgleichung verlangen. Es treten hier völlig die Grundsätze der Gemeinschaft ein (§ 748 B.G.B.),

welche Grundsätze man meist nur bei dem Fall erörtert, wenn die beiderseitigen Interessen in einem Miteigentum oder in einem sonstigen gemeinschaftlichen Rechte zu Tage treten; allein, ein gemeinsames Interesse ist auch ohne gemeinsames Recht möglich, dann nämlich, wenn durch eine und dieselbe Aufwendung zwei Vermögensmassen befriedigt werden, wenn also zwei Vermögensmassen eine gemeinsame Befriedigungssphäre zeigen.

Schließlich ist auch noch der dritte Fall denkbar, daß jemand nur in seinem eigenen Interesse handelt und andere nur durch Vermittlung der Umstände Vorteil genießen; z. B. es legt jemand einen Park an, wodurch auch die Nachbarhäuser Vorteil erlangen und im Werte steigen. Wer das tut, hat offensichtlich kein Recht auf irgend welche Beteiligung der Umwohner an den Kosten, wie denn auch umgekehrt die Umwohner natürlich nur solange an dem Genusse teilnehmen, als der Parkinhaber den Park beläßt, es ihm aber jederzeit freisteht, den Park aufzugeben und ihn in Bauplätze zu verwandeln. Ebensowenig als er in dem ersten Falle eine Ausgleichung, ebensowenig haben in dem zweiten Falle die Nachbarn eine Entschädigung zu verlangen. In gleicher Weise hat eine Stadt keinen Anspruch gegen den Staat, wenn sie durch ihre Einrichtungen Bewohner anzieht und sich dadurch die Steuereinnahmen des Staats erhöhen; und ob der Armenverband einen Anspruch wegen seiner Unterstützungen gegen den wohlhabend gewordenen Armen hat, entscheiden die Landesgesetze (Art. 103 E.G. z. B.G.B.). Der Unterschied zwischen dem zweiten und dritten Fall ist die Schwierigkeit der Lehre.

II. Ausgleichungs- und Beihilfepflichten.

§ 86. Eine der großartigsten Errungenschaften des römischen Rechts ist die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, obgleich man anerkennen muß, daß die römischrechtlichen Erörterungen über die condictio sine causa etwas an Unklarheit leiden und jedenfalls die ganze Sache dort der präzisen Zusammenfassung entbehrt. Aber es ist ein großartiger Gedanke, daß, wer zu Unrecht bereichert worden ist, die Bereicherung wieder herausgeben muß. Erst damit ist der Abschluß des Rechts gegeben und das Recht gegen seine eigenen Ungerechtigkeiten geschützt[1].

In einer Reihe von Fällen führt das Recht selber zu Ungerechtigkeiten und bedarf einer Selbstkorrektur. Das gilt einmal 1. in dinglichen Verhältnissen, weil die Rechtsordnung, was die dingliche Gestaltung betrifft, oft gar nicht anders kann, als das Recht des einen oder anderen zu kränken, indem sonst eine gedeihliche Regelung der Verhältnisse durchaus nicht möglich wäre; z. B. wenn durch Einbau oder sonstige Verbindung eine fremde Sache dem Eigentum dessen zukommt, in dessen Gebäude der Einbau, mit dessen Grundstück die Verbindung stattfindet; wollte man hier den Grundsatz nicht anerkennen: der Bestandteil folgt dem Ganzen, so würde man das ganze dingliche Recht in Unordnung bringen. Das Recht muß also ungerecht sein; aber durch die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung wird eine entsprechende Korrektur geboten. Auch noch in anderer Weise kann die Bereicherung eine ungerechte werden, z. B. im Falle der Besitzentziehung: hier kann die Besitzklage und der Bereicherungsanspruch zu gleichem Ziele führen.

Ein ähnlicher Fall liegt vor 2. in der Entwicklung des Schuldrechts. Die Rechtsordnung kann gar nicht anders verfahren, als daß sie unter Umständen den Schuldner freigibt, auch wenn er an die unrechte Person gezahlt hat (vgl. §§ 851, 1058, 2367 B.G.B.). In diesem Falle wird der Empfänger der Zahlung zu Unrecht bereichert; er würde es nicht, wenn er das Gezahlte wieder zurückzahlen müßte, was aber, da der Schuldner befreit wird, nicht der Fall ist (§ 816 B.G.B.).

Ein weiterer, 3. Fall der Selbstkorrektur des Rechts ergibt sich im Rechtsverkehr, und zwar kraft folgenden Grundsatzes: die Betätigungen des Verkehrs hängen zusammen und schaffen durch ihr Zusammenwirken einen wirtschaftlichen Erfolg; anderseits ist es

[1] Dies ist ein ähnlicher Gedanke wie der Stammlers (Festgabe für Fitting) über die Reaktion des richtigen Rechts gegenüber dem technisch geformten Recht. Ähnlich aber schon meine Einführung S. 71.

aber ein Gebot des Verkehrsrechts, diese einzelnen Betätigungen voneinander unabhängig zu machen und jede für sich zu gestalten, weil nur dadurch die nötige Sicherheit in den Verkehr kommen kann. Alles dieses paßt nun vortrefflich, wenn die Sache in Ordnung geht; möglicherweise aber kommt irgend ein Hindernis dazwischen: die Ordnung wird gestört, die Zuwendung, die man macht, wird aus einem Ganzen weggerissen, welches nur als Ganzes ein gerechtes Ergebnis darstellen könnte. So, wenn eine Nichtschuld bezahlt wird; das Hingegebene wird Eigentum: dies wäre ein richtiges Ergebnis, wenn die Schuld bestünde; die Schuld besteht aber nicht, und damit zeigt sich das Ergebnis als ein ungerechtfertigtes. Windscheid hat diese Erscheinung durch die Denkform der Voraussetzung zu erklären versucht. Das ist richtig; doch ist die Voraussetzung nur ein anderer Ausdruck dafür, daß die dingliche Hingabe zwar selbständig ist, aber mit einem bestimmten zu erreichenden Zweck in wirtschaftlichem Zusammenhang steht, und zwar kraft des im Verkehr geäußerten Willens. Wo immer im Verkehr ein solcher Zusammenhangswille geäußert wird und wo trotzdem der dingliche Erfolg von dieser Verbindung unabhängig ist, kann man von Voraussetzung sprechen: die Voraussetzung ist nur ein Wort für den hiermit ausgesprochenen wirtschaftlichen Zusammenhang, für einen Zusammenhang, der Zusammenhang bleibt trotz der sachenrechtlichen Selbständigkeit der Einzeltätigkeit, hier der Übergabe des Eigentums. In gleicher Weise kann etwas hingegeben werden für einen zukünftigen Zweck, und auch hier in der Art, daß der zukünftige Zweck mit dem Hingegebenen in wirtschaftlichem Zusammenhange steht, ohne die dingliche Hingabe in Frage zu stellen; so, wenn ich jemandem Vermögensstücke in der sicheren Erwartung zur Verfügung stelle, daß er Bürgermeister wird, damit er sie in dieser Eigenschaft gebrauche. Ein besonderer Fall liegt dann vor, wenn eine Hingabe kraft eines nichtigen oder unwirksamen Geschäfts stattfindet: auch hier ist das Gegebene in einem Zusammenhange gegeben, den die Parteien voraussetzen, der aber gebricht.

Eine weitere Selbstkorrektur bietet die Rechtsordnung 4. im Kampf gegen das Unrecht. Die Rechtsordnung geht davon aus, daß ein Schadensersatzanspruch gegen den, der in fremdes Vermögen eingegriffen hat, nur im Falle ethischen Verschuldens stattfindet; dieses führt, wenn das ethische Verschulden fehlt, zur Ungerechtigkeit, sofern sich der Täter ohne solches Verschulden zu Ungunsten fremden Vermögens bereichert hat. Auch in diesem Falle besteht ein Anspruch auf Ausgleichung. Dabei muß aber die Gerechtigkeit alle Umstände berücksichtigen. Erwirbt jemand eine fremde Sache in gutem Glauben und benutzt er sie, so erwirbt er die Früchte zu eigen; trotzdem hat er die Nutzungen und die regelmäßigen (d. h. ordnungsmäßig bezogenen) Früchte nicht zu ersetzen, solange nicht Rechtshängigkeit eingetreten ist; er hat es nur zu tun, wenn er die fremde Sache unentgeltlich erworben hat oder ohne Titel besitzt (§§ 988, 993, 2020 B.G.B., oben S. 613). Denn hat er die fremde Sache bezahlt, so hat er selbst Verlust, und die Früchte und Nutzungen sind durch den Gegenwert gedeckt: er ist nicht bereichert. Veräußert er die fremde Sache, so ist er in gleicher Weise durch den Kaufpreis nicht bereichert, außer in einem Falle, wenn nämlich der Erwerber infolge des guten Glaubens Eigentümer der fremden Sache wird: dann nämlich hat die Veräußerung ihn dadurch reicher gemacht, als er durch den entgeltlichen Erwerb war: durch die Veräußerung wird ein Recht des Dritten erworben, das ihm, dem Veräußerer, der nunmehr keinen Rückgriff des Erwerbers zu befürchten hat, zu gute kommt, und dieses findet in dem ehemaligen Entgelt keinen Gegenwert, denn jenes Entgeltgeschäft hatte ihn nicht zum Eigentümer gemacht. So § 816 B.G.B.

In allen solchen Fällen bestimmt die Rechtsordnung, daß der Geschädigte die ungerechtfertigte Bereicherung herausverlangen kann, und zwar zunächst das Empfangene samt den bezogenen Nutzungen. Manchmal steigert sich die Pflicht der Herausgabe, indem der Empfänger sogar für die zu beziehenden Nutzungen, für die Zinsen und für die fahrlässige Behandlung der Sache einsteht. Dies findet dann statt, wenn der Erwerb ein wissentlich ungerechtfertigter Erwerb war, und auch dann ist die Haftung eine gesteigerte, wenn der Erwerber mit Rücksicht auf ein ungewisses Ereignis in der Zukunft erwarb und das Ereignis nicht eintritt; denn in einem solchen Falle mußte er sich sagen, daß der Erwerb ein zweifelhafter ist und er die Sache wirtschaftlich

noch nicht endgültig als die seinige behandeln durfte. Eine Zinspflicht kann hier natürlich gerechtermaßen erst im Augenblick entstehen, wo der Erwerber von dem den Erwerb als ungerechtfertigt darstellenden künftigen Ereignisse erfährt. In anderen Fällen wird die Haftung dadurch abgeschwächt, daß der Empfänger nur haftet, soweit er noch bereichert ist, so z. B. wenn jemand eine Nichtschuld bezahlt erhielt und darauf den Gegenstand zu einem geringen Preise weiter veräußert hat (§§ 818, 819 B.G.B.).

Eine große Errungenschaft des B.G.B. ist es gegenüber dem gemeinen Recht, daß, wenn der Empfänger der ungerechtfertigten Bereicherung die Sache schenkweise weggegeben hat, der Beschenkte ebenfalls haftet, und zwar in gleicher Weise wie sein Vorgänger, wenn auch natürlich mit Rücksicht auf seinen etwaigen guten Glauben milder. Z. B. A ist Eigentümer eines Grundstücks geworden, weil er nach Maßgabe des § 892 B.G.B. auf Grundlage des Grundbuchs in gutem Glauben erworben hat. Ist der Erwerb ein schenkweiser, dann kann die Sache von ihm herausverlangt werden, denn sein Rechtsvorgänger ist wenigstens dadurch bereichert, daß er eine fremde Sache vollgültig geschenkt hat, und diese geschenkte Sache ist nun im Eigentum des Beschenkten (§§ 816, 822 B.G.B.).

Daß, wenn jemand auf Grund eines unsittlichen Geschäfts eine Sache weggegeben hat, er sie trotz der Bereicherung des Empfängers nicht zurückfordern kann, ist bereits früher (S. 645) erwähnt worden.

§ 87. Eine Hauptausgleichungspflicht ergibt sich aus folgendem:

Im allgemeinen hat der Schuldner, trotzdem er Schuldner ist, die freie Verfügung über sein Vermögen. Indes darf diese Freiheit nicht dahin mißbraucht werden, daß er das Vermögen in arglistiger Weise den Gläubigern entzieht, so daß deren Forderungen ihren realen Halt verlieren. Das ist um so bedeutsamer, wenn die Person selber nicht mehr als Geisel für ihre Schulden haftet; hier muß man sagen: wer sich zu einer Leistung verpflichtet, kann zwar nicht als verpflichtet gelten, alles zu tun, was nötig ist, um diese Leistung zu ermöglichen; wer beispielsweise verpflichtet ist, einen Gegenstand herbeizuschaffen, ist nicht auch als verpflichtet zu erachten, die Mittel zu erarbeiten, die nötig sind, um sich diesen Gegenstand zu erwerben; wohl aber ist es ein ethisches Verschulden, wenn jemand absichtlich dahin wirkt, die Zahlungsmittel zu beseitigen, um dadurch seine Pflicht zu einer unerschwinglichen zu machen. Ja, selbst ein derartiges Handeln gegen erst künftig erstehende Gläubiger ist widerrechtlich. Schon das römische und altdeutsche Recht ging von dieser Anschauung aus, obgleich hier, bei der persönlichen Haftung des Schuldners, ein solches Eingreifen viel weniger nötig war als bei uns. Wir finden insbesondere bereits im altdeutschen Rechte Vorschriften, die den Schuldner bestrafen, der Vermögen wegschafft, und die sog. Fluchtsalgeschäfte werden vielfach als nichtig betrachtet. Das römische Recht hat sich durch verschiedene Institute geholfen, von denen das eine, die actio Pauliana, das nachhaltigste war. Hiernach trat folgendes ein: wenn der Schuldner mit der Absicht der Gläubigerbenachteiligung Gegenstände veräußerte, so konnte der Gläubiger den dritten Erwerber auf Herausgabe belangen, sofern dieser Dritte entweder an dieser Absicht teilnahm oder sofern sein Erwerb ein schenkweiser war; im letzteren Falle allerdings nur bis zur Bereicherung. Das ist in das gemeine Recht übergegangen, reichte aber nicht aus, und die neueren Gesetze haben hier vielfache Erweiterungen gegeben; so vor allem im Falle des Konkurses, wo man zur Idee gelangt ist, daß der ausgebrochene Konkurs mehr oder minder zurückdatiert wird, daß mindestens die unglückliche, unwirtschaftliche Zeit, die dem Konkurs vorhergeht, bereits in der Art in Betracht gezogen wird, daß gewisse in dieser Zeit erfolgte Geschäfte der Anfechtung unterliegen. Doch das gehört dem Konkursrecht an (unten II, S. 183 f.). Dagegen hat das sog. Anfechtungsgesetz vom 21. Juli 1879, das im Jahre 1898 eine Umgestaltung erfahren hat, auch außerhalb des Konkurses die Materie erweitert, insbesondere dahin, daß 1., wenn Zuwendungen, welche objektiv die Gläubiger benachteiligen, im letzten Jahre an Verwandte gemacht sind, die Gläubigerbenachteiligungsabsicht von der einen und das entsprechende Bewußtsein von der anderen Seite vermutet wird, und 2., daß Schenkungen des letzten Jahres (und bei Ehegatten der zwei letzten Jahre) ohne weiteres der Anfechtung unter-

liegen, auch wenn hier von einer derartigen Absicht oder von einem derartigen Bewußtsein gar nicht die Rede war. Der Schuldanfechtungsanspruch ist also nicht notwendig ein Anspruch aus unerlaubter Handlung, er kann ein Anspruch sein, der, ähnlich wie der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung, aus dem bloßen Zusammenstoß der Umstände hervorgeht.

Zum Erwerb des Schuldanfechtungsanspruchs gehört Anfechtung auf Grund eines vollstreckbaren Titels mit fälliger Forderung, wozu aber noch kommen muß, daß die ordentliche Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners mangels bereiter Mittel nicht erfolgen konnte: in diesem Falle kann der Gläubiger dem Dritten die ankunftsbedürftige Erklärung zukommen lassen, daß er das Geschäft anfechte, und die Folge ist, daß dieser Dritte die Verpflichtung hat, das Verlangte nach den Regeln des ungerechtfertigten Habens in der Art dem Gläubiger zur Verfügung zu stellen, daß dieser die Zwangsvollstreckungsmaßnahmen daran vornehmen kann; und zwar hat der bösgläubige Dritte das Empfangene oder seinen Wert vollständig herauszugeben ohne Rücksicht auf das, was er als Gegenwert geleistet hat, während der gutgläubige, namentlich der Schenkungsempfänger, bloß die Bereicherung herauszugeben schuldig ist. Ist die Anfechtung auf diese Weise geschehen, dann besteht ein Anfechtungsanspruch und eine Anfechtungseinrede. Der Anfechtungsanspruch wird gewahrt, wenn die Anfechtung in der richtigen Zeit durch ankunftsbedürftige Erklärung erfolgt ist: diese Zeit beträgt, wenn sie nicht nach dem Vorigen geringer ist, zehn Jahre (im Konkurs ein Jahr). Die Einrede hat keine Zeitbeschränkung.

Der Anspruch ist ein obligationsrechtlicher: der Dritte ist verpflichtet, die Zuwendung herauszugeben, sie fällt nicht infolge der Anfechtung von selbst aus seinem Vermögen heraus[1].

Der Anspruch kann gegen den, der von dem Erwerber weiter erworben hat, stets dann durchgreifen, wenn dieser unentgeltlich erworben hat; in anderen Fällen nur, wenn er bei seinem Erwerb in bösem Glauben war, d. h. wußte, daß sein Vorgänger in solcher Weise erworben hatte, daß er der Anfechtung unterlag; was bei nahe verbundenen Personen vermutet wird.

§ 88. Außer den Ausgleichspflichten der einen oder anderen Weise bringt das soziale Leben noch eine Reihe von Beihilfspflichten mit sich, zwar nicht in der Art, daß ein jeder unbeschränkt juristisch gehalten wäre, seinen Nebenmenschen beizustehen, wohl aber so, daß nach gewissen Richtungen hin, wo auf der einen Seite ein großes Bedürfnis und auf der anderen Seite eine geringe Belästigung stattfindet, der eine verpflichtet ist, den anderen in der Erreichung seiner Lebenszwecke zu unterstützen. Eine solche Beihilfepflicht ist 1. die Pflicht, die Abholung zu gestatten, wenn ein fremder Gegenstand sich auf einem Grundstück befindet. Dieses Abholungsrecht ist dem Eigentümer zu gestatten und, wenn der Grundstückseigner die Sache noch nicht in Besitz genommen hat, dem Besitzer, dessen Gewahrsam die Sache entzogen worden ist (oben S. 603). In ganz besonderer Weise ist diese Befugnis demjenigen erteilt, der einem entflogenen Bienenschwarm durch Feld und Flur nachgeht: er darf fremde Grundstücke betreten und darf sogar den Bienenstock öffnen und die Waben herausnehmen (vgl. §§ 1005, 867, 962 B.G.B.). 2. Eine zweite Pflicht ist die Pflicht der Vorweisung, und zwar der Vorweisung von Sachen im allgemeinen und der Vorweisung von Urkunden insbesondere (Exhibition, Edition). Eine Vorweisung von Sachen kann man verlangen, wenn man sich versichern will, ob eine Sache, die ein anderer besitzt, identisch sei mit der Sache, auf welche man einen Vindikationsanspruch erheben will. Dies ist wichtig, denn es ist leicht möglich, daß sich der, dem die Sache verloren ging, täuscht; und einen Vindikationsanspruch ins Blaue zu erheben, ist nicht ratsam. Die Rechtsordnung muß daher den Vindikanten unterstützen, und das kann nur dadurch geschehen, daß ihm die Sache zur Besichtigung vorgelegt werden muß. Noch andere Zwecke hat die Vorlegung von Urkunden, denn es handelt sich hier darum, aus der Urkunde Auskunft über Rechts-

[1] Leitfaden des Konkursrechts 2. Aufl. S. 138. So auch R.G. 24. September 1902 Jurist. Wochenschrift XXXII Beilage 1 S. 4 u. a.

verhältnisse zu schöpfen. Das kann man nun selbstverständlich nicht ohne weiteres verlangen: es besteht kein Rechtssatz, daß jeder, der im Besitz von Urkunden ist, deren Inhalt einen anderen in seinen Rechtsverhältnissen fördern kann, zur Vorlegung verpflichtet sei; was ja auch im höchsten Grade bedränglich wäre und vielfach fremde Geheimnisse bloßlegte. Wohl aber ist ein solcher Anspruch gestattet im Falle sog. gemeinschaftlicher Urkunden, d. h. dann, wenn die Urkunde allein oder doch mit im Interesse desjenigen errichtet ist, der die Vorlegung verlangt (vgl. §§ 809, 810 B.G.B.). Früher war ein Hauptfall der Vorlegungspflicht die Pflicht zur Vorweisung von Testamenten: heutzutage ist die Sache in ein anderes Geleise geraten, weil die Testamente an das Nachlaßgericht gebracht werden müssen und das Nachlaßgericht sie den Interessenten vorzulegen, ihnen auch Abschrift zu verschaffen hat (§ 2264). Andere Beihilfepflichten ergeben sich aus Rechtsverhältnissen des Handels- und Seerechts, z. B. die Pflicht, Leute, die sich in Seenot befinden, in das Schiff aufzunehmen (Reichsgesetz v. 2. Juni 1902), oder aus Rechtsverhältnissen, welche durch Landesgesetzgebung geregelt sind, wie z. B. aus dem Bergbau; z. B. preuß. Berggesetz § 135 f., bayerisches § 129 f.

III. Reaktion gegen unerlaubtes Handeln.

§ 89. Die Lehre von der Haftung für unerlaubte Handlungen[1] hat im B.G.B. eine im ganzen tüchtige Regelung gefunden. Wer ein Recht verletzt, vorsätzlich oder fahrlässig, haftet für Schadenersatz. Das war mehr oder minder schon im gemeinen Rechte der Fall, nur daß man sich hier noch der altrömischen Schablonen, der actio legis Aquiliae, actio doli u. s. w. bediente. Das B.G.B. drückt sich moderner aus. Hier werden Rechte aller Art in Betracht gezogen und unter den Schutz gestellt; zu diesen Rechten gehört vor allem auch das Recht der Persönlichkeit; aber das B.G.B. spricht außerdem folgenden Satz aus: Wenn unsere Rechtsordnung eine allgemeine Pflicht feststellt, zum Schutze anderer zu handeln, so ist derjenige, der diese Pflicht verletzt, denen verantwortlich, die infolge dieser Verletzung in ihren Interessen gekränkt wurden; denn ihnen entging der Schutz, den die Rechtsordnung ihnen verleihen wollte. Damit ist neben die Rechte noch etwas anderes gestellt, nämlich das durch gesetzliches Gebot, vor allem durch Vorschriften polizeilicher Art, geschützte Interesse. Wenn z. B. das Strafgesetzbuch die Verpflichtung auferlegt, von dem Vorhaben eines bestimmten Verbrechens, z. B. des Mordes, Anzeige zu erstatten, damit das Vorhaben noch vereitelt werden kann, so ist zu folgern: sobald jemand dieser Verpflichtung nicht nachkommt, muß er zivilrechtlich für den Mord einstehen und diejenigen Personen, die durch den Mord verletzt wurden, entschädigen. Wenn unsere Unfallversicherungsgesetze im Interesse des Arbeiterschutzes bestimmen, daß gewisse Vorkehrungen getroffen werden müssen, um Leib und Leben der Werkleute zu sichern, so muß, wer dies nicht tut, dem Verletzten für den Schaden einstehen. Wer verpflichtet ist, Schutzzeichen zur Sicherung der Schiffahrt, z. B. Feuersignale, aufzustellen, und dem nicht nachkommt, der haftet, wenn infolgedessen ein Schiff verunglückt. Mit anderen Worten, jeder haftet für den Schaden, der aus der Nichterfüllung der im Interesse der Menschheit auferlegten Verpflichtungen hervorgeht; er haftet, ohne Rücksicht darauf, ob zwischen der Tat und dem Schaden ein solcher Zusammenhang besteht, der schon nach allgemeinen Grundsätzen des Schuldzusammenhangs verantwortlich machen könnte, oder nicht[2]. So auch, wenn eine Gemeinde verpflichtet ist, für Beleuchtung, für Streuung bei Glatteis zu sorgen, und infolge der Zuwiderhandlung ein Unfall entsteht[3]. Daher auch die Haftung der Beamten; etwas Besonderes gilt für die richterlichen Beamten bezüglich der Urteile (Entscheidungen), § 839[4].

[1] Richtiger wäre: unerlaubtes Verhalten, da auch Unterlassungen hierher gehören.

[2] So auch wenn, dem § 367 Z. 14 St.G.B. zuwider, die nötigen Vorsichtsmaßregeln beim Bau nicht getroffen sind, R.G. 12. April 1902 Entsch. 51 S. 177. Weitere Entscheidungen bei Scherer, Das dritte Jahr S. 272 f.

[3] Vgl. O.L.G. Stettin 4. Februar 1902, Rostock 10. April 1902 Mugdan IV S. 283, V S. 240 u. a.

[4] Zu eng O.L.G. Köln 8. Januar 1902 Mugdan IV S. 286.

Einen modernen Ausdruck eines bereits bestehenden Rechtssatzes enthält die bekannte Bestimmung des § 826. Wer vorsätzlich gegen die guten Sitten verstößt, soll schadenersatzpflichtig werden. Man hat hier insbesondere den Fall des unlauteren Wettbewerbs ins Auge gefaßt, und in der Tat wird man den Fall so lange heranziehen müssen, als der Gedanke, daß der unlautere Wettbewerb eine Verletzung der Persönlichkeit darstellt, noch nicht vollkommen durchgereift ist: ist dieser Gedanke ausgiebig erfaßt, dann gehört der unlautere Wettbewerb zur Verletzung der Rechte, nämlich des Persönlichkeitsrechtes (§ 823).

Allerdings darf das Handeln gegen die guten Sitten nicht dem unmoralischen Handeln überhaupt gleichgestellt werden. Nicht alles, was unmoralisch ist, ist gegen die guten Sitten. Man kann nicht sagen, daß Härte gegen andere, Geiz, Zurückhaltung im Vermögen, gegen die guten Sitten verstößt; denn die guten Sitten geben jedem die volle Herrschaft, in dieser Beziehung zu befinden, was er für richtig hält. Es ist also vollkommen unrichtig, wenn man angenommen hat, daß hier Moral und Recht in eins zusammenschmelzen, und daß man jemanden verantwortlich machen dürfe, der, obgleich er es könnte, dem Notleidenden nicht zu Hilfe käme. Dagegen wäre es allerdings gegen die guten Sitten, wenn jemand z. B. durch eine unsittliche Handlung Ärgernis erregte und dadurch zu Aufwendungen Anlaß gäbe, welche nötig sind, um dieses Ärgernis zu heben; oder wenn er durch irgend einen Unfug polizeiliche Nachforschung nötig machte und dadurch den Staat in Kosten stürzte u. a. Dahin gehört es auch, wenn jemand durch Haltung eines Unzuchthauses die Nachbarschaft stört und belästigt[1].

Zu einem Handeln gegen die guten Sitten gehört aber besonders:

I. ein Handeln, wodurch fremdes Recht nicht verletzt, aber doch gestreift und dadurch gekränkt wird, denn es ist gegen die gute Sitte, sich zu nahe an fremdes Recht heranzumachen. Hierunter fällt:

1. jede Unterstützung des Vertragsbruchs. Diese ist nicht eine Verletzung des Schuldrechts: ein Schuldrecht kann durch einen Dritten nur dadurch verletzt werden, daß er den Schuldner durch Eingriff in seine Person oder sein Vermögen unfähig macht, seine Verbindlichkeit zu befriedigen. Wohl aber ist die Unterstützung des Vertragsbruchs ein Herantreten an fremdes Recht, das möglicherweise dem Anstande des Verkehrs widerspricht. Dergestalt ist insbesondere das Abspenstigmachen von Arbeitern in der Art, daß man sie veranlaßt, vorzeitig aus dem Dienste zu treten, und sie dann in seinen Dienst einstellt. Aber auch schon das gehört hierher, wenn jemand einen solchen Arbeiter, von dem er weiß, daß er vertragsbrüchig ist, in seinen Dienst aufnimmt, denn er nützt dadurch die Vertragsbrüchigkeit aus. Im Gewerberecht ist dies anerkannt, einmal bezüglich des Lehrvertrags § 127 g, sodann bezüglich der Gesellen und Fabrikarbeiter in §§ 125 und 134. Ja, im letzteren Falle ist sogar bestimmt, daß, wenn der Arbeitsherr auch nur nachträglich erfährt, daß er es mit einem abtrünnigen Arbeiter zu tun hat, er ihn, falls nicht bereits zwei Wochen verstrichen sind, aus dem Dienste entlassen muß, ansonst er entschädigungspflichtig wird. Das letztere ist eine Besonderheit des Gewerberechts, im übrigen gehört das Verbot des Abspenstigmachens zu den allgemeinen Vorschriften des Rechts[2].

Hierunter fällt

2. der Erwerb einer bereits einem anderen veräußerten Sache unter den oben S. 604 entwickelten erschwerenden Umständen.

Hierunter fällt

3. die arglistige Rechtsvereitelung. Man kann ein Recht nicht verletzen, das noch nicht besteht; es kann aber Arglist sein, sein Entstehen zu verhindern; z. B. man steht mit jemandem in Vertragsverhandlung; die Annahmeerklärung muß am bestimmten Tage

[1] So die ständige französische Praxis; so nun auch deutsche Gerichte, namentlich O.L.G. Kolmar 10 Okt. 1902 Mugdan V S. 386.

[2] Vgl. Buschs Arch. f. Handelsrecht 48 S. 348 f. Unrichtig Kammergericht 8. Okt. 1901 Mugdan IV S. 54.

eintreffen, ansonst sie verspätet ist: der andere Teil besticht den Boten, so daß er nicht kommt (für die Bedingung ist dieser Gedanke in § 162 B.G.B. weitergesponnen).

Dazu gehört

II. Der Rechtsmißbrauch. Nicht jede Anwendung des Rechts innerhalb seiner Schranken ist anständig und gesellschaftlich zulässig. Solcher Rechtsmißbrauch liegt

1. in der Rechtsschikane (§ 226 B.G.B.), d. h. einem Handeln, das nur den Charakter haben kann, einen andern zu schädigen;

2. in einer schweren Überschreitung der Diskretion, wenn von der Rechtsordnung Rechte in der Erwartung gegeben werden, daß man von ihnen einen nicht ungemessenen Gebrauch macht. So ist es bei der Entlehnung von Zeitungsartikeln (oben S. 627): noch das neue Autorgesetz gestattet eine weitgehende Entlehnung; allein diese darf die Grenzen von Anstand und Sitte nicht überschreiten (oben S. 627). Hierunter fallen ferner alle Ausschließungs-, Boykottverträge; sie stehen innerhalb des Rechts, dürfen aber gleichfalls nicht die Schranken des gesellschaftlichen Lebens überschreiten[1]. So verhält es sich mit der Benutzung der dem Gemeingebrauch anheimgestellten Sachen u. s. w.

Wer durch Anstandswidrigkeiten geschädigt wird, kann Aufhören der Anstandswidrigkeit[2] und Schadensersatz verlangen. Sein Verlangen geht aus dem Persönlichkeitsrecht hervor; denn dieses gibt Ansprüche nicht nur wegen Verletzung dieses Rechts, sondern auch wegen Verletzungen des Anstands, den die Persönlichkeit verlangen kann.

§ 90. Die unerlaubte Handlung setzt eine ethische Willensschuld voraus, entweder Vorsatz oder Fahrlässigkeit; so bei Verletzung eines Rechts; bei Verletzung eines Schutzgebots genügt ebenfalls Vorsatz oder Fahrlässigkeit, wenn in der Strafbestimmung, in welcher das Schutzgebot enthalten ist, schon die Fahrlässigkeit bestraft wird; wird nur Vorsatz gestraft, dann tritt auch die Schadenersatzpflicht nur im Fall des Vorsatzes ein. Bei einem Handeln gegen die guten Sitten wird Vorsätzlichkeit verlangt.

In wenigen Fällen findet eine Haftung statt, auch ohne Verschulden, eine Haftung bis zur sog. höheren Gewalt. Das gilt insbesondere vom Betrieb von Eisenbahnen, sofern dadurch ein Mensch getötet oder verletzt wird: die Eisenbahnen haften, wenn nicht höhere Gewalt oder eigenes Verschulden vorliegt[3]. Darüber besteht ein besonderes Gesetz vom 7. Juni 1871. Einer solchen Haftung bis zur höheren Gewalt unterliegen in Vertragsverhältnissen die Wirte bezüglich dessen, was die Gäste eingebracht haben, § 701[4], und unterliegen auch die Eisenbahnen bezüglich der übernommenen Transporte, nicht aber die übrigen Frachtführer, denn diese haften nur für Verschuldung (§§ 429, 606 B.G.B.). Dieser Unterschied ist geschichtlich zu erklären, denn ehemals hafteten alle Frachtführer bis zur höheren Gewalt; dies wurde aufgehoben, blieb aber noch aus internationalen Gründen bei den Eisenbahnen bestehen, weil das Eisenbahnrecht durch die Berner Konvention völkervertraglich geregelt ist (§ 456 H.G.B. und Berner Konvention 14. Oktober 1890 Art. 30). Die höhere Gewalt verlangt eine Einwirkung von außen, die so stark ist, daß selbst eine spezielle Vorsicht sie nicht zu beschwören vermöchte.

Das ethische Verschulden setzt Verantwortlichkeit voraus; nicht verantwortlich

---

[1] Hiergegen ging man schon in alten Zeiten vor, z. B. Statuten Padua 1236 Nr. 833: si quis . . . molinario interdixerit ne molat neu masinet illi persone . . . solidos 100 pro banno . . . componat; so in deutschen Reichsgesetzen: Reform. guter Polizei 1548 § 18 (Monopolia und schädliche Fürkauf betreffend). Aus neuerer Zeit vgl. R.G. 25. Juni 1890 Entsch. XXVIII S. 238 und Entsch. 1. Civilsenat 24. Juni 1891; Obergericht Thurgau 29. November 1892 Z. f. Schweizer Recht, Revue XI. S. 25. Neuerdings die Entscheidungen über die schwarzen Listen, namentlich R.G. 29. Mai 1902 Recht VI. S. 395.

[2] Aus § 823 wie 826 geht nicht nur ein Anspruch auf Geldersatz, sondern auch auf Ablassen der schuldhaften Tätigkeit hervor; richtig O.L.G. Celle 5. Mai 1902 Mugdan V S. 238.

[3] Vorausgesetzt ist, daß der Schaden durch den Betrieb oder eine damit im Zusammenhang stehende Betätigung erfolgt ist, R.G. 9. Januar 1902, Entsch. 50 S. 92.

[4] Die gesteigerte Haftung, die die Römer aus den Verhältnissen der Osterienwirte ableiteten, wurde im Mittelalter auf die Gastwirtschaft überhaupt übertragen, vgl. z. B. Como 1216 a. 276 (Mon. hist. patr. XVI p. 101). Ein Schlafwagen aber ist kein Hotel! Vgl. Kassationshof Paris 3. Februar 1896 Sirey 96 I p. 165.

ist der Mensch bis zu sieben Jahren, zweifelhaft und je nach der individuellen Reife zu entscheiden ist die Verantwortlichkeit von sieben bis achtzehn Jahren, nicht verantwortlich ist der Mensch in Bewußtlosigkeit oder in willensunfreier Geistesgestörtheit (§§ 827. 828 B.G.B.). Ausnahmsweise, aus Gründen der Billigkeit wird ein nicht Verantwortlicher ganz oder teilweise schadenersatzpflichtig, wenn dies nach den Umständen des Falles als gerechtfertigte Schadensverteilung erscheint (§ 829). Die Grundsätze von der Verantwortlichkeit und Schadenshaftung gelten auch für die Verantwortlichkeit in Vertragsverhältnissen.

Die Verantwortung kann gemindert oder aufgehoben werden durch eigenes Verschulden des Verletzten, §§ 254, 846 B.G.B. [1].

§ 91. Von ganz besonderer Bedeutung ist die Frage der Haftung für dritte Personen oder auch für Sachen; eine äußerst heikle Lehre, denn es stehen hier die beachtenswerten Interessen der verschiedenen Personen oft in strengem Gegensatz. Wenn ohne Verschulden des A der B beschädigt worden ist, so kann es im höchsten Grade hart sein, daß A Entschädigung zahlen muß; auf der anderen Seite wäre es für B ebenso hart, wenn er der Entschädigung entbehrte. Man mußte daher zu besonders feinen Unterscheidungen greifen. Handelt es sich darum, daß jemand ein Tier hält, so haben manche Gesetze die Bestimmung, daß der Tierhalter für die Beschädigung des Tieres nur dann einsteht, wenn ihm irgend eine Nachlässigkeit zur Last fällt [2]. Dabei kann man allerdings die Anforderung an seine Vorsicht und Überwachung so weit als möglich ausdehnen; aber immerhin ist er frei, wenn das Tier sich trotzdem ihm entzogen und andere vielleicht aufs schwerste beschädigt hat. Das deutsche Recht geht dagegen von dem Grundgedanken aus: das Tier, das man hält, ist ein Teil des Hauses, und wenn aus diesem Hause heraus jemand beschädigt wird, so ist es billiger, daß das Haus den Schaden trägt als der unschuldige Dritte [3]; und so ist man im B.G.B. § 833 zu der entgegengesetzten Anschauung gekommen, wonach der Tierhalter ohne weiteres, ohne jedes Verschulden, für jeden Schaden [4] einstehen muß, den das Tier anderen zufügt [5]. Natürlich kann es sich hier nur um Tiere handeln, die eine gewisse Bewegungsfreiheit haben. Von dem Fall, daß etwa ein Dritter durch die Bazillen eines Forschers infiziert würde, ist hier nicht die Rede, ganz abgesehen davon, daß die Zugehörigkeit der Bazillen zum Tierreich zu beanstanden ist: hier kann nur der Standpunkt der Verschuldung maßgebend sein; und dasselbe wird auch für Pflanzen gelten müssen, die für die Nachbarn schädliche Eigenschaften haben, z. B. dadurch, daß sie ihren Samen weiter verbreiten und die Nachbarfelder mit Unkraut übersäen. Darüber gelten ganz andere Vorstellungen in der Volksanschauung und gelten ganz andere Rücksichten im Recht, als bei Tieren und namentlich bei Haustieren.

Handelt es sich um Gebäude, so hat das B.G.B. den Schuldstandpunkt aufrecht erhalten. Man haftet nur dann, wenn man nicht die nötige Vorsicht angewandt hat, (§ 836), und denselben Standpunkt hat das B.G.B. bezüglich der Haftung für Untergebene, welche im Kreis ihrer dienstlichen Tätigkeiten dritte Personen beschädigen: der Geschäftsherr haftet nur dann, wenn er in der Beaufsichtigung oder in der Auswahl

---

[1] Ein Hauptfall ist die Verantwortlichkeit des Arbeitgebers, sofern er wegen Nichtklebung der Quittungsmarken den Arbeiter in Bezug auf die Invalidenrente geschädigt hat: der Arbeiter hat selbst darüber zu wachen, daß die Voraussetzungen der künftigen Invalidenrente erfüllt werden; vgl. §§ 144, 150 Invalidenversicherungsgesetz. Vgl. darüber Appelius, Archiv f. bürgerl. R. XXI S. 14 f.

[2] So Schweizer Obligat.-Recht Art. 65, dazu aber auch Burckhardt, Revision des Schweiz. Obl. R. S. 88 f.

[3] Daher findet sich die unbedingte Haftung für Tiere auch in italienischen Stadtrechten, z. B. in Montefeltro (1384) II 40 (Collezione storica Marchigiana III p. 319).

[4] Auch für den mittelbaren, wenn z. B. das Tier etwas geschleudert hat, was jemanden verletzt; vgl. R.G. 20. Februar 1902, Entsch. 50 S. 219. Nur muß es ein Körperschaden oder Sachschaden sein.

[5] Dies gilt auch im Verhältnis zwischen dem Halter und Wärter des Tieres, vorbehaltlich des Einwandes des eigenen Verschuldens, R.G. 6. März 1902, Entsch. 50 S. 244. Vorausgesetzt ist übrigens, daß das Tier nicht als bloßes Werkzeug in der Hand des Menschen handelt, wie in dem Falle, wo jemand mit dem Gespann einen Menschen überfährt; anders, wenn das Pferd scheut und jemanden verletzt. Entsch. bei Scherer Drittes Jahr S. 287 f.

sich eine Lässigkeit hat zu Schulden kommen lassen; nach diesem Gesichtspunkt ist insbesondere auch der Fall zu behandeln, wenn von Angestellten unlautere Wettbewerbshandlungen ausgehen. Im übrigen haftet er, sollte auch etwa bezüglich des Untergebenen, z. B. wegen Irrtums oder wegen Geisteskrankheit, eine Verschuldung nicht vorliegen[1]. Das ist die vielbesprochene Bestimmung des § 831. Und ähnlich ist die bekannte Bestimmung des § 832 über den Aufsichtsführenden, der insbesondere für Irrenärzte und Lehrer in Betracht kommt.

Alle derartigen Schäden führen zu Ausgleichungen, die für den Verpflichteten im höchsten Grade bedränglich werden können, und es ist sehr wünschenswert, wenn hier durch Versicherungen möglichst geholfen wird. Vielleicht, daß schließlich auch hier die Gesetzgebung einschreitet und Zwangsversicherungen einführt; einstweilen ist dies Sache privater Unternehmungen: Haftpflichtversicherung, für welche besondere Grundsätze gelten (§ 138 f. Versicherungsentwurf).

Landesgesetzlich gilt auch noch die Haftung der Gemeinden für Schäden durch Zusammenrottung, Auflauf und Aufruhr[2].

D. Familienrecht.

1. Eherecht.

§ 92. Das Eherecht ist in neuzeitlicher Weise gestaltet worden, also 1. in streng monogamischer Weise; 2. in der Art, daß bei der Eheschließung die volle Freiheit, aber auch die volle Überlegung möglichst gesichert werden soll; 3. in der Weise, daß die Eheschließung unter staatlicher Aufsicht steht und unter Zuziehung eines staatlichen Beamten vorgenommen werden muß; und endlich 4. in der Art, daß sie eine Ehe auf die Dauer ist, aber mit der Möglichkeit, unter ganz bestimmten Umständen eine Trennung herbeizuführen. Diese Anforderungen waren durch das moderne Kulturleben gegeben, und das Bürgerliche Gesetzbuch hatte darum nur im einzelnen zu regeln und auszugestalten.

Was die monogamische Seite der Ehe betrifft, so ist festgehalten, daß ein Nebeneinanderbestehen zweier gültiger Ehen niemals, auch nicht einmal einen Moment möglich ist. Selbst im Falle der Todeserklärung ist durch die gesetzliche Bestimmung dafür gesorgt, daß eine solche Kollision vermieden wird: die Todeserklärung gestattet eine zweite Ehe; durch die zweite Ehe aber wird die erste aufgehoben, allerdings mit der Möglichkeit, daß wiederum die zweite Ehe angefochten wird, wie dies bereits oben S. 573 erwähnt worden ist.

Es ist nur die eine Möglichkeit gegeben, daß eine gültige Ehe neben einer nichtigen Ehe besteht. Dies ist eine Möglichkeit, die allerdings vermieden werden soll; wenn sie aber doch eintritt, so betrachtet das Gesetz ein solches Nebeneinanderbestehen nicht geradezu als unerträglich; vgl. § 1326 und 1309. Immerhin soll es vermieden werden; und wer dagegen verstößt, hat die Strafe der Bigamie zu gewärtigen: eine zweite Ehe soll bei Strafe der Bigamie nur abgeschlossen werden, wenn die erste, obgleich nichtig, noch als nichtig erklärt worden ist (§ 171 R.Str.G.B).

Was die Freiheit der Eheschließung betrifft, so ist es dem modernen Geist selbstverständlich, daß weder der Sohn noch die Tochter von Eltern oder Agnaten verheiratet werden darf. Allerdings ist die negative Bestimmung gegeben, daß sie unter Umständen die Zustimmung (Einwilligung) gewisser Personen haben müssen, so namentlich,

---

[1] Vgl. R.G. 30. Dezember 1901, Entsch. 50 S. 60.

[2] Z. B. Preußen 11. März 1850; Bayern 12. März 1850 (Ausf. G. zum B.G.B. Art. 142). Die Bestimmung geht auf den uralten Gedanken zurück, daß die Gemeinschaft für Schäden aufkommen müsse, für die sonst kein Ersatz zu erlangen ist; er findet sich fast überall in den italienischen Statuten, z. B. Viterbo (1251) IV 29, Casale (14. Jahrh.) in Mon. hist. patr. I p. 993, Salò 1386 Art. 100 (Bettoni, Storia di Salò IV p. 172), Piacenza 1391 V 8 (Mon. hist. ad prov. Parm. pert. I 6 p. 366 f.), Mirandola IV 125 (Gesetz v. 1471), Ferrara (1584) p. 187 u. a.

wenn sie geschäftsbeschränkt sind, die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters; und zwar gilt dies mit der Wirkung, daß sonst die Ehe angefochten werden kann (vgl. §§ 1304, 1331, 1336, 1337 B.G.B.). Dazu kommt noch die weitere Bestimmung, daß auch ein volljähriges Kind bis zum 21. Lebensjahr der Einwilligung des Vaters (bezw. der unehelichen Mutter) bedarf (§ 1305), eine Bestimmung, die aber regelmäßig nur dann von Bedeutung ist, wenn ein Kind durch Volljährigkeitserklärung vor dem 21. Jahre volljährig wird; die Nichtbefolgung dieser Vorschrift aber bewirkt keine Anfechtbarkeit und das Vormundschaftsgericht kann die mangelnde Einwilligung ersetzen (§ 1308).

Die staatliche Aufsicht über die Ehe ist in der Art durchgeführt, daß es weder eine Privatehe gibt, wie früher im kanonischen Rechte, noch eine kirchliche Eheschließung, wie im kirchlichen Recht nach dem Tridentinum und nach den protestantischen Eheordnungen, sondern nur eine Eheschließung unter Mitwirkung des Standesbeamten. Diese Mitwirkung hat aber nicht bloß die Bedeutung, daß der Standesbeamte tätig sein muß, die Form der Ehe zu erfüllen, sondern daß es auch seine Aufgabe ist, zu prüfen, ob der Ehe keinerlei Hindernis im Wege steht, weshalb das Publikum durch Aufgebot noch besonders auf die bevorstehende Eheschließung aufmerksam gemacht werden soll. In dieser und manchen anderen Beziehungen besteht das Personenstandsgesetz vom 6. Februar 1875 weiter (P.St.G. § 44—48). Der Standesbeamte hat die Prüfung vorzunehmen, er haftet selbst strafrechtlich (§ 69 P.St.G. und § 338 St.G.B.). Lehnt er eine Eheschließung ab, so entscheidet das Amtsgericht, vorbehaltlich der Beschwerde (§ 11 P.St.G., §§ 186, 69, 19 G.f.G.).

§ 93. Klarer als die früheren Gesetze hat das B.G.B. den Unterschied zwischen einer *nichtexistierenden* und einer *nichtigen* Ehe herausgebildet. Fehlt es an der in § 1317 des B.G.B. bestimmten Form, ist also kein Standesbeamter anwesend, auch nicht ein Pseudostandesbeamter im Sinne des § 1319, d. h. ein solcher, der, ohne es zu sein, als Standesbeamter öffentlich fungiert, und den man allgemein für einen Standesbeamten hält, oder haben die beiden Teile nicht persönlich bei gleichzeitiger Anwesenheit ihren Ehewillen ausgesprochen, oder hat der Standesbeamte die Erklärung zurückgewiesen, so ist keine Ehe vorhanden. Jedoch gilt dies nur unter Vorbehalt; denn wenn trotzdem ein Eintrag ins Heiratsregister stattgefunden hat, dann ist das juristische Nichts zu einer bestimmten Wesenheit vorgeschritten: man kann jetzt nicht mehr von einer nicht vorhandenen Ehe sprechen, sondern nur von einer nichtigen Ehe. Der Unterschied ist wesentlich. Ist keine Ehe vorhanden, so kann (nach richtiger Ansicht) jeder Teil sofort wieder heiraten; ist eine Ehe nichtig, so ist eine zweite Ehe erst dann statthaft, wenn die nichtige Ehe als nichtig erklärt worden ist. Außerdem kann eine nichtexistierende Ehe niemals als sog. Putativehe gelten, während die nichtige Ehe dann Putativehe ist, wenn wenigstens der eine Ehegatte in gutem Glauben war (§ 1699 B.G.B.); und die Folge der Putativehe ist, daß die Kinder eheliche Kinder sind und gegenüber den Ehegatten und der Familie alle Rechte von ehelichen Kindern haben, während die Rechte der Eltern gegen sie teilweise davon abhängen, ob der Elternteil in gutem oder bösem Glauben war. Außerdem gilt der Satz, daß eine nichtige Ehe Dritten gegenüber gewisse Rechtsfolgen hat: hat ein Rechtsverkehr oder Prozeßverkehr mit einem Dritten stattgefunden, dann gilt die nichtige Ehe, was Recht und Prozeß betrifft, diesem Dritten gegenüber; sie gilt trotz ihrer Nichtigkeit, sofern er in gutem Glauben gewesen ist: also beispielsweise wenn der Ehemann Rechtsgeschäfte in Bezug auf das eingebrachte Vermögen der Frau oder das Gesamtvermögen eingegangen hat, welche eigentlich nach Maßgabe der Nichtigkeit der Ehe unwirksam sind, weil es bei der nichtigen Ehe an einem Nutznießungs- und Verwaltungsrecht des Ehemannes oder einem Gesamtvermögen fehlt (§ 1344). Auch noch andere, teils zivilrechtliche, teils prozessualische Unterschiede bestehen zwischen der nichtigen und nichtexistierenden Ehe. Insbesondere gilt folgendes: ist eine Nichtehe ins Heiratsregister eingetragen und damit zur nichtigen Ehe geworden, dann kann sie geheilt werden; sie wird geheilt durch ein Zusammenleben von zehn Jahren, und wenn ein Ehegatte vorher gestorben ist, so genügt sogar ein dreijähriges Zusammenleben (§ 1324 B.G.B.).

Eine Nichtigkeit der Ehe ist außer den angeführten Fällen gegeben, wenn bei Abschließung der Ehe ein Teil geschäftsunfähig oder in einem das Bewußtsein aufhebenden Zustande war, oder wenn gegen die Grundsätze der Monogamie verstoßen ist, sofern einer der Ehegatten noch in gültiger Ehe lebt, oder wenn sich die Ehe schwer gegen die Grundsätze der Exogamie verfehlt (§ 1325 f.). In dieser Beziehung verhält es sich wie folgt: es ist eine uralte Rechtsbestimmung, daß Verwandte eines bestimmten Grades einander nicht heiraten dürfen: das Verbot reicht in die Urzeiten unseres Geschlechts zurück, hat aber nachträglich einen ganz andern Charakter angenommen. Der Grund liegt heutzutage im Bestreben, die Familie rein zu erhalten, er liegt ferner in der Befürchtung, daß die Ehe in der Verwandtschaft der Generation schädlich sein kann, er liegt endlich in dem berechtigten Bestreben, die Familien sich möglichst nahezubringen und eine Anschließung der verschiedenen Teile der Bevölkerung zu erzielen. Ein weiterer Grund ist darin zu suchen: es ist eine Verarmung, wenn familiäre Beziehungen durch Vermischung ausgelöscht werden; dies ist der Fall, wenn nahe Verwandte sich ehelichen: an Stelle zweier Beziehungen tritt eine. Aus diesen Gründen ist auch für unser Rechtsleben eine gewisse Exogamie unerläßlich und eine Eheschließung in der nächsten Verwandtschaft verwerflich. Dies hat die neueste Gesetzgebung durchaus nicht immer genügend im Auge behalten; das B.G.B. geht sogar so weit, daß es nur die Ehe in gerader Linie und zwischen Geschwistern und die Ehe zwischen Verschwägerten in gerader Linie bei Nichtigkeit verbietet (§§ 1310, 1327 B.G.B.). Etwas weniger Freiheit wäre besser. Dagegen gestatten wir mit Recht die noch heute im englischen Rechte verbotene Ehe mit der Schwester der verstorbenen Frau, ein Verbot, das bekanntlich auf unrichtige Bibelauslegung zurückgeht. Innerhalb des bezeichneten Gebietes hat die Verletzung des Exogamieverbotes Nichtigkeit zur Folge. Eine andere Bestimmung des B.G.B. reicht weniger weit, nämlich das Eheverbot in Bezug auf die uneheliche Schwägerschaft; wir sollen nicht jemanden heiraten, mit dem unser Vorfahre oder Abkömmling in Geschlechtsverbindung gestanden hat; ein solches Verhältnis aber ist nur ein aufschiebendes Hindernis und hat keine Nichtigkeit zur Folge, wenn die Ehe trotzdem abgeschlossen worden ist (§§ 1310, 1327 B.G.B.).

Ein anderes Nichtigkeit begründendes Ehehindernis, das unter den Kulturstaaten weit verbreitet, aber allerdings dem englischen und amerikanischen Rechte unbekannt ist, ist das Verbot der Ehe mit dem Ehebrecher, sofern er im Scheidungsurteil als Ehebrecher erklärt worden ist. Dieses Verbot hat Nichtigkeit zur Folge; doch soll Dispensation („Befreiung") möglich sein und auch eine nachträgliche Dispensation die Nichtigkeit heilen (§§ 1312, 1328 B.G.B.).

Hiernach ist es klar, daß unter Umständen auch eine nichtige Ehe geheilt werden kann (so auch nach § 1325), eine Ausnahme von der Regel, während sonst eine Heilung nichtiger Geschäfte ausgeschlossen ist.

Anfechtbar ist die Ehe im Falle von Zwang, Betrug und Irrung. Was Betrug und Irrung betrifft, so gelten hier besondere Bestimmungen. Nicht jede Irrung soll genügen, es ist aber auch nicht nötig eine Irrung in der Person, so daß man sich einer anderen Person anvermählt, als man im Sinne hatte; es genügt ein Irrtum über gewisse Eigenschaften. Dies müssen aber solche persönliche Eigenschaften sein, deren Kenntnis bei verständiger Würdigung den Eheschließenden von der Ehe zurückgehalten hätte[1]; also würde beispielsweise ein Irrtum über Adel oder über die eheliche oder uneheliche Abstammung der Person nicht in Betracht kommen, denn es widerspricht der verständigen Würdigung der Ehe, andere als individuelle Eigenschaften des Verlobten entscheiden zu lassen; man heiratet die Person und nicht ihre Familie. Aber auch bei Betrug kommt nicht jede durch Täuschung herbeigeführte Irrung in Betracht, sondern nur eine solche, welche Umstände betrifft, die bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe von der Ehe abgehalten hätten. Hier können Umstände in Betracht kommen,

[1] Wegen früherer Päderastie? Vgl. R.G. 6. Oktober 1902, LII S. 306. Wegen Geschlechtskrankheit? O.L.G. Hamburg 12. Juli 1902, bei Scherer, Drittes Jahr S. 345.

die nicht persönliche Eigenschaften betreffen, z. B. wenn behauptet wurde, daß diese Ehe ein dringender Wunsch des Vaters gewesen oder daß der Verlobte etwa der Familie einen großen Dienst geleistet hätte u. a. Irrtum über die Vermögensverhältnisse, auch wenn auf arglistiger Täuschung beruhend, kommt nicht in Betracht; denn die Rechtsordnung würde das Institut der Ehe entwürdigen, wollte sie den Vermögensberechnungen irgend welchen Einfluß auf die Gültigkeit der Ehe zuschreiben. Allerdings kann, wenn der Verlobte bei einer solchen Arglist beteiligt war, dies als eine so niedrige Gesinnung betrachtet werden, daß ihre Kenntnis den andern Teil bei verständiger Würdigung der Sachlage von der Ehe zurückgehalten hätte. Ein anderer Grund der Anfechtung besteht darin, daß jemand eine Ehe als Geschäftsbeschränkter ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters einging. Sollte übrigens hier auch keine Anfechtung stattfinden, so hätte dies doch Einfluß auf das Güterverhältnis, mindestens was die Geschäftsbeschränktheit der Verlobten betrifft (§ 1364 B.G.B.).

Die Anfechtung muß innerhalb sechs Monaten und zwar durch gerichtliche Klage geltend gemacht werden, dies wenigstens, sofern der andere Ehegatte noch lebt; ist der andere Ehegatte gestorben, so geschieht die Anfechtung durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht. Ist die Ehe in anderer Weise gelöst, dann ist eine Anfechtung nicht mehr möglich (§§ 1338, 1339, 1341, 1342 B.G.B.).

§ 94. Auch die Stellung der Ehegatten ist im allgemeinen neuzeitlichen Gedanken entsprechend. Das B.G.B. hat die Mundgewalt des Mannes, welche zu einer Geschäftsbeschränkung der Ehefrau geführt hatte, aufgehoben: die Frau ist vollkommen geschäftsfähig und bleibt es trotz der Ehe. Auf der anderen Seite hat das Gesetzbuch doch eine Gleichstellung beider Teile nicht für angezeigt erachtet, dem Gedanken entsprechend, daß sonst, sobald unter den Ehegatten keine Einhelligkeit erzielt wird, dritte Mächte herangezogen werden müßten, um die Sache zu begütigen. Vielmehr geht das B.G.B. davon aus, daß der Ehemann noch ein überwiegendes Bestimmungsrecht hat, und zwar einmal in Bezug auf den ehelichen Aufenthalt und sodann auch in anderen Angelegenheiten, welche das gemeinsame eheliche Leben betreffen[1], also insbesondere was das Geschäftliche, was die Führung des Haushalts, Arbeit und Erholung angeht; während der Frau die Berechtigung gegeben ist, das Hauswesen zu leiten, und ihr regelmäßig die sog. Schlüsselgewalt zusteht, die jedoch vom Manne beschränkt oder aufgehoben werden kann (vgl. §§ 1353 ff. B.G.B.). Man wird hiernach anzunehmen haben, daß dem Ehemann auch noch ein Brieferöffnungsrecht in Bezug auf die an die Frau gerichteten Briefe zusteht, weil die ihm obliegende Aufsichts- und Kontrollgewalt in Bezug auf das Hauswesen nur auf diese Weise durchgeführt werden kann. Im übrigen finden die Befugnisse des Mannes eine Schranke an dem Mißbrauch, und ein Mißbrauch liegt dann vor, wenn eine Einrichtung gegen ihren Sinn gebraucht wird oder ohne diejenige Diskretion, welche die anständige Rücksicht auf den anderen Teil verlangt.

In gewissen Fällen allerdings tritt eine fremde Macht, das Vormundschaftsgericht, in die Ehe hinein: 1. gegenüber einer Beschränkung oder Ausschließung der Schlüsselgewalt kann die Frau das Vormundschaftsgericht anrufen (§ 1357); 2. der Ehemann darf ein (ohne seine Zustimmung) abgeschlossenes Dienstverhältnis der Frau kündigen, aber nur mit Ermächtigung des Vormundschaftsgerichts, und nur dann, wenn bei Abschluß des Dienstverhältnisses nicht das Vormundschaftsgericht die Zustimmung des Mannes ersetzt hat (§ 1358 B.G.B., § 53 G.f.G.).

§ 95. In der Ehescheidungslehre steht das Gesetz noch auf dem Stande, daß die Ehe ein nicht durch die Übereinstimmung beider Teile lösbares Institut ist, daß also die Lösung nur von besonderen, nicht in das Ermessen der Ehegatten gestellten Umständen abhängt. Dies ist das Ergebnis einer langen Entwicklung. In der antiken Welt war

[1] Kann er verlangen, daß sich die Frau in eine Heilanstalt begibt? Das R.G. hat dies (14. April 1901 Recht VI S. 350) bejaht; allein dies ist nur im Fall dringendster Not gerechtfertigt, weil sonst sicher Mißbrauch des Mannesrechtes vorliegt.

die Ehe entweder von Mann oder Frau oder wenigstens vom Manne beliebig lösbar gewesen, und daß sie durch den gemeinsamen Willen der Ehegatten zu lösen sei, daran bestand kein Zweifel. Auch in der christlichen Zeit ist daran zunächst nichts Wesentliches geändert worden, wenn man auch allmählich gegen eine nicht durch genügende Gründe motivierte Lösung Strafen feststellte. Das ist durch den Einfluß der Kirche anders geworden. Zuerst trat die Idee in Kraft, daß die Ehe gar nicht lösbar sei, und sodann ließ man allmählich seit der protestantischen Zeit Lösungen aus bestimmten Gründen zu, vor allem wegen Ehebruchs, vielfach auch wegen böswilligen Verlassens, endlich auch wegen Sävitien, d. h. schwerer persönlicher Unbill. Manche Gesetze machten daneben den Versuch, eine Lösung auch durch gemeinsame Übereinstimmung beider Ehegatten zu ermöglichen; doch hat sich dies nirgends recht eingebürgert. Namentlich kamen im französischen Rechte zwar immer noch Fälle vor, wo beide Teile die Trennungserklärung abgaben, doch ist solches so wenig geübt worden, daß man es im neuen französischen Rechte aufgegeben hat. Die naturrechtliche Auffassung des Preuß. Land-R. kann als schwerer Irrtum außer Betracht bleiben.

So war für unser Gesetz nur noch die Frage übrig, ob eine Lösung nicht auch wegen schwerer Erkrankung oder Geisteszerrüttung verlangt werden könne. Das ist aber nur in ganz besonderen Fällen zu befürworten; denn die Ehe soll eine gegenseitige Hingabe sein auch für Zeiten des Unglücks und auch für Zeiten des allerschwersten persönlichen Unheils, der Krankheit und des Geisteszerfalls. Wo immer die Verhältnisse so angetan sind, daß der eine Ehegatte dem anderen noch helfen und Segen und Trost bieten kann, ist die Lösung der Ehe eine Grausamkeit und dem Wesen des Eheinstituts vollkommen widersprechend; und wenn man hiergegen praktische Gründe angeführt hat, wie z. B. Interessen des Geschäfts, so muß bemerkt werden, daß der Mensch nicht bloß wegen der Wirtschaft auf der Erde ist. Nur wenn die Geisteszerrüttung einen solchen Grad erreicht hat, daß eine vollständige Lösung der Kräfte den vernunftgemäßen Zusammenhang mit der Welt und damit selbst mit dem Ehegatten abschneidet, so daß der Kranke, völlig vertiert oder stumpfsinnig, eine geistige Gemeinschaft nimmer erfassen kann, so daß es sich nur noch darum handelt, ihn am Leben zu erhalten und in seinen animalischen Funktionen zu unterstützen, nur dann ist eine Ehelösung innerlich gerechtfertigt.

Im allgemeinen hat das B.G.B. sich auf diesen Standpunkt gestellt: die radikale Forderung, die Ehe ohne weiteres beiderseitig als lösbar zu erklären, hat man verworfen, und mit Recht. Die „freie" Ehe verlangt eine Idealität, die selten ist, und das Bewußtsein, nicht frei schalten zu können, führt den Menschen zu einer größeren Hingabe und zügelt die Leidenschaften. Diese heilsame Zucht kann der Mensch, wenigstens im Stadium unserer Kultur, nicht entbehren, und wo immer man bisher eine Ehelösung mit gemeinsamer Übereinstimmung gestattet hat, hat man sie mit so viel Schwierigkeiten umgeben, daß sie, wie bereits bemerkt, sich nicht einbürgern konnte. Der Gedanke ist, daß die Ehe regelmäßig nur dann zu lösen ist, wenn von seiten eines Ehegatten eine schwere Schuld vorliegt, welche eine so vollständige Trennung des Gemütslebens und eine so überwiegende Entzweiung der Personen bewirkt, daß der Fortbestand der Ehe mit den Erfordernissen der ehelichen Gemeinsamkeit in Widerspruch stünde: dann und nur dann soll eine Lösung stattfinden[1]. So nimmt denn das B.G.B. die Lösungsmöglichkeit an im Falle des Ehebruchs, im Falle der böslichen Verlassung und in allen den Fällen, wo eine so schwere Unbill vorliegt, daß ein Zusammenleben nur noch äußerlich wäre und der Gemütszusammenhang für immer abgeschnitten erscheint. Dieser letztere Lösungsgrund ist derjenige, der eine Fortbildung zuläßt, und der es ermöglicht, daß Gesetzgeber und Richter sich der fortschreitenden Verfeinerung des Gemütszustands der Menschen anpassen; denn in Zeiten einer gewissen Derbheit kann vieles hingehen, was ein gebildetes, empfindendes Gemüt nicht mehr ertragen kann; insbesondere kann auch das sittliche Verhalten

[1] Über die in Italien gegenwärtig lebhaft bestrittene Lösbarkeit der Ehe vgl. Teresa Labriola, Del divorzio, discussione etica (Roma 1901).

zur Mitwelt einen schweren Bruch herbeiführen, sofern ein Ehegatte irgend etwas begangen hat, was nach den maßgebenden ethischen Begriffen schwer gegen die Ehre und gegen die Gebote ehrbaren Handelns verstößt. Je sensitiver eine Bevölkerung und namentlich eine Bevölkerungsschicht ist, um so mehr wird hier ein Lösungsgrund oder ein Lösungsbedürfnis angenommen werden können; darum wird in Zukunft dieser Ehescheidungsgrund mehr in Betracht kommen als das bösliche Verlassen, auf das man früher den größten Wert gelegt hat, weil die sog. Desertion eine so lange Zwischenzeit verlangt, wie man sie heutzutage bei unserem Bedürfnis baldiger Regelung der Verhältnisse nicht mehr brauchen kann. Namentlich kann auch der Fall der schuldhaften geschlechtlichen Ansteckung als schwere Unbill in Betracht kommen, auch dann, wenn solche auf sonstige Laster, nicht auf Ehebruch, zurückzuführen ist. So ist der § 1568 B.G.B. derjenige, der in der Zukunft unsere Lehre beherrschen wird[1].

Was aber die Geisteskrankheit betrifft, so hat das B.G.B. der obigen Erwägungen möglichst entsprochen. Es verlangt (ähnlich dem badischen Recht) eine mindestens dreijährige, als unheilbar erklärte Geisteskrankheit, die eine solche Gestaltung angenommen hat, daß eine geistige Gemeinschaft unter den Ehegatten nicht mehr möglich ist (also einen geistigen Tod)[2].

2. Ehegüterrecht.

§ 96. Die ehelichen Güterverhältnisse sind bei den Völkern in der verschiedensten Weise geordnet. Begreiflicherweise gingen auch die germanischen Stämme durch eine Entwicklung hindurch, wonach alles Vermögen, auch das der Frau, in das Familienvermögen und dadurch mehr oder minder in die Verfügung des Ehemannes gelangt. Eine spätere Bildung führte zu demjenigen, was man eheliche Gütergemeinschaft heißt. Sie ist nicht etwa eine Eigenheit germanischer Völker, sondern ist namentlich bei den Kelten in Übung gewesen und findet sich auch bei asiatischen Stämmen. Hier wird das Vermögen zwar auch eine Einheit, aber die Einheit steht nicht mehr dem Ehemann allein zu, sondern den beiden Ehegatten zusammen. Doch entringt sich auch hier erst allmählich das Vermögen der Herrschaft des Mannes. Lange Zeit wird die Gütergemeinschaft so aufgefaßt, daß der Mann während der Ehe der einzig Berechtigte sei und erst bei Lösung der Ehe, dann aber von selbst, eine Gemeinschaft der Güter eintrete, welche Gemeinschaft auch durch letztwillige Verfügung des Mannes nicht angetastet werden könne. Bei diesem System hat natürlich der Ehemann während der Ehe die allerfreieste Verfügung über das Gemeinschaftsvermögen, und es haftet den Gläubigern des Ehemannes ganz wie sein eigenes[3]. Umgekehrt besteht auch kein Unterschied zwischen Gemeinschaftsschulden und Schulden des Ehemannes.

Man hat diese Auffassung der Gütergemeinschaft aufgegeben[4], aber in einer Reihe von Folgeerscheinungen wirkt die ursprüngliche Idee nach. Heutzutage nimmt man an, daß die Ehefrau schon während der Ehe Miteigentümerin ist, daß aber das Miteigentum seine besondere Gestalt hat, daß insbesondere kein Teil sein Miteigentum veräußern kann, und daß auch nicht die Gläubiger eines Ehegatten dieses Miteigentum mit Beschlag belegen können. Dies führt natürlich zu einiger Beschränkung in dem Rechte des Ehemannes und

---

[1] Vgl. auch die Entscheidungen in Scherers Drittem Jahr S. 363 f.

[2] Vgl. O.L.G. Köln 23. März 1901 Mugdan II S. 326.

[3] Verfügungen von Todes wegen unterlagen schon von alters her gewissen Beschränkungen; man verlangte bald unbedingt die Zustimmung der Frau, bald mindestens dann, wenn der Verfügende nicht mehr im Vollbesitz seiner Kräfte war; so beispielsweise in Nürnberg im 13. und 14. Jahrhundert (Bader, Nürnberger Polizeiverordnungen S. 17 f.).

[4] Sie war besonders die Auffassung des mittelalterlichen französischen Rechts, vgl. Art. 225 Cout. de Paris und die reiche Literatur und Parallelstellen, die in Ferrière, Corps et compilation de tous les commentateurs sur la coutume de Paris (2 Ed. 1714) III p. 230, 231 erwähnt sind.

zu einem Hervortreten der Frau bei der Verwaltung der Gemeinschaft, namentlich wenn der Mann daran verhindert ist.

Über die größere oder geringere Nützlichkeit der Gütergemeinschaft ist viel gestritten worden. Sie empfiehlt sich einesteils durch die Anpassung an den Gedanken der ehelichen Gemeinschaft, welche nicht bei den Personen stehen bleibt und auch das Vermögen ergreift; sie führt zu dem Erfolg, daß die Ehegatten gleich reich sind, daß sie allen Erwerb und allen Verlust miteinander teilen, daß insbesondere neben dem mehr produktiven Erwerb des Mannes die weniger produktive, aber doch sehr bedeutsame, erhaltende, anregende, fördernde Tätigkeit der Frau mit zur Geltung kommt. Vgl. Einführung S. 92.

Anderseits hat das System große Nachteile. Es liefert die Frau und ihren Erwerb mehr oder minder dem Manne aus, denn man muß ihm, soll nicht der ganze Nerv des Vermögens fehlen, eine mehr oder minder starke Verfügungsgewalt geben[1]. So kommt es, daß ein habsüchtiger, rücksichtsloser Mann der Frau alles entzieht, nicht nur, was an Gemeinschaftsvermögen vorhanden ist, sondern auch, was sie weiter erwirbt; denn auch das fällt in die Gemeinschaft. Dazu kommt, daß man die Haftung des Gemeinschaftsvermögens für die Schulden des Mannes nicht umgehen kann. Darin liegt aber eine starke Gefahr: die Frau ist den Gläubigern des Mannes auf Gnade und Ungnade preisgegeben, und wenn der Mann in Konkurs kommt, so ist ihre ganze Habe dahin. Aber auch für den Mann hat wenigstens die allgemeine Gütergemeinschaft ihre großen Gefahren; denn, hat die Frau bedeutende Schulden, so übernimmt der Mann mit ihrem Vermögen auch ihre, vielleicht die Aktiven zehnfach übersteigenden, Passiven und kann infolgedessen am Tage nach der Ehe ein Bettler sein.

Dies zeigt die großen Nachteile des Gütergemeinschaftssystems und spricht gegen seine Zweckmäßigkeit. Es weist einen Idealismus auf, der sich an den Umständen des Lebens bricht; wenigstens, wenn wir nicht sehr einfache, sondern verwickelte Verhältnisse mit mehr oder minder großem Risiko ins Auge fassen. Übrigens gelten diese Schattenseiten in vollem Maße nur von der allgemeinen Gütergemeinschaft und mehr oder minder auch von der Fahrnisgemeinschaft. Die Errungenschaftsgemeinschaft ist weniger bedenklich: hier fällt das vorhandene Vermögen nicht in die Gemeinschaft, sondern nur der Erwerb, und es ist daher nicht zu befürchten, daß man durch die vorehelichen Schulden der Ehefrau zum Bettler wird. Anderseits tritt der große Vorteil der Frau, daß sie an dem Erwerb des Mannes unbeschränkt teilnimmt, hier ganz besonders hervor. Nicht selten schließen die Ehegatten die Ehe ohne erhebliches Vermögen und kommen später zu reichlichem Erwerb: an diesem ist gemeinhin der Mann durch seine Erwerbstätigkeit in erster Linie beteiligt, aber auch die Frau hat durch Sparsamkeit, Wirtschaft und dadurch, daß sie den Ehemann stets erwerbsfähig erhielt, große Verdienste; eine Teilung des Erwerbs zu halb und halb ist darum nicht ungerecht. Manche orientalische Völker haben auch eine Teilung zu zwei Dritteln und einem Drittel, was ja auch der Sachlage entsprechen könnte. Dagegen bleibt hier immer der große Mißstand, daß der gemeinsame Erwerb für die Schulden des Mannes haftet. Dies ist weniger von Bedeutung, wenn die Frau nicht selbst ein Erwerbsgeschäft betreibt. Ist sie aber selbst Erwerbstreibende, dann hat sie zu gewärtigen, daß alles, was sie mit Mühe erspart und errungen hat, den Gläubigern des Mannes mit aufgeopfert wird.

So weit die Gütergemeinschaft. Ein anderes System hat sich in manchen Teilen

---

[1] Das B.G.B. hat die Verfügungsmacht des Mannes allerdings dadurch beschränkt, daß er zur Verfügung über Grundstücke und zu Schenkungen der Einwilligung der Frau bedarf (§ 1445 f.). Eine solche Verfügung liegt aber nicht vor, wenn er ein Grundstück erwirbt und es mit dem Kaufpreis belastet, denn beides muß wirtschaftlich als eine Einheit gelten; so Kammergericht 11. März 1901 Mugdan II S. 359; so L.G. Metz 1. Sept. 1900, 15. Nov. 1900, 25. Febr. 1901, Ztschr. f. Elsaß-Lothr. XXVI S. 158, 165, 348; unrichtig Oberstes L.G. München 22. Febr. 1901 Mugdan II S. 361. Andere Entsch. bei Scherer, Zweites Jahr, S. 222, Drittes Jahr, S. 356, wo mit Recht auf die Rechtsähnlichkeit der Prokuristenvollmacht (O.L.G. Dresden 29. Juni 1885 Busch 47 S. 62) hingewiesen wird. Die Zustimmung der Frau kann allerdings durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden, wenn die ordnungsgemäße Verwaltung die Verfügung erheischt; vgl. Kammergericht 30. Dezember 1901 Mugdan IV S. 346, 9. August 1901, ebenda IV S. 406.

Deutschlands mit scharfer Folgerichtigkeit entwickelt; es ist aber auch sonst im Leben der Völker viel verbreitet. Ebenso wie das Vermögen der Kinder in die elterliche Nutznießung kommt, so läßt man das Vermögen der Ehefrau in die Verfügungsnutznießung des Mannes gelangen. Dadurch wird eine gewisse Einheit des Hausvermögens gewahrt; und da der Ehemann die Einkünfte und Nutzungen des Vermögens der Frau hat, so ist ihm damit zugleich ein gewisser Gegenwert gegeben für die auf ihm lastenden Verpflichtungen der Ehe.

Dieses System hat seinerzeit das Preußische Landrecht angenommen und nun auch das B.G.B. Es ist das gesetzliche System in Deutschland geworden und wird wohl noch eine große Reihe von Jahren unsere deutsche Welt beherrschen. Man hatte allerdings vorgeschlagen, kein einheitliches gesetzliches System einzuführen, sondern nach Örtlichkeiten das eine oder das andere System walten zu lassen und hierbei die bisher üblichen Gewohnheiten und Gesetze zu berücksichtigen. Mit Recht hat man ein derartiges Verfahren fast allgemein zurückgewiesen; denn daß die einzelnen Örtlichkeiten durch das neue Gesetz in ihrer Ruhe und Bequemlichkeit belassen werden, ist kein so großes Interesse, daß dadurch die Rechtsverschiedenheit mit allen ihren schweren Verwicklungen und all ihrem trennenden Charakter, mit allen ihren politischen Nachteilen aufgewogen würde. Man hat darum, wie seinerzeit im französischen Recht (wo ebenfalls die größten Verschiedenheiten bestanden), ein System als das gesetzliche aufgestellt, es aber den Ehegatten gestattet, im Ehevertrag (der in öffentlicher Urkunde errichtet werden muß) ein anderes System zu wählen, insbesondere das System der Gütertrennung oder ein System der Gütergemeinschaft, und man ist um so liberaler gewesen, als man den Ehevertrag nicht nur vor, sondern auch während der Ehe zugelassen hat, § 1432 ff.

Dem System der ehemännlichen Nutznießung entspricht ein eingebrachtes Vermögen der Frau. Während aber das älteste Recht das Frauenvermögen ausnahmslos der Herrschaft des Mannes unterwarf, hat das spätere Recht die Möglichkeit gegeben, daß einiges Vermögen oder eine ganze Vermögensmasse der Frau eine andere Behandlung erfährt, daß die Frau einiges Vermögen ganz allein für sich hat und dieses nicht der Nutznießung des Mannes untersteht. Dazu gehört vor allem der Arbeitserwerb der Frau während der Ehe: es ist eine Neuerung des modernen, namentlich des englischen Rechts[1], daß man den Erwerb der Frau mit ihrer Person untrennbar verbunden und der ehemännlichen Herrschaft gänzlich entzogen hat, ein System, das allerdings nur hier, nicht bei der Gütergemeinschaft, durchgedrungen ist. Dieser Erwerb wird sog. Vorbehaltgut (§ 1367 B.G.B.); aber auch noch anderes Vermögen kann Vorbehalt sein, kraft ausdrücklicher Vereinbarung im Ehevertrag, oder wenn etwas der Frau mit der Bestimmung zugewandt wird, daß es nicht in die ehemännliche Nutznießung fallen soll. Natürlich kann dieses Vorbehaltgut eine ganze Vermögensmasse bilden und bildet sie dann mit der Folge, daß, wenn Stücke veräußert und dafür neue Erwerbungen gemacht werden, diese an Stelle des Veräußerten treten und ebenfalls Vorbehaltgut werden. Dasselbe gilt aber auch, wenn eine einzelne Sache Vorbehaltgut ist und auf solche Weise dem eingebrachten Gut als Ausnahme entgegentritt.

Die ehemännliche Nutznießung ist, ebenso wie die Nutznießung des Vaters, nicht als Nießbrauch zu bezeichnen. Sie gibt allerdings auch ein Genuß- und Fruchtziehungsrecht, aber ein Recht eigener Art, ein Recht, das völlig verknüpft ist mit der ehemännlichen Stellung, das dazu dienen soll, dem Ehemann Mittel für Erfüllung der ehelichen Lasten zu gewähren, und das darum weder veräußerlich noch zugreifbar ist. Anderseits ist das Recht des Mannes gesteigert. Es ist nicht eine einfache Nutznießung, sondern eine Dispositionsnutznießung, Verfügungsnutznießung, eine Nutznießung, welche dem Ehemann nach gewisser Richtung hin die Befugnis gibt, Vermögensstücke des eingebrachten Gutes zu veräußern. Diese Veräußerung aber ist durchaus nichts, was der Nutznießung als etwas Fremdes gegenübersteht: es ist völlig verkehrt, von einem System der Nutznießung und Verwaltung in der Art zu sprechen, als wenn die Verwaltung etwas

[1] Bahnbrechend war das bekannte Gesetz v. 1870, 33. 34 Vict. c. 93.

von der Nutznießung Verschiedenes wäre und die verwaltenden Veräußerungen auf einem neuen selbständigen Recht beruhten oder gar nicht einmal ein dingliches Recht darstellten. Die Verwaltung geschieht nicht im Namen der Ehefrau und ebensowenig die Veräußerung: sie geschieht durch den Ehemann in eigenem Namen. In der Tat ist das ganze Recht nur eines, es ist ein Recht, das in sich vollkommen zusammenhängt, gemeinsame Zwecke verfolgt und vom Ehemann im eigenen Namen ausgeübt wird; ein Recht, das dem Ehemann eine Vermögensmasse überantworten soll, damit es ihm leichter möglich wird, den Verbindlichkeiten der Ehe nachzukommen; ein Recht, das klagend und einredend geltend gemacht werden kann[1].

Das Preußische Landrecht (II 1 § 247) gab dem Ehemann eine durchgreifende Verfügungsgewalt über die beweglichen Vermögensgegenstände des eingebrachten Gutes, so daß er nur in Bezug auf unbewegliches Vermögen an dem Rechte der Frau auf Widerstand stieß. Das B.G.B. geht nicht so weit; der Ehemann hat nur ein sehr beschränktes Veräußerungsrecht: er kann regelmäßig nur verbrauchbare Sachen der Frau veräußern, insbesondere auch Geld; außerdem kann er regelrecht nur in der Art veräußern, daß er Verbindlichkeiten der Frau erfüllt, daß er einem Gläubiger solche im eingebrachten Vermögen liegenden Gegenstände hingibt, welche nach Maßgabe der gegen die Frau bestehenden Forderung die richtigen Zahlungsmittel sind. Außerdem gibt das B.G.B. dem Mann noch ein Prozeßführungsrecht, sowohl was die Aktiv- als auch was die Passivprozesse betrifft, und zwar führt er die Prozesse nicht etwa in Bezug auf seine Nutznießung, sondern auch in Bezug auf das Eigentum der Frau; aber nicht im Namen der Frau, sondern als Prozeßstandschafter im eigenen Namen. Man sollte annehmen, daß durch diese Prozesse die Frau gebunden werde, und daß die Entscheidung in vollem Maße auch ihr gegenüber gelte. Das hat das Gesetz allerdings nicht bestimmt: die Frau soll eine solche Entscheidung von sich ablehnen und von sich aus die Frage im neuen Prozeß aufwerfen können. Dies ist eine wenig empfehlenswerte Gestaltung; doch kann der Nachteil dadurch umgangen werden, daß der Gegner die Frau in den Prozeß hineinzieht (ihr den Streit verkündet), wodurch die Kraft der richterlichen Entscheidung auch auf sie ausgedehnt wird (§§ 1376 f., 1380 B.G.B.).

Im übrigen sind die Vermögensmassen vollkommen getrennt, und somit haftet das Vermögen der Frau nicht für die Schulden des Mannes. Man möchte hiernach annehmen, daß die Frau immerhin über das sog. nackte Eigentum des eingebrachten Gutes verfügen könnte, was bedeutsam wäre, da sich sicher Personen finden dürften, welche ein derartiges Vermögen auf den zukünftigen Erwerb hin „diskontierten". Das B.G.B. aber hat hier eingegriffen: es gibt dies nicht zu, es wären dies Geschäfte wilder Spekulation, die keinen ernsten Verkehrscharakter an sich tragen könnten und der Ehefrau, die nicht auf so lange hinaus denken möchte, sehr leicht gefährlich würden. Das Gesetz bestimmt daher, daß die Frau mit einem Veräußerungsverbot auch in Bezug auf das nackte Eigentum belastet ist; und daraus ergibt sich ferner, daß, wenn die Frau während der Ehe Rechtsgeschäfte abschließt, ihre Gläubiger nicht auf das eingebrachte Gut greifen können, weder, soweit es in der Nutznießung des Mannes steht, weil hierdurch das Recht des Mannes verletzt würde, noch auch, was das nackte Eigentum betrifft, weil sie in dieser Beziehung kein Verfügungsrecht hat; es müßte denn der Mann zu solchen Geschäften seine Zustimmung gegeben oder das Vormundschaftsgericht diese Zustimmung ersetzt haben (§§ 1395 ff., 1411 ff. B.G.B.).

§ 97. Die Gütergemeinschaft bewirkt nach dem B.G.B., daß gewisse Vermögensmassen ein *Gesamtgut* bilden, welches im Miteigentum beider Ehegatten steht, aber so, daß der Ehemann ein hervorragendes Verwaltungs- und Verfügungsrecht hat: er darf über das Gesamtgut verfügen, nur nicht schenkweise und nicht über unbewegliches Gut

[1] Es ist also die Rechtsform der Verfügungsnutznießung, die ich zuerst als Dispositionsnießbrauch dargelegt und konstruiert habe (Jahrb. f. Dogmat. XXIV S. 187 f.). Bezüglich des B.G.B. vgl. vortrefflich *Schilling*, Arch. f. bürgerl. R. XIX S. 312 f.

(§§ 1444 ff. B.G.B. oben S. 717). Die Frau darf nur ausnahmsweise Verfügungshandlungen vornehmen, so bei Verhinderung des Mannes, so ferner im Falle ihres eigenen dringenden Interesses mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (§§ 1450 f. B.G.B.). Hiernach ist der alte Standpunkt, wonach der Ehemann während der Ehe allein Eigentümer sei, verlassen; aber noch im B.G.B. findet sich folgender Ausfluß dieses Gedankens: die Gesamtgutschulden sind immer auch Schulden des Ehemannes, und die Schulden des Ehemannes sind immer Gesamtgutschulden (§ 1459 B.G.B.), woraus weiter folgt, daß, wenn der Ehemann in Konkurs fällt, das Gesamtgut mit in den Konkurs gezogen wird (§ 2 K.O.). Was dagegen die Schulden der Ehefrau betrifft, so sind die Schulden aus Rechtsgeschäften der Frau während der Ehe keine Gesamtgutschulden; denn wäre dies der Fall, so wäre die Frau mittelbar in der Lage, über das Gesamtgut zu verfügen, was nicht sein soll. Dagegen Schulden der Ehefrau aus anderen Rechtsgründen, namentlich auch aus unerlaubten Handlungen, belasten das Gesamtgut; dies gilt bei allen Gütergemeinschaften, mit Ausnahme der Errungenschaftsgemeinschaft (§§ 1459 ff., 1530 ff., 1549 B.G.B.); denn während bei der Errungenschaftsgemeinschaft die Frau gewöhnlich beträchtliches anderweitiges Vermögen hat, an welches sich der Verletzte halten kann, ist dies bei den anderen Gemeinschaften, namentlich bei der allgemeinen Gütergemeinschaft, nicht der Fall, und es ist daher angemessen, daß das Gesamtgut für ihre Vergehungen aufkommt.

Neben dem Gesamtgut kann es *eingebrachtes* Gut des Mannes oder der Frau geben, von welchem der Grundsatz gilt, daß der Ehemann die Verwaltung und Nutzung hat, aber nicht für sich, sondern für das Gesamtgut. Aber auch *Vorbehaltsgut* ist möglich, welches vollkommen im unbeschränkten Eigentum des Ehegatten steht; Vorbehaltsgut der Frau gibt es bei allen Güterssystemen; dagegen ist Vorbehaltsgut des Mannes zwar bei der allgemeinen Gütergemeinschaft möglich, nicht aber bei der Errungenschafts- und Fahrnisgemeinschaft (§§ 1440 f., 1526, 1555 B.G.B.).

Im übrigen unterscheidet das B.G.B. *allgemeine*, *Errungenschafts-* und *Fahrnisgemeinschaft* in folgender Weise: bei der *allgemeinen* Gütergemeinschaft wird das voreheliche Vermögen und alles eheliche Gut Gesamtgut. Es entsteht also eine Gesamtnachfolge, und zwar entsteht sie von selbst durch die Ehe, nicht nur in Bezug auf das bewegliche, sondern auch in Bezug auf das unbewegliche Vermögen, jedoch so, daß jeder Ehegatte vom andern verlangen kann, daß er zur Berichtigung des Grundbuchs mitwirkt (§ 1438 B.G.B., § 22 Grundb.O.). Daher gehen auch alle vorehelichen Schulden beider Ehegatten in das Gesamtgut über, und zwar vollständig, nicht etwa bloß den Gläubigern gegenüber, sondern so, daß auch die Ehegatten gegenseitig diese Belastung anzuerkennen haben und eine Ausgleichung nicht stattfindet: wer dem Ehegatten traut, der traut seinen Schulden. Allerdings schließt dieser Übergang der Schulden nicht aus, daß der Schuldner außerdem persönlich Schuldner bleibt, solange ihn der Gläubiger nicht befreit. Bei der *Errungenschafts*gemeinschaft dagegen bleibt das voreheliche Vermögen dem Gesamtgut fern: in dieses fällt nur die Errungenschaft, d. h. der Erwerb während der Ehe; dazu gehören aber nicht die Erbschaften, die während der Ehe anfallen, auch nicht Schenkungen während der Ehe, nicht Ausstattungen, nicht, was mit Rücksicht auf eine künftige Erbschaft zum voraus gegeben wird[1]. Die *Fahrnisgemeinschaft* steht zwischen beiden; denn hier ist die ganze Errungenschaft gemeinsam wie vorhin; außerdem ist das voreheliche und das später ererbte Vermögen Gesamtgut, aber nur soweit es Fahrnisvermögen, d. h. bewegliches Vermögen ist. Der Gedanke dieses Güterssystems besteht darin, daß bei Fahrnissen eine Vermischung zu einem Gesamtgut viel leichter vor sich geht als bei Liegenschaften. Diese Fahrnisvermischung hat zur Folge, daß auch die vorehelichen Schulden kraft der Gesamtnachfolge in das Gesamtgut fallen, während, was

[1] Auch das literarische Urheberrecht? Es hätte sich wohl verlohnt, mindestens im Autorgesetz dieses in den Ländern der Gütergemeinschaft so viel behandelten Falles zu gedenken. Rationell ist nur die Behandlung, welche das Autorrecht ins eingebrachte Gut verweist, so daß nur die Erträgnisse während der Ehe in das Gesamtgut fallen. Vgl. neuerdings Appelhof Paris 1. Febr. 1900 Sirey 1900 II p. 121 und die dort erwähnten Autoren und Entscheidungen.

die Schulden der anfallenden Erbschaften betrifft, sie zwar auch auf das Gesamtgut übergehen, jedoch findet unter den Ehegatten nachträglich eine Ausgleichung in der Art statt, daß das Ergebnis eintritt, wie wenn bloß so viel Schulden in das Gesamtgut gefallen wären, als dem Verhältnis des beweglichen Erbvermögens zu dem unbeweglichen entspricht (§ 1556 B.G.B.).

Das System der Gütertrennung bietet die einfachsten Verhältnisse: die Ehegatten bleiben einfach Eigentümer ihres Vermögens; der Ehemann hat den ehelichen Aufwand zu tragen, die Frau leistet einen entsprechenden Beitrag, hat aber, wenn ihr und der Kinder Unterhalt nicht genügend gesichert, wenn insbesondere zu befürchten ist, daß der Mann diesen Beitrag bestimmungswidrig anderwärts verwendet, das Recht, den Beitrag in entsprechender Höhe zurückzubehalten und unmittelbar zum Unterhalt zu verwenden (§ 1428 B.G.B.).

Die Gütertrennung kann durch Ehevertrag festgesetzt werden; sie kann auch die Folge dessen sein, daß das gesetzliche Güterverhältnis oder eine der verschiedenen Arten der Gütergemeinschaft während der Ehe gelöst wird; sie tritt auch dann ein, wenn eine geschäftsbeschränkte Frau ohne Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters eine Ehe eingeht (§§ 1364, 1426, 1470, 1549, 1545 B.G.B.[1]). Was aber die Lösung des Güterstems während der Ehe betrifft, so gilt folgendes:

Alle Güterstyeme, welche eine gewisse Vereinigung des Vermögens oder wenigstens gewisse Nutzungsrechte des Mannes herbeiführen, müssen Vorsichtsmaßregeln bieten für den Fall, daß der Ehemann mit seinen Rechten Mißbrauch treibt, oder daß die Verhältnisse des Ehemannes das Vermögen der Frau gefährden. Bei der Gütergemeinschaft können auch die Verhältnisse der Frau den Mann zu einem sichernden Vorgehen veranlassen, wenn sie seine im Gesamtgut liegenden Vermögensinteressen in Frage stellen. Daher kann bei dem System der Verfügungsnutznießung — d. h. bei dem gesetzlichen System — die Frau unter Umständen Sicherheitsleistung verlangen; sie kann aber auch verlangen, daß das ganze Güterstyem aufhört und die Gütertrennung eintritt, aber erst kraft richterlichen Ausspruches; mit anderen Worten, sie kann zwar das Verhältnis kündigen, aber nur so, daß die Kündigung in Gestalt der prozessualischen Klage erfolgt und durch Richterspruch gebilligt wird[2]. Der Grund kann in der schlechten Wirtschaft des Mannes liegen, kann aber auch darin liegen, daß der Mann den Unterhalt verweigert, oder daß er entmündigt wird oder abwesend ist. Von selbst tritt eine Lösung des Güterverhältnisses ein durch Konkurs und durch Todeserklärung des Mannes (§§ 1391, 1418 fl. B.G.B.).

Auch bei der Gütergemeinschaft kann unter Umständen eine richterliche Lösung verlangt werden; auch hier kommen gewisse Mißbräuche in Betracht, eine Entmündigung des Mannes aber nur im Falle der Verschwendungsentmündigung; denn es soll das Unglück, das in der Entmündigung wegen Geisteskrankheit liegt, nicht zum Nachteil des Mannes ausschlagen, der durch eine Aufhebung der Gütergemeinschaft schwere Einbuße erleiden könnte. Einen Hauptgrund der Vermögensabsonderung aber kann der starke Schuldenstand des Mannes bilden. In solchen Fällen ist nicht nur das, was die Ehefrau in die Ehe gebracht hat, und was in das Gesamtgut bereits gefallen ist, gefährdet, sondern auch das, was die Frau künftig noch erwerben wird; denn auch dieses, selbst ihr Arbeitserwerb, würde in das Gesamtgut fallen, weil der englische Grundsatz, daß die Frau Eigentümerin ihres eigenen Erwerbes bleibt, zwar bei dem gesetzlichen Güterstyem, aber nicht bei der Gütergemeinschaft gilt. Übrigens kann hier auch der Ehemann eine richterliche Vermögensabsonderung begehren, wenn infolge der von der Frau auszugleichenden Schulden das Gesamtgut so beschwert ist, daß zu befürchten ist, daß auch der spätere Erwerb des Mannes durch die Schulden hinweggerafft wird (§ 1468 f.).

---

[1] Ebenso wie man unter den Coutumes annahm, daß durch eine „clandestine“ Ehe keine gesetzliche Gütergemeinschaft entstehe.

[2] Eine vorläufige Billigung durch einstweilige Verfügung ist zulässig, O.L.G. Darmstadt 22. Januar 1902, Dresden 10. Juli 1902 Mugdan IV 163, V 140, R.G. 2. Juni 1902 bei Scherer, Drittes Jahr S. 354.

Diese Gründe der Vermögensabsonderung können kraft richterlichen Urteils wirken. Sie gelten bei der allgemeinen Gütergemeinschaft, sie gelten auch bei allen übrigen Arten der Gütergemeinschaft. Bei der Errungenschaftsgemeinschaft ist zu berücksichtigen, daß ein erhebliches eingebrachtes Gut der Frau vorhanden zu sein pflegt, und daß die Gründe, welche bei dem gesetzlichen Güterstem noch in anderen Fällen die Lösung bewirken, auch hier zutreffen, also insbesondere Konkurs und Todeserklärung des Mannes; denn es ist natürlich etwas anderes, ob der Mann ein Gesamtgut verwaltet, oder ob er ein Eigengut der Frau in Verwaltung hat. Daher kann bei diesem System die Frau eine gerichtliche Vermögensabsonderung auch aus den Gründen verlangen, aus welchen sie beim gesetzlichen Güterstem verlangt werden kann, insbesondere also auch wegen jeder Art von Entmündigung; Konkurs und Todeserklärung des Mannes, aber auch Todeserklärung der Frau lösen die Errungenschaftsgemeinschaft von selbst (§ 1542 f.). Dem entspricht auch, daß, sowohl beim gesetzlichen Güterstem als auch bei der Errungenschaftsgemeinschaft, unter Umständen eine Wiederherstellung des aufgehobenen Güterstems verlangt werden kann: so vom Ehemann, wenn die Entmündigung aufhört, so vom Toterklärten, wenn er noch lebt, so bei der Errungenschaftsgemeinschaft von der Frau, wenn die Lösung durch Konkurs des Mannes erfolgt ist; denn in der Folge kann die Errungenschaftsgemeinschaft der Frau doch wieder große Vorteile bieten (§§ 1425, 1547 f. B.G.B.); die Wiederherstellung erfolgt mit Rechtskraft des Urteils.

Die Gütergemeinschaftsverhältnisse bieten im übrigen, namentlich bezüglich des Schuldenstandes, einige Verwicklung, welche sich aber bei Anwendung der richtigen Grundsätze leicht entwirren lassen. Insbesondere kann das Verhältnis gegenüber den Gläubigern und das Verhältnis der Ehegatten unter sich verschieden sein. Möglicherweise können die Gläubiger des einen Ehegatten auf das Gesamtgut greifen, während nachträglich der andere Ehegatte eine Ausgleichung begehren kann, sofern hierdurch etwas aus dem Gesamtgut berichtigt worden ist, was eigentlich dem Sondervermögen jenes Ehegatten obgelegen wäre. Insbesondere gilt dies von Verbindlichkeiten aus unrechter Tat: für diese haftet, wie oben bemerkt, meistens die Gütergemeinschaft; aber der Ehegatte, dem sie zur Last fallen, hat dafür Ausgleich zu geben (§§ 1463, 1536, 1549 B.G.B.). Ebenso haftet bei jeder Gütergemeinschaft das Gesamtgut den Gläubigern für sämtliche Schulden des Mannes, also auch bei der Errungenschaftsgemeinschaft: das Gesamtgut haftet also hier auch für die vorehelichen Schulden des Mannes, während doch diese bei einer Gemeinschaft, welche bloß die eheliche Errungenschaft umfaßt, das Gesamtgut nichts angehen: daher hat der Mann dem Gesamtgut Ersatz zu leisten, sofern dieses etwas bezahlt hat, was auf dem Sondervermögen des Mannes lastete (§ 1536 Z. 1 B.G.B.). Auch in anderen Fällen kann eine solche Ausgleichung nötig werden, namentlich wenn das Sondervermögen des einen Ehegatten aus dem Gesamtgut bereichert worden ist. Ist aus dem Gesamtgut ein gemeinsames Kind ausgestattet worden, so ist dies eine Last, die bestimmungsgemäß auf das Gesamtgut fällt, bezüglich welcher also an sich eine Ausgleichung nicht angezeigt ist. Wenn aber diese Ausstattung eine übermäßige ist, dann ist entsprechende Ausgleichung geboten; dies natürlich auch dann, wenn nicht ein gemeinsames Kind, sondern ein Kind eines Ehegatten früherer Ehe eine Ausstattung bekommen hat (§§ 1465, 1466, 1538, 1549 B.G.B.). Die Ausgleichungen, die ja bald da, bald dort nötig werden können, erfolgen regelrecht erst bei Lösung der Gemeinschaft (§§ 1467, 1541, 1549 B.G.B.); doch gibt es Ausnahmen[1].

Bei Beendigung der Gütergemeinschaft kann Abwicklung und Auseinandersetzung in Bezug auf das Gesamtgut stattfinden. Das Gesamtgut hört an sich noch nicht auf, Gesamtgut zu sein, es ist nunmehr gemeinsames, in der gemeinsamen Verwaltung stehendes Abwicklungsvermögen (§ 1472). Über die Art der Abwicklung können Vereinbarungen getroffen

[1] Die Lehre von den Ausgleichungen (remplois, recompenses) ist namentlich in den französischen coutumes kunstreich ausgestaltet worden: vgl. ausführlich namentlich Valin, Nouveau commentaire sur la coutume de Rochelle II p. 616 f., 620 f.; Ferrière, Corps et compilation de tous les commentateurs sur la coutume de Paris zu Art. 232.

werden. Natürlich handelt es sich besonders darum, aus dem Gesamtgut die Gesamtgutsschulden zu berichtigen und die gegenseitigen Ausgleichungen zu vollziehen. Hierbei kommt in Betracht, daß der Ehegatte trotz der Gesamtrechtsnachfolge, kraft welcher die Schulden in das Gesamtgut gekommen sind, doch noch persönlich für seine eigenen Schulden zu haften hat, da die Gesamtrechtsnachfolge in die Schulden naturgemäß den ursprünglichen Schuldner nicht befreit, falls nicht die Gläubiger mit seiner Befreiung einverstanden sind (S. 720). Ferner kommt in Betracht, daß der Ehemann für die Gesamtgutsschulden persönlich haftet, auch für die von der Frau herrührenden, auch für diejenigen, welche nach den oben angeführten Grundsätzen von der Frau auszugleichen sind; jedoch besteht hier eine Beschränkung: für die von der Frau auszugleichenden Gesamtgutsschulden haftet er persönlich, aber nur während der Gütergemeinschaft, nach Lösung der Gemeinschaft nicht mehr; nach Lösung der Gemeinschaft tritt in dieser Beziehung eine gewisse Schuldlösung ein[1]. Endlich kommt in Betracht, daß zwischen den Ehegatten Ausgleichungsverhältnisse bestehen können. Im übrigen haftet jeder Ehegatte für die bei der Auseinandersetzung nicht berichtigten Gesamtgutsschulden noch so weit, als ihm bei der Teilung Vermögensstücke zufielen; er kann sich aber durch Preisgebung der Vermögensstücke befreien (§§ 1459, 1475 f., 1480 B.G.B.). Von einer persönlichen Haftung der überlebenden Frau für die Gesamtgutsschulden, wie in anderen Rechten, ist keine Rede.

Wird die Ehe geschieden und der eine Ehegatte für den allein schuldigen Teil erklärt, so sind ihm die Vorteile der Gütergemeinschaft möglichst zu entziehen; näheres in § 1478 B.G.B.

Etwas Besonderes gilt bei der allgemeinen Gütergemeinschaft: es soll regelmäßig, wenn Kinder der Ehe vorhanden sind, und die Ehe durch den Tod des einen Ehegatten gelöst wird, eine Fortsetzung der Gütergemeinschaft stattfinden zwischen dem überlebenden Ehegatten und den gemeinschaftlichen Kindern, und zwar in der Art, daß der überlebende Ehegatte, auch wenn es die Frau ist, die Stellung des Ehemannes einnimmt und die Kinder die Stellung des anderen Ehegatten; hierbei fällt übrigens nicht Vermögen und Erwerb der Kinder in die Gemeinschaft, sondern bloß dasjenige, was schon in der Gemeinschaft ist, und was der überlebende Ehegatte weiter erwirbt. Dieses Verhältnis beruht auf eigenartiger deutscher Entwicklung. In manchen, namentlich den fränkischen Ländern kam das Gesamtgut an den überlebenden Ehegatten mit Verfangenschaftsrecht der Kinder, in anderen hat sich die Verfangenschaft bis zu einem Gemeinschaftsrecht der Kinder gestaltet, und so war es auch in französischen Coutumes bis zum Code civil. Dieses etwas altbürgerliche und unmoderne Gemeinschaftsrecht hat das B.G.B. aufgenommen. Es ist hiernach, als wenn der verstorbene Ehegatte noch weiter lebte: er wird von den Kindern erst in dem Augenblick beerbt, wo die Gemeinschaft sich löst, und nach den Erbverhältnissen zu dieser Zeit (§ 1503 B.G.B.). Sie löst sich insbesondere, wenn der überlebende Ehegatte die Gemeinschaft kündigt (durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht oder durch öffentlich beurkundeten Vertrag mit den Abkömmlingen), oder wenn er sich wieder verheiratet, oder wenn die Kinder aus wichtigen Gründen die Lösung verlangen (§§ 1492 ff. B.G.B.).

Die fortgesetzte Gütergemeinschaft belastet die Frau mit den Gesamtgutsschulden persönlich, so wie der Ehemann persönlich belastet war. Dieser Belastung kann sich die Frau aber, soweit sie kraft der fortgesetzten Gütergemeinschaft eintritt, in gleicher Weise wie ein Erbe erwehren: sie hat das Inventarrecht, das Gläubigeraufgebot, und kann (entsprechend der Nachlaßverwaltung und dem Nachlaßkonkurs) Gesamtgutsverwaltung und Gesamtgutskonkurs in Bezug auf dieses Gut verlangen (§ 1489 B.G.B., § 236 K.O.). Außerdem kann der überlebende Ehegatte — hier besonders die Frau — wie der Erbe (innerhalb einer gewöhnlich sechswöchentlichen Frist) das Gesamtgut ausschlagen oder, wie das B.G.B. sagt, die Fortsetzung der Gütergemeinschaft ablehnen (§ 1484 B.G.B.). Der überlebende Ehemann hat diese Vorrechte auch, sie sind aber wegen seiner aus § 1459 hervorgehenden prinzipiellen persönlichen Haftung für ihn von geringerer Bedeutung.

---

[1] Besteht gegen ihn hierwegen ein vollstreckbarer Titel, so hat er daher die Vollstreckungsgegenklage.

§ 98. Die Wahl des Güterſyſtems ſoll öffentlich werden, ſoweit Dritte daran intereſſiert ſind, d. h. ſoweit dieſe ſonſt, ſich auf das geſetzliche Güterſyſtem verlaſſend, die Verfügungsnutznießung des Ehemannes als vorhanden wähnen und mit dem Ehemann entſprechende Rechtsgeſchäfte abſchließen; tun ſie dies in gutem Glauben, ſo ſind die Geſchäfte ebenſo wirkſam, wie wenn dem Ehemann die Verfügung zugeſtanden hätte, es müßte denn das anders geſtaltete Güterſyſtem durch Eintragung im Güterrechtsregiſter veröffentlicht worden ſein. Das gleiche gilt, wenn die Gütertrennung nachträglich eintritt (§§ 1431, 1435, 1426, 1470, 1545, 1549 B.G.B.). Noch mehr: iſt ein Güterſyſtem im Regiſter eingetragen, und wird das Syſtem geändert, ſo muß eine Eintragung auch dann ſtattfinden, wenn die Änderung nach umgekehrter Richtung erfolgt und der Ehemann Verfügungsrechte erwirbt, die Ehefrau Verfügungsrechte verliert, die ſie nach dem eingetragenen Güterſyſtem hatte (§§ 1431, 1435, 1548 B.G.B.). Es handelt ſich alſo auch hier, wie bei dem Erbſchein, um zwei verſchiedene Rechtsordnungen, nämlich um eine beſondere Rechtsordnung für denjenigen, der gutgläubig in den Verkehr tritt auf Grund von Einrichtungen, die den guten Glauben ſchützen ſollen.

3. Eltern- und Kindſchaftsrecht und Muntrecht.

a) Eheliche Kindſchaft.

α) Kennzeichnung dieſes Rechts.

§ 99. Das römiſche Recht verlangte von dem Kind den völligen Familiendienſt: ſeine Perſönlichkeit ging in der Familie unter; was es erwarb, fiel der Familie anheim: ihm war ein jeder Selbſterwerb ausgeſchloſſen. So ſtolz der Römer ſonſt war, — als Familienmitglied war er Knecht; die Dienſtſchaft in der Familie war die Vorſchule der Freiheit. Wer künftig regieren ſollte, mußte vorher dienen lernen. Doch ſchon das frühere Kaiſerrecht hat an dieſer Strenge einiges nachgelaſſen. Die Soldaten im kaiſerlichen Dienſt bekamen gewiſſe Vergünſtigungen, was nötig erſchien, weil ſie eine Geſellſchaft für ſich bildeten, mit Sonderintereſſen und vielfach völlig getrennt von dem Hauſe, dem ſie angehörten. Der Kaiſerdienſt trat vor den Familiendienſt, und in der Verfügung über den Erwerb im Dienſte des Militärſtaates ſollte der Sohn nicht unter dem Vater ſtehen. So hat der Kriegsdienſt des Staatsheeres zuerſt die Bande der väterlichen Gewalt geſprengt. In ſpäterer Zeit trat ein zweites ſprengendes Element ein. Schon ſeit Ende des zweiten Jahrhunderts war das Erbrecht am Muttergut entwickelt, und dies führte allmählich dahin, daß man das Muttergut dem Kind als „Adventivgut“ vorbehielt, ſo daß das Kind daran Eigentümer wurde, und der Hausvater auf die väterliche Nutznießung beſchränkt war. Das juſtinianeiſche Recht hat dem mütterlichen Adventizienrecht alles gleichgeſtellt, was das Kind von auswärts erwarb.

Immerhin aber, auch in dieſen letzten Ausläufern, ging das römiſche Recht von dem Satze aus, daß die Herrſchaft des Vaters über das Kind ſo lange dauere, als der Vater lebt; nur mit ſeinem Willen konnte dieſe Gewalt ſich vorher löſen. Das Kind hatte kein Mittel, eine vorherige Befreiung zu erlangen, der Hausvater dankte nicht von ſeiner Herrſchaft ab. Allerdings konnte das Kind durch die Emanzipation aus der Herrſchaft gelöſt werden; allein dieſe hatte wiederum ſo viele Nachteile, daß ſie ein ſehr kärgliches Geſchenk ſein mochte; Staatsamt, Lebensſtellung, Heirat dagegen, nichts derart konnte das Kind von der väterlichen Gewalt befreien.

Dieſer römiſchen Familienauffaſſung ſetzt das germaniſche Recht eine andere entgegen. Auch hier iſt der Hausvater Vorſtand des Familienvermögens, aber nur Vorſtand, nicht Alleinherr. Das Hausvermögen gehört der Familie und wird allmählich zum Vermögen der einzelnen Familienmitglieder, das durch die Nutznießung des Vaters zuſammengehalten und zuſammengegliedert wurde. Der große Unterſchied iſt aber: das Kind iſt nur ſo lange unter väterlicher Gewalt, als es in Familiengemeinſchaft lebt.

Die Trennung von der „Were" trennt das Kind von der väterlichen Gewalt, allerdings auch von dem Hausvermögen und der Anwartschaft auf das künftige Erbgut. Erst später entwickelte sich der Satz, daß das Kind, wenn die Erbteilung kommt, unter Einwerfung des bei der Abschichtung Erhaltenen, an dem Erbgut teilnehmen kann.

Auf diese Weise aber wurde das Kind von der väterlichen Gewalt gelöst; ja, es konnte die Lösung verlangen, sobald es zur Volljährigkeit gelangt war. Der Hausſohn wurde befreit durch selbständige Lebensstellung, die Tochter durch Verheiratung. So entwickelte sich schon bei Lebzeiten des Vaters neben dem Vaterhaus das Haus des Kindes, gleichsam ein Nebenhaus neben dem Haupthaus, ein zweites Haus mit vermögensrechtlicher Selbständigkeit, und an Stelle der Alleinherrschaft eine Art von föderativem System. Begreiflich ist, daß auf solche Weise die Familie etwas an Zusammenhalt verlor; anderseits ist natürlich dieses System der freien Entwicklung der Persönlichkeit bedeutend förderlicher. Man spricht hier von der emancipatio saxonica oder germanica; sie gehört zu den Grundfesten des deutschen Lebens.

Neuere Gesetze, namentlich auch das französische, welches auf den Traditionen der französischen Revolution beruhte und mächtig gegen das Überherrschen der väterlichen Gewalt eiferte, brachten ein drittes System, das System, daß die väterliche Gewalt mit der Volljährigkeit unter allen Umständen aufhöre. Daneben kann noch die emancipatio germanica bestehen, doch ist sie von geringerer Bedeutung, da die Aufrichtung einer selbständigen Wirtschaft selten vor der Volljährigkeit erfolgt, oder wenn sie erfolgt — wenigstens bei dem Sohn —, meist mit Volljährigkeitserklärung verbunden sein wird. Nur bezüglich der Tochter tritt die Frage hervor, weil diese möglicherweise noch in der Minderjährigkeit verheiratet wird, und es ist daher zu entscheiden, ob trotz der Heirat die väterliche Gewalt noch bis zur Volljährigkeit fortbestehe oder nicht.

Daneben ist noch ein weiterer Gedanke im neuzeitlichen Recht aufgetaucht, der übrigens bei den verschiedensten Völkern sich geltend gemacht hat, nämlich der Gedanke, neben der väterlichen Gewalt eine Gewalt der Mutter, also statt der väterlichen die elterliche Macht zu setzen. Die Idee steht in Verbindung mit der größeren Machtstellung der Mutter in der Familie und mit der Anerkennung des Weibes als einer vollgültigen Persönlichkeit im Verkehrsleben. Im übrigen kann die elterliche Gewalt 1. während Lebzeiten des Vaters dem Vater und der Mutter zugleich zukommen, sie kann aber 2., wenn der Vater stirbt oder wenn in anderer Weise die väterliche Gewalt erlischt, der Mutter allein zustehen, so daß diese an Stelle des Vaters tritt. Dieser Gedanke ist äußerst fruchtbar, er gibt der Stellung der Mutter in der Familie eine erneute Bedeutung. Die Mutter hat nicht nur eine moralische Gewalt, sondern auch eine rechtliche Macht, neben dem Vater zu wirken. Allerdings nimmt auch noch die neuzeitliche Anschauung an (oben S. 714), daß im Widerstreit zwischen beiden Ehegatten der Vater vorgeht; aber in den vielen Fällen, wo ein Widerstreit nicht stattfindet, und namentlich dann, wenn der Vater augenblicklich oder dauernd verhindert ist, tritt die Mutter ein. Und nach dem Tode des Vaters soll die Mutter ähnlich erzieherisch und verwaltend wirken, wie es der Vater getan hat.

Der Grundsatz der elterlichen Gewalt statt der väterlichen war namentlich bereits im französischen Recht entwickelt, und es war auch dies eines der Mittel, um der Übergewalt des Vaters eine Hemmung entgegenzusetzen.

Das deutsche Neuzeitrecht baute auf den Ergebnissen dieser Entwicklung auf; das römische System war definitiv abgetan, es hatte im deutschen Rechtsleben niemals rechten Boden fassen können. Die emancipatio saxonica war von jeher Gemeingut deutschen Lebens gewesen. Die Abscheidung des Kindes von der Were hatte von jeher mit den germanischen Rechtsfolgen stattgefunden, trotz des römischen Rechtes. Lange Zeit behielt man aber 1. die ausschließliche väterliche Gewalt bei, und sodann nahm man 2. an, daß das Kind, solange es nicht aus der Were schied, also insbesondere wenn es nach der Volljährigkeit noch im väterlichen Hause weilte, der väterlichen Gewalt unterliege. Dieses System hatte aber große Schattenseiten. Es konnte insbesondere zu der unredlichen Spekulation führen, eine Verselbständigung des Kindes, namentlich eine Verheiratung der Tochter,

§ 98. Die Wahl des Güterſyſtems ſoll öffentlich werden, ſoweit Dritte daran intereſſiert ſind, d. h. ſoweit dieſe ſonſt, ſich auf das geſetzliche Güterſyſtem verlaſſend, die Verfügungsnutznießung des Ehemannes als vorhanden wähnen und mit dem Ehemann entſprechende Rechtsgeſchäfte abſchließen; tun ſie dies in gutem Glauben, ſo ſind die Geſchäfte ebenſo wirkſam, wie wenn dem Ehemann die Verfügung zugeſtanden hätte, es müßte denn das anders geſtaltete Güterſyſtem durch Eintragung im Güterrechtsregiſter veröffentlicht worden ſein. Das gleiche gilt, wenn die Gütertrennung nachträglich eintritt (§§ 1431, 1435, 1426, 1470, 1545, 1549 B.G.B.). Noch mehr: iſt ein Güterſyſtem im Regiſter eingetragen, und wird das Syſtem geändert, ſo muß eine Eintragung auch dann ſtattfinden, wenn die Änderung nach umgekehrter Richtung erfolgt und der Ehemann Verfügungsrechte erwirbt, die Ehefrau Verfügungsrechte verliert, die ſie nach dem eingetragenen Güterſyſtem hatte (§§ 1431, 1435, 1548 B.G.B.). Es handelt ſich alſo auch hier, wie bei dem Erbſchein, um zwei verſchiedene Rechtsordnungen, nämlich um eine beſondere Rechtsordnung für denjenigen, der gutgläubig in den Verkehr tritt auf Grund von Einrichtungen, die den guten Glauben ſchützen ſollen.

3. Eltern- und Kindſchaftsrecht und Muntrecht.

a) Eheliche Kindſchaft.

α) Kennzeichnung dieſes Rechts.

§ 99. Das römiſche Recht verlangte von dem Kind den völligen Familiendienſt: ſeine Perſönlichkeit ging in der Familie unter; was es erwarb, fiel der Familie anheim: ihm war ein jeder Selbſterwerb ausgeſchloſſen. So ſtolz der Römer ſonſt war, — als Familienmitglied war er Knecht; die Dienſtſchaft in der Familie war die Vorſchule der Freiheit. Wer künftig regieren ſollte, mußte vorher dienen lernen. Doch ſchon das frühere Kaiſerrecht hat an dieſer Strenge einiges nachgelaſſen. Die Soldaten im kaiſerlichen Dienſt bekamen gewiſſe Vergünſtigungen, was nötig erſchien, weil ſie eine Geſellſchaft für ſich bildeten, mit Sonderintereſſen und vielfach völlig getrennt von dem Hauſe, dem ſie angehörten. Der Kaiſerdienſt trat vor den Familiendienſt, und in der Verfügung über den Erwerb im Dienſte des Militärſtaates ſollte der Sohn nicht unter dem Vater ſtehen. So hat der Kriegsdienſt des Staatsheeres zuerſt die Bande der väterlichen Gewalt geſprengt. In ſpäterer Zeit trat ein zweites ſprengendes Element ein. Schon ſeit Ende des zweiten Jahrhunderts war das Erbrecht am Muttergut entwickelt, und dies führte allmählich dahin, daß man das Muttergut dem Kind als „Adventivgut" vorbehielt, ſo daß das Kind daran Eigentümer wurde, und der Hausvater auf die väterliche Nutznießung beſchränkt war. Das juſtinianeiſche Recht hat dem mütterlichen Adventizienrecht alles gleichgeſtellt, was das Kind von auswärts erwarb.

Immerhin aber, auch in dieſen letzten Ausläufern, ging das römiſche Recht von dem Satze aus, daß die Herrſchaft des Vaters über das Kind ſo lange dauere, als der Vater lebt; nur mit ſeinem Willen konnte dieſe Gewalt ſich vorher löſen. Das Kind hatte kein Mittel, eine vorherige Befreiung zu erlangen, der Hausvater dankte nicht von ſeiner Herrſchaft ab. Allerdings konnte das Kind durch die Emanzipation aus der Herrſchaft gelöſt werden; allein dieſe hatte wiederum ſo viele Nachteile, daß ſie ein ſehr kärgliches Geſchenk ſein mochte; Staatsamt, Lebensſtellung, Heirat dagegen, nichts derart konnte das Kind von der väterlichen Gewalt befreien.

Dieſer römiſchen Familienauffaſſung ſetzt das germaniſche Recht eine andere entgegen. Auch hier iſt der Hausvater Vorſtand des Familienvermögens, aber nur Vorſtand, nicht Alleinherr. Das Hausvermögen gehört der Familie und wird allmählich zum Vermögen der einzelnen Familienmitglieder, das durch die Nutznießung des Vaters zuſammengehalten und zuſammengegliedert wurde. Der große Unterſchied iſt aber: das Kind iſt nur ſo lange unter väterlicher Gewalt, als es in Familiengemeinſchaft lebt.

Die Trennung von der „Were" trennt das Kind von der väterlichen Gewalt, allerdings auch von dem Hausvermögen und der Anwartschaft auf das künftige Erbgut. Erst später entwickelte sich der Satz, daß das Kind, wenn die Erbteilung kommt, unter Einwerfung des bei der Abschichtung Erhaltenen, an dem Erbgut teilnehmen kann.

Auf diese Weise aber wurde das Kind von der väterlichen Gewalt gelöst; ja, es konnte die Lösung verlangen, sobald es zur Volljährigkeit gelangt war. Der Hausſohn wurde befreit durch selbständige Lebensstellung, die Tochter durch Verheiratung. So entwickelte sich schon bei Lebzeiten des Vaters neben dem Vaterhaus das Haus des Kindes, gleichsam ein Nebenhaus neben dem Haupthaus, ein zweites Haus mit vermögensrechtlicher Selbständigkeit, und an Stelle der Alleinherrschaft eine Art von föderativem System. Begreiflich ist, daß auf solche Weise die Familie etwas an Zusammenhalt verlor; anderseits ist natürlich dieses System der freien Entwicklung der Persönlichkeit bedeutend förderlicher. Man spricht hier von der emancipatio saxonica oder germanica; sie gehört zu den Grundfesten des deutschen Lebens.

Neuere Gesetze, namentlich auch das französische, welches auf den Traditionen der französischen Revolution beruhte und mächtig gegen das Überherrschen der väterlichen Gewalt eiferte, brachten ein drittes System, das System, daß die väterliche Gewalt mit der Volljährigkeit unter allen Umständen aufhöre. Daneben kann noch die emancipatio germanica bestehen, doch ist sie von geringerer Bedeutung, da die Aufrichtung einer selbständigen Wirtschaft selten vor der Volljährigkeit erfolgt, oder wenn sie erfolgt — wenigstens bei dem Sohn —, meist mit Volljährigkeitserklärung verbunden sein wird. Nur bezüglich der Tochter tritt die Frage hervor, weil diese möglicherweise noch in der Minderjährigkeit verheiratet wird, und es ist daher zu entscheiden, ob trotz der Heirat die väterliche Gewalt noch bis zur Volljährigkeit fortbestehe oder nicht.

Daneben ist noch ein weiterer Gedanke im neuzeitlichen Recht aufgetaucht, der übrigens bei den verschiedensten Völkern sich geltend gemacht hat, nämlich der Gedanke, neben der väterlichen Gewalt eine Gewalt der Mutter, also statt der väterlichen die elterliche Macht zu setzen. Die Idee steht in Verbindung mit der größeren Machtstellung der Mutter in der Familie und mit der Anerkennung des Weibes als einer vollgültigen Persönlichkeit im Verkehrsleben. Im übrigen kann die elterliche Gewalt 1. während Lebzeiten des Vaters dem Vater und der Mutter zugleich zukommen, sie kann aber 2., wenn der Vater stirbt oder wenn in anderer Weise die väterliche Gewalt erlischt, der Mutter allein zustehen, so daß diese an Stelle des Vaters tritt. Dieser Gedanke ist äußerst fruchtbar, er gibt der Stellung der Mutter in der Familie eine erneute Bedeutung. Die Mutter hat nicht nur eine moralische Gewalt, sondern auch eine rechtliche Macht, neben dem Vater zu wirken. Allerdings nimmt auch noch die neuzeitliche Anschauung an (oben S. 714), daß im Widerstreit zwischen beiden Ehegatten der Vater vorgeht; aber in den vielen Fällen, wo ein Widerstreit nicht stattfindet, und namentlich dann, wenn der Vater augenblicklich oder dauernd verhindert ist, tritt die Mutter ein. Und nach dem Tode des Vaters soll die Mutter ähnlich erzieherisch und verwaltend wirken, wie es der Vater getan hat.

Der Grundsatz der elterlichen Gewalt statt der väterlichen war namentlich bereits im französischen Recht entwickelt, und es war auch dies eines der Mittel, um der Übergewalt des Vaters eine Hemmung entgegenzusetzen.

Das deutsche Neuzeitrecht baute auf den Ergebnissen dieser Entwicklung auf; das römische System war definitiv abgetan, es hatte im deutschen Rechtsleben niemals rechten Boden fassen können. Die emancipatio saxonica war von jeher Gemeingut deutschen Lebens gewesen. Die Abscheidung des Kindes von der Were hatte von jeher mit den germanischen Rechtsfolgen stattgefunden, trotz des römischen Rechtes. Lange Zeit behielt man aber 1. die ausschließliche väterliche Gewalt bei, und sodann nahm man 2. an, daß das Kind, solange es nicht aus der Were schied, also insbesondere wenn es nach der Volljährigkeit noch im väterlichen Hause weilte, der väterlichen Gewalt unterliege. Dieses System hatte aber große Schattenseiten. Es konnte insbesondere zu der unredlichen Spekulation führen, eine Verselbständigung des Kindes, namentlich eine Verheiratung der Tochter,

möglichst zu erschweren, weil das Kind Vermögen besaß und man die Nutznießung dieses Vermögens nicht entbehren mochte. Auch sonst ist eine väterliche Gewalt über den Volljährigen entweder ein bloßes Scheinbild, oder sie ist vom Übel. In diesem Alter soll nach unserer Auffassung nur die moralische Scheu, nicht mehr die rechtliche Pflicht entscheiden, und wenn das Kind noch im Hause der Eltern wohnt, so sind es eben nur die aus der Hauszugehörigkeit an sich fließenden Pflichten, es sind nicht etwa besondere Pflichten des Kindes als eines Hausuntertänigen, die noch zur ersprießlichen Geltung kommen können. Daher hat das B.G.B. mit Recht in § 1626 verordnet, daß das Kind mit der Volljährigkeit aus der elterlichen Gewalt befreit wird. Infolgedessen betrachtete man die emancipatio saxonica als unnötig, und es wurde bestimmt, daß durch Verheiratung der Tochter die elterliche Gewalt zwar einige Schwächung erfahre — sowohl in Bezug auf die Person der Tochter (§ 1633) als auch in Bezug auf die elterliche Nutznießung, welche erlischt, weil die Einkünfte von nun an dem Hause der Tochter zukommen sollen (§ 1661), — im übrigen aber fortbestehen bleibe. Man wird dieser Behandlungsweise zustimmen müssen, denn es ist immerhin für die minderjährige Tochter bedeutsam, daß sie in dem elterlichen Hause noch einen Rückhalt besitzt und in ihren Vermögensgeschäften wie in ihren persönlichen Angelegenheiten den Vater als gesetzlichen Vertreter hinter sich hat.

Im übrigen hat das B.G.B., ganz entsprechend dem Vorschlage, den ich und andere seinerzeit gemacht, aus der väterlichen Gewalt eine elterliche Gewalt geschaffen, allerdings nicht, ohne der elterlichen Gewalt der Mutter einige Beschränkungen aufzulegen in der Art, daß, wenn sie nach dem Tode des Vaters die Gewalt antritt, ihr ein Beistand gegeben werden kann; und dies kann nicht nur dann geschehen, wenn sie es haben will, sondern auch kraft des Willens des verstorbenen Mannes oder kraft der Initiative des Vormundschaftsgerichts (§ 1684, 1687).

Das Problem des volljährigen Kindes im elterlichen Hause aber ist vom B.G.B. in der Art gelöst worden, daß ähnliche Verhältnisse entstehen wie zwischen Ehegatten bei der Gütertrennung: es soll unter Familiengenossen nicht alles geschäftlich behandelt werden; wenn das Kind aus seinem Vermögen etwas für das Haus aufwendet, oder wenn es dem Elternteil das Vermögen zur Verwaltung übergibt, so soll im Zweifel angenommen werden, daß die Aufwendung eine mehr oder minder schenkweise war, und daß die Einkünfte des Vermögens der beliebigen Verfügung des Vaters oder der Mutter anheimstehen (§§ 1618, 1619 B.G.B.), zwei Bestimmungen, von denen allerdings die zweite naturgemäßer ist als die erste: die Hingabe des Vermögens in väterliche Verwaltung pflegt dem Kinde so viele Vorteile zu bieten und auch das Überlassen der Einkünfte sich so bezahlt zu machen, daß es häufig vorkommt; die erstere Bestimmung aber führt dahin, daß das Kind „nie Geld hat", wenn es sich um eine Aufopferung für das Vaterhaus handelt. In Bezug auf die persönliche Stellung aber ergibt sich aus der Hauszugehörigkeit, daß das Kind, namentlich die Tochter, im Hause mitzuhelfen hat, soweit dies dem Bildungsgang und der Lebensentwicklung entspricht; denn die gemeinsame Arbeit ist ein Zusammenhalt, dessen die Familie nicht entbehren soll (§ 1617 B.G.B.)

§ 100. Die elterliche Gewalt, welche die Sorge für Person und Vermögen des Kindes gibt, muß selbstverständlich manchen Beschränkungen unterliegen. Eine schrankenlose Gewalt wäre nur erträglich unter einem sehr starken Drucke der Familie oder unter dem mächtigen Einfluß anderer Verhältnisse, welche dem Mißbrauch einen Widerpart hielten. So ist aber unsere heutige Gesellschaft nicht mehr gestaltet; der ungeheure Individualismus unserer Lebensverhältnisse hat den Familienvater von einer Menge beschränkender, aber auch schützender Elemente befreit, die Fälle sträflichster Nachlässigkeit, ruchloser Ausbeutung sind nicht selten; vor allem aber herrscht in vielen Familien die Pest einer unsittlichen, anarchischen, alkoholverkommenen, gesellschaftsfeindlichen, diebesgewerblichen Atmosphäre, in einer Weise, daß die nachfolgende Generation dem sicheren Verderben entgegenzugehen droht: hier muß der Staat einschreiten.

Man beschränkt zwar auch heutzutage von Staats halber den Familienvater nicht in der Art, daß man die Erziehung der Kinder Schritt für Schritt überwacht. Noch

herrscht der Gedanke, möglichst wenig in die Familienverhältnisse hineinzusehen und hineinzuwirken, möglichst wenig zu reglementieren und den individuellen Verhältnissen des Falles, soweit sie berechtigt sind, ihre volle Entwicklung zu geben. Noch herrscht der Gedanke, die Familie nicht einer gleichmäßigen Kasernierung aufzuopfern. Allein das hat seine Grenzen. Einmal ist es sehr wohl möglich, daß die elterliche Gewalt nicht stark genug ist, um mit der Erziehung fertig zu werden. In diesem Falle kann der Staat angerufen werden, und zwar in Gestalt des Vormundschaftsgerichts, um durch geeignete Zuchtmittel die elterliche Gewalt zu unterstützen (§ 1631 B.G.B.)[1]. Sodann aber ist es unstatthaft, die jüngere Generation vollkommen der Tyrannei, der Eigensucht oder auch der Nachlässigkeit der Eltern aufzuopfern und auch jede Gewalttätigkeit im einzelnen hingehen zu lassen, oder gar das Kind in Verruchtheit, Verkommenheit unter Branntwein- und Diebsgesindel aufwachsen zu lassen. Darum gibt das B.G.B. die viel besprochenen § 1666 f. (1838), welche dem Vormundschaftsrichter die Befugnis geben, sobald das geistige oder leibliche Wohl des Kindes gefährdet ist, indem der Vater sein Recht über das Kind mißbraucht, das Kind vernachlässigt oder sich ehrlosem und unsittlichem Lebenswandel hingibt, die ihm gut scheinenden Maßregeln zu treffen. Auf solche Weise kann die elterliche Gewalt beschränkt, ja ihre Ausübung in einzelnen Punkten vollständig zurückgedrängt werden. Die Anregung zu solchem Eingreifen kann von den verschiedenen Seiten ausgehen, und gegen die Ablehnung oder Aufhebung solcher Maßregeln kann die Beschwerde erhoben werden; diese steht nicht nur den Verwandten und Verschwägerten des Kindes, sondern, wenn das Kind mindestens vierzehn Jahre alt und nicht geschäftsunfähig ist, auch dem Kinde selbst zu. Vgl. die bereits erwähnten §§ 57 und 59 des Gesetzes über freiwillige Gerichtsbarkeit. Und auch dann kann das Vormundschaftsgericht einschreiten, wenn nicht die Person, wohl aber das Vermögen durch schlechte Verwaltung gefährdet ist[2].

Auch die Art und Weise, wie dem Kinde der Unterhalt gewährt werden soll, ob in der Wohnung oder auswärts, steht im allgemeinen in der Verfügung des Trägers der elterlichen Gewalt; doch auch hier kann das Vormundschaftsgericht unter Umständen eingreifen; dann wenigstens, wenn das Kind einen Antrag auf veränderte Gestaltung der Verhältnisse stellt, z. B. wenn es begehrt, außerhalb des Hauses in anderer Umgebung aufwachsen zu dürfen, in welchem Falle der Vormundschaftsrichter ganz den Umständen entsprechend zu entscheiden hat (§ 1612 B.G.B.); dem Kinde aber steht unter den eben angeführten Verhältnissen gegen die Verfügung des Vormundschaftsgerichts die Beschwerde zu.

Dazu kommt nun noch, was man in neuerer Zeit mit besonderer Lebhaftigkeit befürwortet hat, daß unter Umständen das Kind von Staats halber dem Hause entzogen und unter Fürsorgeerziehung gestellt wird. Diese Fürsorge, ihre Gestaltung und die Art ihrer Durchführung ist aber nicht reichsgesetzlich geregelt, sondern durch Art. 135 des B.G.B. der Landesgesetzgebung anheimgegeben. In den meisten Staaten sind derartige Anordnungen erlassen worden[3], so insbesondere auch in Preußen durch das wichtige Gesetz vom 2. Juli 1900, worin bestimmt ist, daß Minderjährige unter achtzehn Jahren bis zur Volljährigkeit der Fürsorgeerziehung unterworfen werden können, namentlich in dem oben angeführten Falle des § 1666[4], aber auch sonst bei Begehung strafbarer Handlungen, die wegen der Jugend strafrechtlich nicht verfolgt werden können, oder überhaupt, wenn die häusliche Erziehung so unvollkommen ist, daß sonst das völlige sittliche Verderben des Kindes zu erwarten wäre. Diese Fürsorgeerziehung erfolgt dann entweder

---

[1] Gegen Mißbräuche und Irrungen besteht das Beschwerderecht (§ 57 Z. 9 G.f.G.), das auch dem vierzehnjährigen Kinde zusteht (§ 59 G.f.G.).

[2] Vgl. Kammergericht 30. Dezember 1901 Mugdan IV S. 359 f.

[3] Eine Zusammenstellung gibt Geigel in Z. f. bürgerl. und französ. Civ.R. XXXIV S. 51 f. Manche Staaten hatten bereits derartige Bestimmungen, z. B. Hamburg, v. 6. April 1887. Vgl. darüber Entsch. L.G. Hamburg, 27. September 1900 Hanseat. Gerichtsz. 1901 Beibl. S. 39.

[4] Natürlich kann im Fall des § 1666 das Vormundschaftsgericht das Kind (auf Kosten des Vaters) in fremde Erziehung geben; die Fürsorgeerziehung ist nur zu verfügen, wenn sie erforderlich ist, um die Verwahrlosung zu verhüten. Dies ist wegen der Kosten wichtig, vgl. Nölle im Arch. f. b. Recht XXI S. 86 f. und die hier erwähnte Rechtsprechung des Kammergerichts; vgl. auch Mugdan IV S. 111; 273 f.

in Fürsorgeanstalten als Anstaltserziehung oder in Einzelfamilien als Familienerziehung. Im letzteren Falle müssen besondere Fürsorger oder Fürsorgerinnen bestellt werden, welche die Familienerziehung überwachen. Auch kann der Minderjährige in Lehre gegeben und ein Lehrvertrag für ihn abgeschlossen werden (§ 9 preuß. Ges.)[1].

Über die Tragung der Kosten dieser Fürsorgeerziehung bestehen in den einzelnen Staaten verschiedene Bestimmungen; in Preußen werden sie meist den Kommunalverbänden auferlegt, aber so, daß einerseits der Staat zwei Drittel zuschießt und anderseits die Kommunalverbände das Recht haben, die Erstattung der Kosten von den Unterhaltspflichtigen einzufordern (§§ 15, 16 des preuß. Ges.).

§ 101. Die elterliche Gewalt gibt Befugnisse über die Person und über das Vermögen, neben diesen auch die elterliche Nutznießung (§§ 1627 ff., 1638 ff., 1649 ff.). Die letztere ist etwas Besonderes: denn wer nutznießt, der benutzt die Sache im eigenen Interesse: die Vermögensverwaltung aber geschieht im Interesse des Kindes; wer nutznießt, der benutzt im eigenen Namen, die Vermögensverwaltung aber erfolgt im Namen des Kindes. Dieser Dualismus bestand im römischen Recht nicht; auch noch im gemeinen Recht mußte man annehmen, daß der Hausvater das Vermögen im eigenen Namen verwaltete und innerhalb gewisser Grenzen im eigenen Namen darüber verfügte. Anders heutzutage: die Verwaltung ist eine Verwaltung in fremdem Namen.

Die Verwaltung in fremdem Namen setzt Vertretungsbefugnis voraus. Diese Vertretung hat der Träger der elterlichen Gewalt: wer die Sorge für die Person hat, hat in Angelegenheiten der Person, wer die Sorge für das Vermögen, hat in Angelegenheiten des Vermögens die Vertretung (§ 1630 B.G.B.). Die Veräußerungen geschehen daher nicht im Namen des Hausvaters, sondern im Namen des Kindes; die Erwerbungen erfolgen im Namen des Kindes, wobei noch die Besonderheit gilt, daß in Bezug auf bewegliche Sachen die Ersatzerwerbungen im Zweifel als im Namen des Kindes geschehen zu betrachten sind (§ 1646 B.G.B.).

Die Vertretungsmacht unterliegt bestimmten Beschränkungen, die alsbald im Anschluß an die Vermögensverwaltung zu erörtern sind.

Die Nutznießung aber gibt dem Vater das Recht, die Früchte zu ziehen, oder vielmehr, er wird, was körperliche Früchte betrifft, von selbst Eigentümer. Was die bürgerlichen Früchte betrifft, so ist er berechtigt, sie an sich zu nehmen und sie sich anzueignen. Hierbei gilt jedoch etwas Besonderes. Besteht das Vermögen aus verbrauchbaren Sachen, so tritt, wie bei der ehemännlichen Nutznießung, nicht ein uneigentlicher Nießbrauch ein: der Vater wird nicht Eigentümer, wohl aber hat er das Recht, sie nicht nur zu verbrauchen, sondern auch in seinem Namen zu veräußern, z. B. Gelder beliebig zu verwenden; allerdings hat er dabei die Verpflichtung, für die Interessen des Kindes zu sorgen, und er soll Geld nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts für sich verausgaben, allein dies ist eine Sollvorschrift, keine dingliche Beschränkung (§ 1653 B.G.B.). Hat das Kind ein Erwerbsgeschäft, so könnte er hiernach jeden Erwerb von Geld für sich verwenden, allerdings mit der Verpflichtung, dafür zu sorgen, daß das Erwerbsgeschäft nicht stockt. Hier aber greift die Gesetzgebung in der Art beschränkend ein: er ist nicht befugt, die Gelder für sich zu verausgaben, sondern darf immer nur den Jahresreingewinn in sein Vermögen aufnehmen und sich zueignen (§ 1655 B.G.B.); eine entgegengesetzte Handlung wäre eine Verfügung über fremde Gelder, welche allerdings unter der Sonderbestimmung des § 247 St.G.B. stünde. Gewisses Vermögen, namentlich der Arbeitserwerb des Kindes, ist der Nutznießung des Vaters entzogen: es ist freies Vermögen des Kindes; auch ein Dritter, der dem Kind Vermögen zuwendet, kann dies bestimmen; er kann sogar bestimmen, daß dem Vater auch die Verwaltung des zugewendeten Vermögens entzogen sei (§§ 1651, 1638 B.G.B).

---

[1] Der Kommunalverband bedarf hierzu keiner vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung, Kammergericht 6. September 1902 Mugdan V S. 290.

§ 102. Was aber die Vermögensverwaltung betrifft, die, wie bereits bemerkt, im Namen des Kindes zu führen ist, so ist der Vater zwar nicht so beschränkt wie der Vormund, aber auch er unterliegt verschiedener Kontrolle. Solange beide Ehegatten leben, bedarf es allerdings keines Inventars, denn man nimmt an, daß schon durch das Vorhandensein des zweiten Ehegatten eine genügende Gewähr gegen beliebige Verzettelung oder leichtsinniges Verbringen und planloses Verschleudern gegeben ist. Sobald aber der eine Ehegatte stirbt, hat der andere das Vermögen des Kindes zu inventarisieren (§§ 1640, 1686 B.G.B.). Einer regelmäßigen Beaufsichtigung und Rechnungsablage unterliegt der Vater auch hier nicht, wohl aber gilt folgendes:

1. Er hat gewisse Verpflichtungen, insbesondere soll er die Gelder mündelsicher anlegen (§§ 1642, 1686 B.G.B.);

2. er unterliegt in der Vertretungsmacht gewissen Schranken, insbesondere was Liegenschaftsgeschäfte betrifft[1]; aber auch bei sonstigen Geschäften ernsterer und gewagterer Natur hat er die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts einzuholen: nur dadurch wird seine Vertretungsmacht vervollständigt. Übrigens kann, wie beim Vormund, so auch beim Vater, namentlich was Geldaufnahmen, Wechselzeichnungen, Bürgschaftsleistung betrifft, die Ergänzung der Vertretungsmacht im allgemeinen zum voraus geschehen, was mitunter, namentlich wenn das Kind ein Erwerbsgeschäft, etwa ein Bankgeschäft, hat, unumgänglich ist (§§ 1643, 1821 f.). Im übrigen gilt das Bemerkte naturgemäß für das freie wie für das unfreie Kindesvermögen, das in der väterlichen Verwaltung steht.

3. Die Verwaltung kann beschränkt und entzogen werden, s. oben S. 726 f.

Auf diese Weise ist also in der Vermögensverwaltung die Stellung des Vaters der eines Vormundes angenähert, aber sie ist ihr nicht gleich; insbesondere macht man an den Vater, was die Sorgfalt betrifft, nicht gleiche Ansprüche und läßt ihn bloß für sogenannte culpa in concreto haften: denn es wäre eine zu starke Abstraktion, von ihm zu verlangen, daß er in Angelegenheiten des Kindes sein eigenes Wesen aufgeben und sich wie ein Verwalter fremden Vermögens betrachten sollte (§ 1664 B.G.B.).

β) Entstehung der Kindschaftsverhältnisse.

§ 103. Die Lehre von der ehelichen Abstammung wird in früherer Zeit von dem Gedanken geleitet, der in den Worten ausgedrückt wird: „Pater est quem nuptiae demonstrant“; er ergibt sich aus dem oben Entwickelten und ist ein Kernspruch der patriarchalischen Familie, wie sie das indogermanische und das semitische Leben kennt: die Frau gehört dem Mann und damit auch ihr Kind, ohne Rücksicht auf die Zeugung. Wie sich dieser Satz weiter entwickelt hat, und wie allmählich der Gedanke auftauchte, daß das eheliche Kind ein Kind sein sollte, das nicht nur von der Ehefrau geboren, sondern auch von dem Ehemann gezeugt sei, ist früher gezeigt worden (Encyklopädie I. S. 33 f.). Nichtsdestoweniger hat der ursprüngliche Satz noch nachgewirkt, und er findet sich heutzutage noch in zwei wichtigen Anwendungen[2]. Die eine Anwendung allerdings hat noch andere rechtliche Motive; es ist folgende: wenn das Kind auch nur möglicherweise von dem Ehemann gezeugt ist, so wird es ohne weiteres als ein eheliches Kind betrachtet: die Möglichkeit steht der Wirklichkeit gleich; nicht einmal die Wahrscheinlichkeit wird verlangt; ein Satz, der durch die obige Entwicklung angebahnt wurde, der aber heutzutage noch darauf gegründet ist, daß in diesen Sachen irgend ein exakter Beweis nicht geführt werden

[1] Dabei bestehen Erleichterungen im Vergleich zur vormundschaftlichen Gewalt; namentlich ist dem Vater der entgeltliche Grundstückserwerb ohne vormundschaftsgerichtliche Genehmigung gestattet (§§ 1643, 1821 B.G.B.). Vgl. Kammergericht 14. April 1902 Mugdan V S. 183. Bedarf es deren, wenn dabei Hypothekenforderungen übernommen werden? Man bejaht es wegen § 1822 Z. 10, aber sicher nicht mit Recht. Bezüglich des Falles, daß das Grundstück gekauft und mit dem Kaufpreis hypothekarisch belastet wird, taucht dieselbe Frage auf wie oben, S. 717, vgl. L.G. Metz 29. Januar 1902 Z. f. Els. Lothr. XXVII S. 160.

[2] Natürlich hat man diese Anwendungen beibehalten, weil sie in unsere Verhältnisse paßten; wer aber darum die geschichtliche Kontinuität leugnet, verfehlt sich völlig gegen die Grundsätze der geschichtlichen Betrachtung und bedarf keiner Widerlegung.

kann; so wichtige Interessen wie die der Kindschaft und Elternschaft aber sollen nicht auf Vermutungen von größerer oder geringerer Wahrscheinlichkeit gebaut werden. Wenn daher das Kind unter Umständen geboren ist, welche auch nur die Möglichkeit einer Zeugung durch den Ehemann zulassen, so kann seine Ehelichkeit nicht bestritten werden. Das gilt insbesondere dann, wenn es so geboren worden ist, daß die Zeugung in die Zeit der Ehe fällt. Manche Rechte haben dies als unumgängliche Voraussetzung verlangt. Unser Recht dagegen nimmt an, daß, auch wenn das in der Ehe geborene Kind vorher gezeugt ist, es doch die Rechte eines ehelichen Kindes hat, vorausgesetzt, daß der Ehemann möglicherweise der Erzeuger ist, indem er der Mutter vor der Ehe beigewohnt hat. Der Unterschied zwischen beiden Fällen liegt nur darin, daß eine solche Beiwohnung im ersteren Falle vermutet wird, im letzteren nicht, oder wenigstens nicht ohne weiteres (§ 1591).

Eine zweite Folge des obigen Satzes aber — eine Folge, die allerdings nicht von allen Rechten angenommen wird, — ist: wenn der Ehemann das Kind als das seinige anerkennt, dann haben dritte Interessenten nichts hineinzureden, und das Kind ist ehelich, nicht nur ihm gegenüber, sondern gegenüber der ganzen Familie. Auf solche Weise kann allerdings eine Art von Adoption mit einer Wirkung erfolgen, die weit über die Wirkung der gesetzlichen Adoption hinausgeht; man mag an diesem Satze mehr oder minder Anstand nehmen, man mag insbesondere entgegenhalten, daß eine Toleranz des Ehemanns zu dem Zweck, um auf solche Weise Nachkommenschaft zu erlangen und möglicherweise die Erwartungen der Verwandtschaft zunichte zu machen, indem er, der ganzen Verwandtschaft gegenüber, ein Kind in die Ehe einschwärzt, die Begünstigung der Rechtsordnung nicht verdiene.

Auf der anderen Seite ist entgegenzuhalten, daß, wenn der Ehemann mit der Ehelichkeit des Kindes zufrieden ist, es nicht angeht, daß Dritte sich einmischen, das eheliche Leben durchstöbern und Nachforschungen halten, die häufig zum fruchtlosen Skandal und zur häßlichen Ausspürung inniger ehelicher Verhältnisse führen. Man muß darum dem Satze des B.G.B. den Vorzug geben, mit der Einräumung, daß er, wie alles Menschliche, auch seine Unvollkommenheiten hat. Das B.G.B. geht noch weiter und erklärt, der Anerkennung stehe es gleich, wenn der Ehemann von der Geburt des Kindes Kenntnis hatte und eine bestimmte Zeit verstreichen ließ, ohne die Ehelichkeit anzufechten. Die Zeit ist ein Jahr, und die Anfechtung geschieht regelmäßig durch Anfechtungsklage, mindestens so lange das Kind noch lebt. Stirbt allerdings der Ehemann vor Ablauf der Frist und ohne Anerkennung, dann steht die Sache auf dem Status quo, es gilt die Rechtslage, welche durch die Geburt des Kindes herbeigeführt wurde: irgend eine Rechtshandlung, um diese Rechtslage zu verbessern und eine an sich nicht vorhandene Ehelichkeit herbeizuführen, ist eben nicht erfolgt: das Kind ist mithin in solchem Fall ein außereheliches, wenn es unmöglich von dem Ehemann gezeugt sein konnte, sonst ein eheliches. Einer Anfechtung von seiten der Verwandten, um diesen Standpunkt aufrechtzuerhalten, bedarf es nicht; ja, solche gibt es nicht: es ist nicht mehr die Rede von einer Anfechtungsklage, sondern höchstens von einer Klage zur Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Eltern- und Kindschaftsverhältnisses (§ 1591 ff. B.G.B., § 640 Z.P.O.). Ein Punkt kann dabei noch in Betracht kommen, daß sich nämlich möglicherweise nach Lösung der Ehe die Geburt des Kindes etwas verspätet und über die im allgemeinen angenommenen Grenzen verzögert hat, also z. B. nicht am 302. Tage, sondern einige Tage später erfolgt[1]. In diesem Falle kann die medizinische Feststellung, daß eine außergewöhnliche Gestationszeit vorliegt, dem Kinde zu Hilfe kommen und ihm die Ehelichkeit wahren, indem angenommen wird, daß es noch in den letzten Tagen der Ehe gezeugt worden sei (§ 1592 B.G.B.).

[1] Die Gestationszeit gilt regelrecht als begrenzt zwischen dem 181. und 302. Tage.

b) Uneheliche Kindschaft.

§ 104. Die Regelung der Verhältnisse unehelicher Kinder hat die Rechtsordnung vielfach und nach den verschiedensten Richtungen hin beschäftigt[1]. Es lassen sich bei den neuern Völkern wesentlich drei Systeme erkennen. Das eine System ist das, welches durch das römische Recht eine besondere Bedeutung gewonnen hat. Die unehelichen Kinder stehen den ehelichen gleich; doch weil der Erzeuger unsicher und nicht, wie bei der Ehe, durch ein dauerndes Verhältnis bezeichnet ist, treten sie zum Erzeuger und seiner Familie in keine Beziehung — patrem non habent —; dagegen zur Mutter und zu allen mütterlichen Verwandten stehen sie in Beziehung wie eheliche Kinder. Mit anderen Worten: nicht der Gedanke des Makels und der Unreinheit der Zeugung kommt in Betracht, sondern nur der Gedanke der Unsicherheit; nicht moralische, sondern allein intellektuelle Momente sind hier entscheidend. Dieses System hat eine vernünftige Grundlage, ist allerdings unvollständig; denn wenn nicht immer, so läßt sich doch vielfach für die Vaterschaft große Wahrscheinlichkeit beibringen; und wenn das römische Recht für Konkubinatskinder und nur für sie eine Beziehung zum Erzeuger angenommen hat, so ist dies eine Unvollkommenheit, die man im gemeinen Rechte einigermaßen zu verbessern suchte.

Das zweite System ist das der Niederdrückung der unehelichen Kinder auf eine niedere Stufe des Daseins. Dies ist ein Rechtsgedanke, der sich vielfach bei den Völkern findet, nirgends stärker ausgeprägt als im germanischen Rechte, allerdings nicht zu allen Zeiten, wohl aber in einer gewissen bedeutsamen Periode seiner Entwicklung. Man setzte das Kind im öffentlichen Leben herab, machte es unfähig zur Teilnahme an Gilden und Staatsämtern und wies es auf diese Weise in eine geringe Sphäre der Gesellschaftsordnung. Aber auch gegenüber den Eltern wurden die Rechte im höchsten Grade vermindert, nicht nur was den Vater und die väterlichen Verwandten, sondern auch, was Mutter und mütterliche Verwandte betrifft. An diesem System krankt noch das englische und viele amerikanischen Rechte. Auch deutsche Gesetze waren von ihm durchtränkt. Noch das preußische Landrecht bestimmte, daß das Kind zwar volle Erbrechte gegenüber der Mutter habe, nicht aber gegenüber den mütterlichen Verwandten; ganz ähnlich das österreichische Gesetzbuch; auch der Code civil verwehrt ihm die Rechte gegenüber den väterlichen und mütterlichen Verwandten und gibt ihm selbst gegenüber der Mutter nur ein beschränktes Recht.

Ein drittes System zielt dahin, das uneheliche Kind in seinen Rechten möglichst den ehelichen Kindern anzunähern. Allerdings, was den Vater und die väterliche Familie betrifft, so ist man nirgends dazu gelangt, eine völlige Gleichstellung zu gewähren. Hiergegen kommt teils die Unsicherheit der Vaterschaft zur Geltung, teils aber auch der Umstand, daß zwischen Vater und Mutter vielfach ein ungemeiner Standesunterschied herrscht, und das Kind oft in einem Kreis entsteht und aufwächst, der der Vaterfamilie nicht genehm sein kann. Man hat darum folgendes System aufgestellt: man gab dem Vater die Wahl, das Kind anzuerkennen, oder die Anerkennung zu verweigern. Die Anerkennung sollte das Kind auf eine höhere Stufe heben, es mehr oder minder in die Familie des Mannes einführen. Es ist ein Ruhm des französischen bürgerlichen Rechts, diesen Gedanken in der Art durchgeführt zu haben, daß es dem Kinde mindestens gegenüber dem anerkennenden Vater, wenn auch nicht ein volles, so doch wenigstens ein beschränktes Erbrecht gegeben hat. Weiter sind einige neuere Gesetze gegangen, so vor allem das Berner Gesetz vom 4. Juli 1863, welches dem anerkannten Kinde volle Rechte nicht nur gegen den Vater, sondern in der Vaterfamilie überhaupt gibt, während der Entwurf eines Schweizer Zivilgesetzbuches, Art. 488, hier wieder einen Schritt zurücktritt, indem es dem anerkannten Kinde nicht die volle, aber doch die halbe Stellung eines ehelichen Kindes in der väterlichen Familie gewährt. Wird das Kind vom Vater nicht anerkannt, dann bleibt regelrecht nur die Unterhaltspflicht

[1] Dankenswerte Zusammenstellungen gibt Neubauer, Zeitschr. f. vgl. R. III S. 321 f., IV S. 362 f., und in der Schrift: Das in Deutschland geltende Erbrecht S. 47 ff.

übrig, und das Kind steht im übrigen dem Vater und der väterlichen Familie fern. Nur in gewissen Fällen, wenn Notzucht oder Entführung vorliegt, wird in verschiedenen Gesetzgebungen das nicht anerkannte Kind dem anerkannten gleichgestellt.

Das B.G.B. hat gegenüber früheren Rechten den Vorzug, daß es dem Kinde nicht nur gegenüber der Mutter, sondern auch gegenüber den mütterlichen Verwandten die volle Stellung wahrt[1], mit anderen Worten: es ist auf den Stand des römischen Rechts zurückgekehrt, den die deutschen Rechte in schwerer Abirrung und grober Verkennung der Menschenrechte verlassen hatten. Es gibt aber dem Kinde gegenüber dem Erzeuger nur sehr beschränkte Rechte, nämlich nur Rechte des Unterhalts, und hier kann auch leider die Anerkennung des Vaters nicht viel helfen; denn diese soll nur die Bedeutung haben, daß die sogenannte exceptio plurium unmöglich gemacht und die Legitimation erleichtert wird, so §§ 1718 und 1720, dagegen ist sie nicht in der Lage, dem Kinde gegenüber dem Vater und der Verwandtschaft des Vaters eine familienrechtliche Stellung zu verschaffen — eine Behandlungsweise, welche gegenüber dem Code civil einen bedauerlichen Rückschritt bezeichnet und der neuzeitlichen Rechtsanschauung völlig zuwider ist.

Hat unser Gesetz in dieser Beziehung den Erwartungen nicht entsprochen, die man hegen konnte, so weist es doch im folgenden einen bedeutenden Fortschritt auf. Die Unterhaltspflicht hat gegenüber früher eine wesentliche Änderung erfahren. Während nämlich bisher der Unterhalt meist nur als Notunterhalt für den Fall der Dürftigkeit der Mutter gedacht war, so ist er jetzt ein väterlicher Unterhalt, ähnlich wie bei der Ehe; nur mit folgendem Unterschied: 1. muß er in Geld geleistet werden, und der Vater hat nicht das Recht, das Kind in eigene Erziehung zu nehmen; 2. reicht er regelmäßig nur bis zum 16. Lebensjahre des Kindes, und 3. ist er nicht verbunden mit sonstigen Rechten der Obsorge für das Kind; entsprechend ist nicht die Lebensstellung des Vaters, sondern die Lebensstellung der Mutter entscheidend: das Kind wird nach der Lebensstellung der Mutter erzogen, und danach richtet sich die Unterhaltspflicht. Mithin hat der Erzeuger, wenn die Mutter in einer reichen oder bedeutenden Lebensstellung ist, einen dementsprechenden Unterhalt zu leisten, während, wenn sie in Armut lebt, der Unterhalt nur den dürftigen Verhältnissen zu genügen hat. Mit anderen Worten: er soll sein wie bei einem ehelichen Kinde, welches in der Lebensstellung der Mutter aufwächst. Das Gesetz hat dies ausdrücklich durch den Satz ausgesprochen, daß die Unterhaltspflicht des Vaters an erster Stelle steht und der Pflicht der Mutter vorgeht (§§ 1708, 1709 B.G.B.)[2].

Damit haben wir uns dem Vaterschaftsprinzip genähert und wenigstens in einem Punkte das Kind dem ehelichen gleich behandelt. Eine größere Gleichbehandlung noch tritt ein, wenn das Kind aus einer nichtigen Ehe stammt. Hier gilt bekanntlich der Grundsatz der Putativehe, sobald auch nur einer der Ehegatten im guten Glauben war: das Kind hat dann die Rechte eines ehelichen. Ist dies nicht der Fall, dann hat das Kind, solange der Vater lebt, gegen ihn die Unterhaltsrechte eines ehelichen Kindes, und erst mit dem Tode löst es sich von der väterlichen Familie ab (§ 1703).

Ein Hauptproblem ist die Stellung des unehelichen Kindes nach dem Tode des Erzeugers. Da es gegen ihn kein Erbrecht hat, so gibt man ihm ein Unterhaltsrecht auch gegenüber dem Nachlaß, welches aber durch die Leistung des Pflichtteils abgelöst werden kann, eines Pflichtteils, der so groß ist wie der eines ehelichen Kindes: denn das un-

---

[1] Die volle Stellung, doch mit einigen Besonderheiten: die uneheliche Mutter hat zwar die Fürsorge für die Person des Kindes, aber nicht die elterliche Gewalt und nicht die Vertretung: es bedarf daher einer Vormundschaft, und der Vormund ist zugleich Beistand der Mutter, soweit ihr die Sorge über die Person zusteht, § 1707 B.G.B. Natürlich kann auch hier das Vormundschaftsgericht in die Personensorge eingreifen. Bezüglich des Namenrechts vgl. § 1706 B.G.B.

[2] Dazu kommt die Fürsorge für die unehelichen Mütter während der Entbindungszeit, § 1715 B.G.B. Diese ist keine Entschädigung: zur Entschädigung ist der Erzeuger nicht verpflichtet; und wenn die Mutter wegen der Entbindung ihren Dienst verliert, so ist dies nicht zu ersetzen: habeat sibi; es müßten denn besondere zur Entschädigungspflicht führende Umstände vorhanden sein. Vgl. die Entscheidungen in Scherers Drittem Jahr S. 387 f.

eheliche Kind kann vom Gesetze nimmer eine bessere Behandlung verlangen als das eheliche (§ 1712 B.G.B.).

§ 105. Das B.G.B. hat das durch das kanonische Recht entwickelte, schon im Rechte von Byzanz wurzelnde Institut der Legitimation angenommen. Das uneheliche Kind soll ehelich werden, sobald die beiden Erzeuger einander heiraten, ohne Rücksicht auf die Zeit zwischen der Geburt und der Ehe. Ja, die Legitimation soll zu Gunsten der Abkömmlinge eines unehelichen Kindes wirken, wenn dieses vor der Ehe seiner Eltern gestorben ist (§§ 1719, 1722 B.G.B.). Das Institut ist soweit durchgedrungen, daß selbst manche amerikanische Staaten es angenommen haben[1]. Man hat für und gegen diese Rechtseinrichtung vieles vorgebracht, insbesondere auch behauptet, daß durch die Möglichkeit der Legitimation die Leichtfertigkeit genährt und viele zu unerlaubten Verbindungen verleitet würden, indem sie auf eine künftige Ehe bauten. Indes sind doch diese Gegengründe verschwindend gegenüber dem außerordentlichen Segen, der dadurch den unehelichen Kindern zukommt; denn jedes uneheliche Kind, das ehelich wird, wird dadurch in seiner ganzen gesellschaftlichen Stellung gehoben und seine ganze sittliche Zukunft auf eine unabsehbare Weise verbessert. Man kann darum das Institut nicht genug befördern, es darf an der Möglichkeit einzelner Mißbräuche nicht scheitern; um so weniger, als bei uns noch das eine Moment hinzutritt; die Vorstellung, daß unter den Verlobten der Umgang zulässig sei und die Brautkinder den ehelichen gleichstünden, ist nämlich noch immer nicht verschwunden, und haftet mit vieler Zähigkeit; diesen Brautkindern aber die Möglichkeit der Legitimation abzuschneiden, wäre eine formalistische Grausamkeit.

Findet eine solche Eheschließung statt, dann wird das Kind ehelich, und zwar mit dem Moment der Eheschließung. Es ist nicht etwa so, als ob es von jeher ehelich gewesen wäre; auf der anderen Seite aber bekommt es die Rechte des ehelichen Kindes sowohl gegenüber den Eltern, als auch gegenüber der väterlichen Verwandtschaft, so daß es ist, als wenn es jetzt im Augenblick der Eheschließung neu geboren wäre.

Allerdings setzt diese segensreiche Einrichtung voraus, daß eine Ehe zustande kommt, was nicht immer möglich ist, und wenn also beispielsweise der eine der beiden Teile stirbt, so ist dem Kinde diese Einsetzung in den ehelichen Stand versagt. Man hat schon im römischen Rechte und nun auch in dem unsrigen ein Mittel gesucht, um hier abzuhelfen, und solches in dem Institut der Ehelichkeitserklärung, der legitimatio per rescriptum principis gefunden. Die Ehelichkeitserklärung des Staates (das Reskript) wird aber bei uns nicht als Sondergesetz gedacht, so daß es das allein entscheidende wäre und alles andere nur eine unwesentliche Vorbereitung; sondern die Ehelichkeit des Kindes entsteht erst aus dem Zusammenwirken verschiedener Elemente: als erforderlich gilt 1. eine Erklärung des Erzeugers unter Gegenerklärung des Kindes und unter nebensächlicher Zustimmung anderer Personen (der Mutter des Kindes und der Frau des Erzeugers), und sodann 2. ein darauf gegründeter ergänzender Akt der Staatsverwaltung; wobei die Staatsverwaltung nach Opportunität handeln und nach arbiträrem Ermessen die Ehelichkeit gewähren oder verweigern kann (§ 1723 ff.). Die Gewährung heißt Ehelichkeitserklärung. Auch dieses Institut kann zwar segensreich sein, aber es leidet bei uns an dem schweren Mangel, daß es nur Beziehungen zwischen dem Kinde und dem Vater schafft, nicht auch gegenüber der Verwandtschaft des Vaters, und so eine Halbheit bleibt (§ 1736). Das Kind bekommt einen Vater, aber keine Familie. Es wäre wohl an der Zeit gewesen, etwa durch einen Familienvertrag oder Ähnliches, wie man es im deutschen Recht kannte, dem abzuhelfen. Man hätte die Sache vielleicht so einrichten können, daß die volljährigen Familienmitglieder befragt und veranlaßt worden wären, sich darüber zu äußern, so daß die Staatsverwaltung daraufhin unter Berücksichtigung der Gründe und Gegengründe entschieden hätte; auf diesem Wege wäre man dahin gelangt, eine volle Legitimation in der ganzen väterlichen Familie eintreten zu lassen. Das ist nicht geschehen, die gesetzgeberische Kraft ist zur Unzeit erlahmt: Neuschöpfung war nicht die Kunst der Redaktoren.

[1] Hammond, Notes zu Blackstone I p. 793.

Kindes hat, sondern für dessen Verwaltung und Fruchtziehung wie ein fremder Geschäftsführer einsteht, also auch für alles Verschulden haftet (§ 1833 B.G.B.).

Dieser Gedanke hatte manche Rechte — z. B. das Preußische Landrecht — dahin geführt, den Vormund gleichsam nur zu einem Gehilfen des Richters zu machen, so daß der Richter die eigentliche Verwaltung hatte und dem Vormund fast alle Initiative fehlte. Das hat aufgehört. Mit der Preußischen Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 ist unter voller Anerkennung des Vormunds als Amtsvormundes die Freiheit in der Verwaltung wiederhergestellt und die Aufsicht des Gerichts in die entsprechenden Schranken zurückgedrängt worden.

Daneben hat man in modernen Rechten wiederum einige Gedanken der alten Familienvormundschaft hervorgezogen, und so kennt schon die Preußische Vormundschaftsordnung und nunmehr auch das B.G.B. neben dem Vormundschaftsgericht den sogen. Familienrat.

Das B.G.B. hat die Lehre nach den bewährten Grundsätzen der Preußischen Vormundschaftsordnung geregelt.

Die Vormünder sind nach dem B.G.B. stets Amtsvormünder (landesgesetzlich ist etwas anderes möglich, und in der Tat sind z. B. in Preußen[1] gewisse Anstaltsvorstände gesetzliche Vormünder), nur daß der Benennung im Testament auf der einen Seite und der Verwandtschaft auf der anderen Seite das Zugeständnis gemacht wird, daß derartige Personen berücksichtigt werden sollen, sofern nicht ganz besondere Gründe dagegen sprechen (§ 1776 f. B.G.B.)[2]. Die Gültigkeitsfrage aber ist in der Art geordnet, daß möglichst wenig Ungültigkeitsgründe gelten; denn eine ungültige Vormundschaft hat die schweren Folgen, daß der Vormund keine Vertretungsmacht hat und seine namens des Mündels geführten Geschäfte unwirksam sind; darum bestimmt das B.G.B., daß nur der Geschäftsunfähige und der Entmündigte unfähig ist, dagegen selbst der als ehrlos Erklärte, selbst der Minderjährige, selbst der im Konkurs Befindliche Vormund sein kann (§ 1780 f. B.G.B.). Daher wäre es denkbar, daß ein achtjähriger Sohn Vormund seines entmündigten Vaters wäre; das wird natürlich nicht vorkommen, und das Vormundschaftsgericht soll derartiges vermeiden; die Bestimmung ist aber deswegen gegeben, damit, wenn etwa im Grenzgebiet der Jahre etwas übersehen ist, z. B. ein noch nicht ganz Einundzwanzigjähriger zum Vormund ernannt ist, keine Unwirksamkeit der Geschäfte eintritt. Frauen — das ist ein großer Fortschritt unseres B.G.B. — können Vormünderinnen sein, und zwar nicht nur Mutter und Großmutter. Nur bestehen zwei Besonderheiten: die Frau kann die Vormundschaft stets ablehnen, was der Mann nicht kann, und die Ehefrau soll nur mit Zustimmung ihres Ehemannes zur Vormünderin bestellt werden (§§ 1783. 1786 B.G.B.). Der Vormund hat Recht und Pflicht der Obsorge über Person und Vermögen, er hat auch die Vertretungsmacht. In dieser Obsorge und in der Art und Weise, wie diese Vertretung zu wirken hat, ist er nach vielen Richtungen unter die Kontrolle des Vormundschaftsgerichts gestellt, vielfach auch unter die Kontrolle des Gegenvormundes, der ernannt werden soll, sobald eine erhebliche Vermögensverwaltung vorhanden ist (§ 1792 B.G.B.). Insbesondere soll bei Anlage des Mündelgeldes der Gegenvormund und event. das Vormundschaftsgericht zugezogen werden, und gewisse Rechtsgeschäfte können nur mit Genehmigung des Gegenvormunds, andere nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts vorgenommen werden. Ohne diese Genehmigung sind sie unwirksam[3]. Bei Verträgen kann der andere Teil dem Vormund, wie gewöhnlich, eine zweiwöchentliche Frist setzen, um die Genehmigung darzutun;

---

[1] Ausf.G. zum B.G.B. Art. 78.

[2] Über solche Gründe vgl. O.L.G. Karlsruhe 23. Mai 1902 Recht VI S. 324, 483.

[3] Die Genehmigung geschieht nach § 1828 B.G.B. durch Erklärung gegenüber dem Vormund. Der Vormund kann eine Vertretung bezeichnen, der gegenüber die Genehmigung zu erklären ist; dagegen ist die Bestimmung, daß die Genehmigung ohne Erklärung gelten solle, unwirksam, Entsch. bei Scherer, Das dritte Jahr S. 394. Bei einseitigen Rechtsgeschäften muß die Genehmigung im Augenblick der rechtsgeschäftlichen Erklärung vorhanden sein; vgl. darüber die Entscheidungen des Kammergerichts 21. Mai 1902, 23. Juli 1902 Mugdan V S. 404 ff.

ansonst gilt die Genehmigung als nicht erfolgt und der Vertrag als unwirksam. Ist der andere Teil getäuscht worden, indem der Vormund ihm unrichtigerweise eine bereits erfolgte Genehmigung vorspiegelte, so kann er sofort widerrufen (§ 1829 ff.). Die bezeichnete Kontrolle entbindet den Vormund nicht von der eigenen Verantwortung[1].

Der preußischen Vormundschaftsordnung entspricht auch das Institut der befreiten Vormundschaft kraft elterlichen Testaments, bei welchem die Kontrolle des Vormunds wesentlich erleichtert ist (§ 1852 ff.).

Die deutschrechtliche Familienvormundschaft aber tritt wieder hervor im Familienrat. Während nämlich die Obervormundschaft regelmäßig durch das Vormundschaftsgericht geführt wird, so kann, sei es infolge eines elterlichen Testaments, sei es nach Beschluß des Vormundschaftsgerichts, ein Familienrat eingesetzt werden, der aus dem Vormundschaftsrichter und zwei bis sechs Mitgliedern besteht, die entweder durch elterliches Testament berufen sind oder durch den Vormundschaftsrichter und den Familienrat gewählt werden (§ 1858 B.G.B.). Meist sollen es Verwandte oder Verschwägerte sein. Dieser Familienrat beschließt an Stelle des Vormundschaftsgerichts; doch kann der Vormundschaftsrichter einstweilen die erforderlichen Anordnungen treffen.

Neben der Vormundschaft des Minderjährigen und der Vormundschaft des Entmündigten kennt das Gesetz noch eine Pflegschaft, welche mehr oder minder der alten cura entspricht. Der Pfleger ist entweder ein Aushilfspfleger bei dem unter elterlicher Gewalt oder Vormundschaft stehenden oder ein Pfleger dessen, der infolge von Gebrechlichkeit einen Pfleger herbeiruft[2], oder ein Pfleger des Abwesenden[3], oder ein Pfleger der Leibesfrucht, in welch letzterem Falle eine juristische Persönlichkeit anzunehmen ist, die die Interessen des künftigen Kindes wahrt, und deren Organ eben dieser Pfleger ist; und in gleicher Weise ist es auch zu behandeln, wenn sonst für unbestimmte Persönlichkeiten, deren Interesse zu schützen ist, Pfleger bestellt werden, so insbesondere dann, wenn eine Sammlung gemacht wird und das Komitee aus irgend einem Grunde wegfällt, so daß für die (der geldempfangenden Sammlung zu Grunde liegende) juristische Person ein neues Organ geschaffen werden muß (§ 1909 ff., 1914 B.G.B.).

E. Erbrecht.

1. Grundgedanken (Stellung des Erben).

§ 108. Das Erbrecht des B.G.B. hat im wesentlichen neue Bildungen geschaffen unter dem Einfluß des germanischen Rechts und hat damit den deutschen Ideen einen mächtigen Sieg errungen.

Deutsch ist die Grundlage des Ganzen; die Grundlage, daß das Erbrecht ein Vermögenserbrecht, kein Personenerbrecht ist. Nicht die Person des Erblassers geht auf den Erben über mit all ihren Accidenzien, sondern nur das Vermögen, aber dieses als Gesamtheit. Und so entwickelt sich der Satz vom Vermögen als einer Summe von Aktiven und Passiven, und der Satz, daß diese Vermögenseinheit dem Erben zukommt[4].

Daher besteht ein ganz anderer Ausgangspunkt als nach römischem Rechte. Nach römischem Rechte Vollhaftung des Erben, zuerst unbedingt und dann als Regel seit der byzantinischen Schöpfung des Inventarbenefiziums; nach deutschem Recht dagegen Haftung des Vermögens und nur des Vermögens.

Während nun andere Gesetzgebungen mehr oder minder sich dem römischen Rechte

[1] Bayerisches Oberst. L.G. 9. Okt. 1902 Recht VI S. 558.

[2] Bei körperlichen Gebrechen kann eine totale oder partielle Pflegschaft angeordnet werden, bei geistigen nur eine partielle (sonst muß Entmündigung eintreten), § 1910.

[3] In dessen Interesse, nicht im Interesse Dritter; Kammergericht 30. Juni 1902 Mugdan V S. 364.

[4] Dies ist von mir in Einführung S. 95 durchgeführt.

anschlossen, hat das B.G.B., ähnlich wie das sächsische Gesetzbuch § 2328, das germanische System gewählt und der Erbenhaftung eine reale Grundlage gegeben.

In dieser Beziehung gilt folgendes: auch bei dem Inventarbenefizium war im römischen Recht die Haftung des Erben eine persönliche. Er haftete persönlich, wenn auch nur bis zum Betrage der Erbschaft; nach deutschem Rechte aber ist die Haftung eine sachliche: der Erbe haftet nicht bis zur Erbschaft, er haftet *mit* der Erbschaft. Alles, was die Erbschaft an Schicksalen erleidet, trifft die Gläubigerschaft, nicht ihn; geht die Erbschaft unter, so ist er frei.

Das mußte aber wiederum zum Satze führen, daß die Erbschaft wie ein fremdes Vermögen in der *Verwaltung* des Erben stehe. Schon frühere Rechte betrachteten daher den Erben als Verwalter des Nachlasses. Das B.G.B. ging weiter: der Erbe hat, um die reale Haftung zu verwirklichen, die Erbschaft in *Nachlaßverwaltung* eines Dritten, eines öffentlichen Verwalters, zu geben oder nötigenfalls den Nachlaßkonkurs zu veranlassen[1]. Nur in *einem* Falle soll dies nicht nötig sein, wenn nämlich der Gläubiger selber nicht das Nötige zur Feststellung tut. Hierzu hat man sich einer ebenfalls aus dem deutschen Recht entnommenen Einrichtung bedient, nämlich des *Aufgebotsverfahrens*: die Gläubiger werden aufgefordert, sich zu melden; die, welche sich nicht melden, haben nichts weiter zu beanspruchen, als was dem Erben von der Erbschaft nach Deckung der anderen Gläubiger übrig bleibt (§§ 1970 f., 1973 f.).

Alles dies wird bedingt durch das eine: der Erbe darf das *Inventarrecht* nicht verlieren. Er muß auf Antrag und richterliches Geheiß, innerhalb bestimmter Zeit (1—3 Monate), ein Inventar errichten; denn dieses allein gibt eine Grundlage für die Beschränkung der Haftung (§ 1993 f.).

§ 109. Vollkommen germanisch ist auch das Verhältnis einer *Mehrheit* von Erben. Es ist nicht so, als ob sie an allen einzelnen Erbschaftsstücken Bruchteile hätten, was, wie im römischen Recht, dazu führen müßte, daß die Forderung von selber unter die Erben geteilt wäre; sondern ihre Beteiligung am Erbe gestaltet sich in der Art, daß einstweilen der Anteil eines jeden an jeder einzelnen Sache ungewiß ist: er schwebt zwischen Null und der ganzen Sache, und erst die Teilung gibt jedem den ihm gebührenden Anteil an allem einzelnen. Daher kommt auch keinem der Miterben einstweilen ein *Bruchteil der Erbschaftsforderungen* zu. Erst die Teilung wird kundgeben, wie sich ihre Anteilnahme an den Erbschaftsforderungen gestaltet. Bei solcher ungewissen Beteiligung an allen einzelnen Sachen ist selbstverständlich eine Verfügung über Erbschaftssachen nur der Gesamtheit, nicht dem einzelnen möglich[2]. Dagegen kann der einzelne über seinen Anteil als Gesamtheitanteil verfügen, denn damit ist gesagt, daß der Erwerber dann, aber erst dann, einen bestimmten Anteil an den einzelnen Erbschaftsgegenständen bekommen wird, wenn der Erbe ihn selbst bekäme, also bei der Teilung, und daß ihm einstweilen eine unbestimmte Beteiligung an den einzelnen Sachen zusteht[3].

Und so ist denn auch die *Schuldenhaftung* der Erben eine *Gesamthaftung*, die nur so lange, als das Teilungsverfahren schwebt, eine gewisse Beschränkung erfährt. Nach der Teilung soll, sofern die Gläubiger ihre Befriedigung nicht gefunden haben, die Haftung wieder eine Gesamthaftung sein. Doch gibt man auch hier dem Erben Erleichterungen; insbesondere hat er nicht nur das Recht des öffentlichen Gläubigeraufgebots, sondern er kann von sich aus die Gläubiger zur Meldung innerhalb sechs Monaten auf-

[1] Wie sehr dies dem germanischen Recht entspricht, bezeugt das englische Recht, in welchem die Erbschaft zur Erledigung an einen executor oder administrator kommt, der für die Liquidation und Schuldenzahlung zu sorgen hat — ein Verhältnis dringend notwendig, sobald keine Personen- nur eine Sachhaftung besteht. Im übrigen hat nur das beneficium inventarii den Deutschen das römische Recht einigermaßen erträglich gemacht. Doch wurde es, so wie es im röm. R. gebildet war, vielfach abgestoßen, z. B. in *Como* (1214) a. 189 (Mon. hist. patr. XVI p. 76), *Novara* (1277) a. 264.

[2] So kam man im französischen Recht zum Satz von der rückwirkenden (deklaratorischen) Kraft der Teilung, a. 883 C. civ., der auf die Zeit des *Molinaeus* zurückführt.

[3] Daher ist auch eine Verpfändung und Pfändung des Erbteils möglich, § 859 Z. P.O. (vgl. Encyklop. II S. 172), vgl. auch L.G. Straßburg 23. Juli 1901 Z. f. Ziv.Proz. XXXI S. 113.

fordern, damit ihre Forderungen während des Teilungsverfahrens berücksichtigt werden können. Melden sie sich nicht, dann soll zur Strafe solcher Gläubiger die Haftung der Erben eine bloße Teilhaftung sein, denn der Erbe kann mit Recht sagen: bei rechtzeitiger Meldung wäre die Forderung während der Teilung erledigt worden (§§ 2058 ff. B.G.B.); Voraussetzung ist, daß die Forderung dem Erben unbekannt war, denn Bekanntschaft mit der Forderung zur Zeit der Teilung steht der Anmeldung gleich.

§ 110. Das römische Recht ging, abgesehen von dem Fall der Hauserbfolge, von dem Satze aus, daß der Erbe nur mit seinem Willen Erbe werden könne, denn eine unbedingte Aufnahme einer ganzen Persönlichkeit mit all ihren Schulden konnte niemandem zugemutet werden. Dem deutschen Rechte ist dieser Gedanke fremd. Der Erbe überkommt die Erbschaft von selbst: sie ist Hauserbschaft und geht mit dem Hause und der Hausbetätigung von selbst auf den Erben über; daß er das Haus erst annehmen soll, war ein Gedanke, der dem deutschen Geiste fern blieb. Doch gestattete man ihm allmählich eine Ablehnung und Ausschlagung, verlangte aber, daß dies in kurzer Frist erfolge, weil es ein Abgehen von der Norm war. In ähnlicher Weise ist nun die Sache nach B.G.B. gestaltet: der Erbe wird von selbst Erbe, ohne Antretung. Wohl aber haftet seinem Rechte ganz nach alter Erinnerung die Möglichkeit der Ausschlagung an, die dann allerdings in unserem Rechte besonderes gestaltet, an Fristen und Formen gebunden ist; und zwar in der Art, daß die Ausschlagung in sechs Wochen von der Kenntnisnahme zu erfolgen hat; nur in zwei Fällen: 1. wenn nämlich der Erbe bei der ersten Kenntnisnahme sich im Auslande aufhält, oder 2. wenn der Erblasser bei seinem Tode den Wohnsitz im Auslande hatte, ist die Frist sechs Monate. Die Ausschlagung muß förmlich geschehen, durch öffentlich beglaubigte Erklärung an das Nachlaßgericht (§ 1944 f.)[1].

Der Ausschlagung steht die Annahme entgegen. Diese hat die Bedeutung, daß die Ausschlagung nicht mehr möglich ist, auch wenn sonst die Fristen noch schweben.

Von der Ausschlagung zu unterscheiden ist der Erbverzicht, welcher durch Vertrag zwischen dem Erblasser und dem Verzichtenden, also vor dem Erbfall erfolgt, wodurch ein künftiger gesetzlicher Erbe, Testamentserbe, Vertragserbe abgestoßen werden kann, so daß bei Erbfall sein Recht nicht entsteht. Dies kann auch bei einem Testamentserben von Bedeutung sei, wenn etwa der Erblasser geschäftsunfähig geworden ist und sein Testament nicht mehr ändern kann (§ 2347 B.G.B.), oder auch bei einem im Erbvertrag eingesetzten Dritten, wenn beispielsweise der Vertragsgenosse (der ja nicht der eingesetzte zu sein braucht) den Erblasser nicht vom Erbvertrag freigeben will (§ 2352 B.G.B.).

§ 111. Das B.G.B. entspricht auch vollkommen dem Zug des deutschen Rechts in der Art, daß es eine Vor- und Nacherbeinsetzung gewährt. Da die Erbberechtigung nur an dem Vermögen, nicht an der Person des Erblassers haftet, so steht nichts im Wege, das Recht am Vermögen zu einem zeitweiligen und auflösend bedingten zu gestalten. Auch ist kein Grund vorhanden, hier die Umwege des römischen Rechts zu wählen, so daß nur der Vorerbe Erbe wäre und der Nacherbe sich in die Rolle eines Universalfideikommissars flüchten müßte. Auch der Aushilfe des römischen Rechts, den Vorerben mit einem Veräußerungsverbot zu belasten, bedürfen wir nicht, denn die relative Unwirksamkeit der Veräußerungen ergibt sich bereits aus der auflösenden Bedingung[2]. Auf

[1] Eine Ausschlagung vor der Kenntnis wäre gültig, nicht aber eine Ausschlagung vor dem Erbfall; eine Ausnahme gilt vom Nacherben, der, natürlich nicht vor dem Vorerbfall, wohl aber vor dem Nacherbfall ausschlagen kann; er braucht es allerdings nicht, er kann noch innerhalb sechs Wochen nach Kenntnis vom Nacherbfall ausschlagen, § 2142 B.G.B. Das ist wichtig wegen § 2306. Vgl. Kammergericht 9. Mai 1902 Mugdan V S. 234, unrichtig O.L.G. Naumburg 24. März 1902 ebenda V S. 359.

[2] Sie ist übrigens wesentlich beschränkt, da dem Vorerben ein weitgehendes Verfügungsrecht zusteht; ausgeschlossen ist seine Verfügung in Bezug auf Grundstücke (weßhalb die Nacherbschaft ins Grundbuch einzutragen ist) und in Bezug auf Schenkungen, § 2113 B.G.B., § 52 Grundb.O. Dazu kommt das Ersatzprinzip, daß, was mit Mitteln der Erbschaft erworben wird, Erbschaft wird.

solche Weise läßt das B.G.B. mehrere Ordnungen von Erben hintereinander zu, eine Art von Feudalisierung des Vermögens, verwandt den lehnsrechtlichen Instituten, verwandt den Familienfideikommissen, getragen von dem unablässigen Bestreben des deutschen Rechts, eine Form des Vermögensgenusses zu gewähren, welche mehrere Generationen hindurch dauern und von den Wechselfällen der einzelnen Familienglieder unabhängig sein soll: ein wichtiger Zug in den Bemühungen, das Vermögen von den Nachteilen der Vereinzelung zu retten und die nachfolgenden Träger der Familie von den Irrgängen zwischenliegender Geschlechter unabhängig zu stellen.

Auch hier zeigt sich der große Unterschied des B.G.B. gegenüber dem Code civil. Dieser stand den Auswüchsen und Mißbräuchen eines verrotteten sozialen Lebens gegenüber und glaubte nicht anders helfen zu können als durch unbedingte Individualisierung und äußerste Beschränkung der Nacherbeinsetzung (a. 896, 1048 ff.). Wir haben gelernt, daß auf diesem Wege das Heil nicht zu erzielen ist, sondern daß nur eine Verbindung zwischen Gesamt- und Einzelleben uns fördern kann.

Übrigens hat das B.G.B. den altbewährten Grundsatz befolgt, daß die Gebundenheit des Vermögens *nicht ins Unendliche* gehen darf, und es bestimmt, daß regelmäßig in dreißig Jahren die Erbschaft frei sein solle, welche Frist allerdings unter Umständen etwas verlängert sein kann; aber doch so, daß auch hierdurch nicht gerade eine unverhältnismäßige Bindung des Erbes hervorgerufen wird, indem stets in absehbarer Zeit die Rückkehr des Vermögens in die allgemeine Freiheit möglich sein muß. Es ist nämlich bestimmt, daß die dreißigjährige Frist dann überschritten werden kann, wenn die Nacherbfolge auf Ereignisse in der Person des Vor- oder Nacherben gebaut ist und diese Personen zur Zeit des Todes des Erblassers schon lebten; so insbesondere, wenn eine Nacherbeinsetzung für die Zeit des Todes des zur Zeit des Erbfalles bereits lebenden Vorerben erfolgt: dieser kann allerdings noch fünfzig oder sechzig Jahre leben, aber immerhin hat dies seine nahe Grenze; würde man hier die dreißig Jahre festhalten, so könnten Fälle eintreten, wo der Nacherbe gar nicht mehr zur Hebung gelangt, selbst wenn er bereits zu Lebzeiten des Erblassers am Leben gewesen wäre: das würde seine gerechtfertigten Erwartungen täuschen und ihm einen frühen Tod des Vorerben besonders lieb machen. Ein anderer Fall ist der, wenn es sich darum handelt, eine Ausgleichung in der Art herbeizuführen, daß einem Geschwister des Vor- oder Nacherben die Nacherbfolge gewährt wird, dies also auch dann, wenn derjenige, um dessen Geschwister es sich handelt, bei dem Tode des Erblassers noch nicht geboren war. Auch hier kann die Nacherbeberechtigung nach dreißig Jahren zur Geltung kommen; aber immerhin ist auch hier eine naheliegende Schranke gesetzt (§ 2109 B.G.B.).

§ 112. Zur Legitimation des vermutlichen Erben gegen Dritte schuf das römische Recht die *bonorum possessio sine re*.

Der Prätor gab dem bonorum possessor prätorisches Eigentum an den körperlichen Sachen; er gab ihm die *actiones* des Erben *utiliter*, d. h. mit einiger Formeländerung; aber auch umgekehrt haftete der *bonorum possessor utiliter* für die Erbschaftsschulden und konnte daher mit einer *utilis actio* in Anspruch genommen werden.

Damit begegneten sich im Mittelalter germanische Sicherungsbestrebungen, und der Niederschlag derselben ist der preußische Erbschein nach Gesetz vom 12. März 1869 und *Erbschein* des B.G.B., der auf Grund einer Prüfung des Sachverhalts, insbesondere auch auf Grund einer eidesstattlichen Versicherung des Antragstellers, vom Nachlaßgericht im Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit erteilt wird und zur Folge hat, daß nicht nur

1. der im Erbschein Bezeichnete als Erbe vermutet wird, sondern auch
2. wenn jemand in gutem Glauben mit dem Erbscheinsträger als Erben kontrahiert

---

§ 2111 B.G.B. Übrigens kann das Verfügungsrecht des Vorerben vom Erblasser erweitert werden, § 2136 f.

oder an ihn geleistet hat, die Rechtswirkungen eintreten, als ob dies gegenüber dem wahren Erben geschehen wäre (§§ 2365 ff. B.G.B.).

Ein unrichtiger Erbschein ist vom Nachlaßgericht einzuziehen oder für kraftlos zu erklären, § 2361 B.G.B., § 84 Ges. f. G.[1].

2. Gesetzliche Erbfolge.

§ 113. Die gesetzliche Erbfolge ist völlig germanisch; sie beruht auf dem germanischen, ja indogermanischen, ja universalrechtlichen, bei den verschiedensten Völkern nachweisbaren Gedanken der Parentelerbfolge. Entscheiden soll die Gliederung der Familie, wie sie sich in aufeinander folgenden Zeugungen ergibt. Die erste Parentel ist die des Erblassers mit seinen Abkömmlingen, die zweite die der Eltern mit ihren Abkömmlingen, die dritte die der Großeltern mit Abkömmlingen u. s. w. So wird die Gliederung der Familie weitergeführt; daher gilt 1. der Gedanke, daß jeweils die Abkömmlinge eines Stammes eine Einheit bilden, als Einheit gezählt und als Einheit behandelt werden; wenn einer wegfällt, so treten seine Abkömmlinge ein: die Enkel des verstorbenen Sohnes erben neben dem Sohne, und die Enkel mehrerer verstorbener Söhne erben nach Stämmen, wie die Söhne nach Stämmen geerbt hätten. Aber nicht nur der Mensch mit seinen Abkömmlingen, sondern auch 2. der Mensch mit seinen Vorfahren macht eine Einheit aus: der Vater mit seinen Vorfahren bildet die eine, die Mutter mit ihren Vorfahren bildet die andere Linie; die väterlichen Großeltern und die mütterlichen Großeltern stellen je eine erbrechtliche Einheit dar; weshalb, wenn väterliche und mütterliche Großeltern zusammentreffen, die eine Hälfte des Erbes an die väterlichen, die andere an die mütterlichen Großeltern fällt; wenn daher nur der väterliche Großvater, aber beide mütterliche Großeltern vorhanden sind, so bekommt der erstere die eine Hälfte, die anderen die andere Hälfte; jedoch mit Berücksichtigung dessen, daß, wenn vom verstorbenen Großelternteil Abkömmlinge vorhanden sind, diese an Stelle der Verstorbenen treten, nach dem System zu 1.

Diese tiefgreifende, der Gliederung der Familie entsprechende Behandlung wird allerdings von der vierten Parentel ab verlassen, denn nunmehr gilt innerhalb der Parentel lediglich Gradesnähe und Kopfteilung, weil eine weitere Durchführung der obigen Ideen zu umständlich und mißlich wäre, wie die Erfahrungen des österreichischen Rechts reichlich gelehrt haben (§§ 1924 f., 1928 f. B.G.B.).

Die Behandlung des Ehegatten neben den Verwandten ist für die Erbfolge und die Familienverhältnisse charakteristisch. Vom römischen Recht wurden die Ehegatten äußerst vernachlässigt; die deutschen Rechte geben dem Mann ein Mobiliarerbrecht, der Frau einen lebenslänglichen Vermögensgenuß am Ganzen oder Teil. Das B.G.B. gewährt dem überlebenden Ehegatten, nicht nur der Frau, einen Vermögensteil zum Eigentum, ein Viertel oder ein Halb oder auch das Ganze: der ersten Parentel gegenüber ein Viertel, der zweiten ein Halb, den Großeltern gegenüber ein Halb, den weiteren Verwandten, namentlich auch den Seitenverwandten der dritten Parentel gegenüber das Ganze; dazu kommt, wenn er nicht das Ganze erhält, noch der sog. Voraus: der Ehegatte soll sich nicht von Dingen trennen, die ihm durch das vielleicht langjährige Zusammenleben teuer und heilig sind, dem Hausrat und den Hochzeitsgeschenken; an ihnen erlangt er sozusagen ein gesetzliches Vermächtnis, doch nur, wenn er nicht mit Abkömmlingen zusammen erbt: denn im letzteren Falle gelten dieselben Gefühlsrücksichten auch für die Abkömmlinge (§§ 1931, 1932 B.G.B.).

§ 114. Vollkommen germanisch ist auch der Ausgleichungsgedanke, für den Fall nämlich, daß einem der Abkömmlinge eine Ausstattung zugewendet worden ist. Die Ausstattung war ehemals eine Zuwendung, verbunden mit der Trennung von der väter-

[1] Eine Unrichtigkeit liegt insbesondere vor, wenn eine Nacherbschaft im Erbschein nicht erwähnt ist, Oberstes L.G. München 22. Nov. 1901 Mugdan IV S. 132.

lichen „were“, von dem väterlichen Hausstande. Wer auf solche Weise ausgeschieden war, hatte ursprünglich kein Recht mehr auf den väterlichen Haushalt und den Erwerb des Haushaltes: getrennt folgte er seinem Schicksal, getrennt suchte er sein Glück auf, getrennt erwarb er sich sein Vermögen. Erst später trat der Gedanke auf, daß auch ein solcher wieder in den väterlichen Haushalt zurückkehren dürfe; dann müsse er aber die aus dem väterlichen Hause stammende Ausstattung sich als Ausgleichung anrechnen lassen. Der Gedanke war der: er wird nun behandelt als ein solcher, der bereits im voraus vom väterlichen Hause etwas erlangt hatte, was ihm sonst erst später als Teil des Nachlasses zugefallen wäre.

Im übrigen hat sich dies Ausgleichungsrecht verschieden gestaltet. Manche Rechte gingen so weit, daß man den Ausgestatteten zwang, nachträglich in die Erbschaft einzutreten und die Ausstattung zurückzubringen: man wollte damit der Möglichkeit vorbeugen, daß einem Kinde mehr als dem anderen zugeteilt werde, indem der Hausvater das Ausstattungsrecht zur Bereicherung des einen Kindes benutzte. Andere gestatteten dem Kinde, auch nach dem Tode des Erblassers außerhalb der were zu bleiben, also auf den Nachlaß zu verzichten und die Ausstattung zu behalten, selbst dann, wenn es den Erbteil überstieg. Manche Rechte allerdings blieben bei dem alten Gedanken stehen, daß der Ausgestattete mit der Ausstattung zufrieden sein müsse und überhaupt nicht zum Nachlasse und damit zum Hausvermögen zurückkehren dürfe[1].

Von diesen verschiedenen Entwicklungsformen hat sich diejenige am widerstandsfähigsten erwiesen, welche dem Kinde die Wahl läßt, ob es bei der Ausstattung verbleiben oder unter Einwurf und Ausgleichung nach dem Tode in das Hausvermögen eintreten wolle. Das ist im großen und ganzen die Auffassung der neuzeitlichen Gesetzbücher geworden. Wenn auf solche Weise ein Kind mehr bekommt als das andere, so ist dies ein Umstand, welcher uns nicht mehr so beängstigt wie frühere Tage; denn in früheren Zeiten, als das Vermögen meist Erbvermögen war, betrachtete man es allerdings als Unrecht, wenn dieses Erbvermögen anders als nach den gesetzlichen Erbgangsverhältnissen an die einzelnen Kinder fiel; während wir uns heutzutage, wo eine überschießende Menge Vermögenserrungenschaft vorhanden ist, mit der individualisierenden Bestimmung des Erblassers in der Vermögensverteilung recht wohl abfinden können, sofern nur die Ungleichheit nicht gewisse Grenzen übersteigt.

In Rom war das der Erbausgleichung einigermaßen entsprechende Institut die Kollation. Diese aber hat erst in der späten Kaiserzeit einen dem modernen Rechte verwandten Charakter angenommen. Sie geht ursprünglich nicht davon aus, daß ein Kind etwas aus dem Hausvermögen erwarb und es deswegen zum Nachlaß wieder einwerfen muß, sondern sie beruht auf dem Gedanken, daß das Nichthauskind bei der Erbfolge nicht günstiger behandelt werden dürfe als das Hauskind. Das Hauskind aber war nach der römischen Auffassung unfähig, etwas für sich zu erwerben, und so lag all sein Erwerb im Hausvermögen, d. h. im Vermögen des Hausvaters. Das Nichthauskind aber (der Emanzipierte) erwarb, was er erwarb, für sich. Darum bestimmte der Prätor, daß, wenn ein Nichthauskind zur Erbschaft kam, es all sein Hab und Gut einwerfen müsse, denn es müsse sich so behandeln lassen, als wenn es bisher Hauskind gewesen wäre; es hatte also sein ganzes Vermögen beizubringen, gleichgültig, ob es etwas vom Hausvater bekommen hatte oder nicht. Dies war die collatio bonorum des Emanzipierten. Von ähnlichen Grundsätzen war auch die Kollation der Mitgift der Tochter getragen; auch diese war einzuwerfen ohne Rücksicht darauf, von wem sie stammte. Erst später, als das Hauskind eigenes Vermögen erwarb und als das Mitgiftrecht und das Recht der Ehe-

[1] Dies zeigt sich namentlich sehr deutlich in den französischen coutumes: es gab coutumes d'égalité parfaite, d'égalité imparfaite, auch coutumes de préciput (bei denen es möglich war, Erbteil und Ausstattung zu kumulieren) und coutumes de forclosure. Vgl. darüber meine Schrift über das Kollationsrecht in den französischen Coutumes (in der Festgabe für Gneist). So auch in den italienischen Stadtrechten. In Chianciano (1287) ist die ausgestattete Tochter gegenüber andern Kindern von der Erbschaft ausgeschlossen; ebenso in Turin (1360) (Mon. hist. patr. I p. 665), in Rom (1363) I 95. 98 u. a. In England heißt die Ausgleichung hotchpot.

schenkung eine so überaus große Rolle spielten, kam man dazu, die Kollation auch von dem Standpunkte aus zu betrachten, daß das aus dem Hausvermögen Stammende wieder an dasselbe zurück müsse. Damit näherte sich die Behandlung der des germanischen Rechts; aber allerdings die Schöpfungskraft des römischen Rechts war erlahmt: denn dies geschah erst zur Zeit des Kaisers Leo, in der Zeit des aufgebauschten, halbfähigen Byzantinismus. Immerhin aber boten die römischen Bestimmungen so viele Anhaltspunkte, daß sich das deutsche Institut unter dem Schutze römischer Rechtssätze bilden und im Leben festsetzen konnte. Die historische Schule hat dies allerdings kaum verstanden; sie erkannte nicht, daß es sich um ein deutschrechtliches Institut handle und daß die römische Form nur eine Form war.

Nur die Ausstattung ist zur Ausgleichung zu bringen (§ 2050 B.G.B.), also nicht jede Schenkung; denn der Gedanke ist immer noch der, daß nur solches Vermögen Ausgleichungsvermögen ist, welches mehr oder minder als eine verfrühte Erbfolge angesehen werden kann; nicht jede Schenkung aber hat die Bestimmung, eine Erbfolge zu vertreten, wohl aber eine Ausstattung, die darum nach dem B.G.B. auch nicht zu den eigentlichen Schenkungen gerechnet wird. Ausstattung ist dasjenige, was bei der Verheiratung oder bei der Erlangung einer selbständigen Lebensstellung gegeben wird, oder was, nachdem eine selbständige Lebensstellung errungen ist, weiter zugewendet wird, und alles dies zu dem Zwecke, um die Lebensstellung und die mit ihr verbundene Hauswirtschaft zu begründen, zu heben oder zu erhalten (§ 1624 B.G.B.). Denn die Kinder sollen, — das ist der Gedanke, — wenn sie sich selbständig machen möchten, nicht warten bis zum Tode der Eltern; sie sollen schon bei Lebzeiten des Hausvaters ihre Lebensstellung erwerben, und dazu gehört, daß ihnen aus dem Hausvermögen zum voraus etwas zugewendet wird. Das unterscheidet unsere „alte" Welt von der „neuen": eine solche Ausstattung ist immer noch üblich, weil bei uns das produktive Leben noch nicht die Rolle spielt und noch nicht die Rolle spielen kann wie in Amerika; in Amerika läßt man die junge Generation sich selbst ihren Weg suchen, ein die Arbeitskraft mächtig anregendes System, aber allerdings — und darin liegt die Einseitigkeit der neuen Welt — einseitig anregend, nach der Richtung des Vermögenserwerbes hin.

Sonstige Schenkungen vertreten nur dann die Erbfolge, wenn ausdrücklich bestimmt wird, daß sie zur Ausgleichung zu bringen seien. Durch solche Bestimmung bekundet die Schenkung einen der Ausstattung ähnlichen Charakter (§ 2050 B.G.B.).

Aufwendungen für die Erlangung eines Berufs sind keine Ausstattungen: es ist die natürliche Pflicht des Hausvaters, den Kindern eine Erziehung zu geben, welche ihnen ermöglicht, nach Kräften zu leisten und zu wirken. Wenn ihnen diese Erziehung zur Begründung eines Hausstandes mithilft, so ist dies nur mittelbar der Fall: sie hilft ihnen mit, nicht wegen ihres Vermögenscharakters, sondern darum, weil die Erziehung die Persönlichkeit zu einer solchen Lebensstellung vorgebildet hat. Eine Ausgleichung der Erziehungskosten ist daher die größte Unbilligkeit. Das B.G.B. verordnet sie allerdings nur dann, wenn die Aufwendungen über die Vermögensverhältnisse des Erblassers hinausgehen (§ 2050). Doch auch dies ist nicht gerechtfertigt, und es wäre besser gewesen, von einer Ausgleichung der Erziehungskosten überhaupt abzusehen. Daß das eine Kind mehr Erziehungskosten verursacht als das andere, ist nichts anderes, als wenn z. B. das eine Kind infolge von Krankheit und Schwächlichkeit größeren Bedarf hat: eine Ausgleichung in dieser Beziehung ist eine mechanische Gleichheitssucht, welche mit der Natur der Erziehungs- und Unterhaltspflicht völlig im Widerspruch steht; die Bestimmung ist eine Nachgiebigkeit gegenüber dem in den germanischen Familien häufig verbreiteten Kleingeiste, der nicht begreift, daß der Stoff dem Geiste huldigen muß, und sie hätte um so mehr wegbleiben sollen, als sie nur solchen Kleingeist nähren kann. Allerdings muß hierbei berücksichtigt werden, daß nicht alles, was in den Studienzeiten verbraucht wird, auch für die Studien aufgewendet worden ist.

Die Ausgleichung geschieht nicht etwa wie im römischen Rechte durch Einwerfung; das würde dem germanischen Gedanken völlig widersprechen; sie geschieht durch Anrechnung. Das, was der Ausgestattete besitzt, besitzt er als Vorauserbschaft; er besitzt es nach dem Werte, den die Sache zur Zeit der Zuwendung gehabt hat; denn in

diesem Augenblicke ist ihm das Vorauserbe zugekommen; da er mithin so viel bereits an Erbgut bekommen hat, so muß er entsprechend im Nachlasse zurückstehen. Die Rechnung wird daher so gemacht, daß man das Zugewendete fiktiv dem Nachlaß zuzählt, danach die Erbteile bestimmt und sodann das Zugewendete dem Ausgestatteten auf seinen Erbteil setzt.

Hier kann nun folgendes eintreten: es kann kommen, daß das Kind mehr empfangen hat, als sein Erbteil beträgt; beispielsweise: A, der eine der beiden Söhne, erhielt 60 000 Mk., der Nachlaß beträgt nur 10 000 Mk.; A hätte also im ganzen 35 000 Mk. zu beanspruchen; er hat aber 60 000 Mk. bekommen, und hat also 25 000 Mk. mehr, als ihm eigentlich gebührt. Man sollte daher erwarten, daß er nicht nur nichts aus dem Nachlaß erlangt, sondern noch 25 000 Mk. herauszahlen muß. Das ist aber nicht der Fall. Die Anrechnung kann höchstens dahin führen, daß der Ausgestattete gar nichts aus dem Nachlaß bekommt; also in unserem Falle so, daß das andere Kind den vollen Nachlaß mit 10 000 Mk. erhält, während der Ausgestattete bei seiner Ausstattung bleibt. Wenn das eine Kind auf solche Weise in der bloßen Ausstattung, welche es allein behält, mehr hat, als sein Erbteil beträgt, so ist das eine Ungleichheit, die die Rechtsordnung nicht weiter berücksichtigt: das ausgestattete Kind könnte ja auch einfach auf die Erbschaft verzichten, so daß es von selbst die Ausstattung behielte. Das System der unbedingten Gleichheit haben wir verworfen: es besteht zwar immer noch ein gewisses Bestreben nach Ausgleichung, sofern nämlich das ausgestattete Kind etwas aus dem Nachlaß will; wenn es aber den Nachlaß vollständig den anderen Erben überläßt, so hat die Gleichheitsbestrebung keine Berechtigung mehr (§§ 2055, 2056).

3. Gewillkürte Erbfolge.

§ 115. Dem römischen Recht entspricht der Grundgedanke, daß man nicht nur kraft Gesetzes, sondern auch kraft Verfügung von Todes wegen beerbt werden kann, daß also auch durch eine Verfügung von Todes wegen ein Erbe geschaffen werden könne. Hierzu finden sich bedeutungsvolle deutschrechtliche Anklänge in der Adfatomie und in dem Erbvertrag; doch haben andere deutsche Rechte den Grundsatz ausgesprochen, daß nur Gott einen Erben schaffen könne, nicht der Erblasser, dem also höchstens das Recht zustehe, Vermächtnisse zu begründen. Hier hat das römische Recht stark nachgewirkt, und der Grundgedanke des französischen Gesetzbuchs, wonach die Erbschaft immer nur eine gesetzliche sei, ist bei uns vermieden worden. Dies mit Recht; denn warum soll, namentlich wenn es an näheren Verwandten fehlt, nicht die Möglichkeit gegeben sein, durch Willkürverfügung einem Dritten die Rechte eines unmittelbaren Gesamtnachfolgers zu geben?

Den Unterschied aber zwischen Erbfolge und Vermächtnis hat das B.G.B. viel tiefer erfaßt als das römische Recht. Vor allem ist, wie alsbald auszuführen, das Vermächtnis stets nur ein Vermächtnis mit obligatorischem Forderungsgehalt: es gibt kein Vindikationslegat mit unmittelbarem Eigentumserwerb des Vermächtnisnehmers. Noch weniger gibt es ein Universalfideikommiß, welches den Vermächtnisnehmer sofort oder nach erfolgter Erklärung zum Gesamtrechtsnachfolger macht. Diese letztere Gestalt war auch im römischen Rechte eine außerordentliche Anomalie, nur hervorgerufen durch den Mangel des Nacherbeneinsetzungsinstituts. Auch den Begriff der Auflage hat das B.G.B. schärfer umgrenzt als es je bisher geschehen: Auflage liegt dann vor, wenn die Verfügung entweder gar keine individualistische Bedeutung hat, oder wenn zwar eine individualistische Bevorteilung stattfindet, der Bevorteilte aber keinen Anspruch hat, dieser Anspruch vielmehr anderen Personen zusteht.

§ 116. Die Verfügung von Todes wegen soll auch nach dem B.G.B. vom Erblasser direkt getroffen werden. Unzulässig ist es, den Inhalt in das Belieben anderer zu stellen. Diese Regel wird aber vielfach durchbrochen, nicht in Bezug auf die Erbeinsetzung, wohl aber in Bezug auf Vermächtnisse und Auflagen. Bei Vermächtnissen kann einem Dritten ein Wahlrecht unter mehreren benannten Personen gegeben werden, ebenso ein

Wahlrecht in Bezug auf die Vermächtnisgegenstände. Ja, es kann das Bestimmungsrecht in Bezug auf den Gegenstand vollkommen in das Ermessen eines Dritten gestellt sein, sobald der Erblasser nur den Zweck gesetzt hat. Bei der Auflage kann sogar die Bezeichnung der Person dem Belieben eines Dritten preisgegeben werden, sofern der Zweck genügend bekundet ist (§§ 2065, 2151, 2153, 2154, 2156, 2192, 2193 B.G.B.).

Sodann kann der Erblasser zur genauen Ausführung seiner Bestimmungen einen Testamentsvollstrecker ernennen, wovon noch S. 751 zu sprechen sein wird.

§ 117. Die Form des Testaments[1] ist im B.G.B., ganz dem Bedürfnisse entsprechend, entweder eine öffentliche oder eine private. Das öffentliche Testament wird errichtet vor Richter oder Notar mit zwei Zeugen; doch kann der Richter statt der zwei Zeugen einen Gerichtsschreiber, der Notar statt der zwei Zeugen einen zweiten Notar zuziehen. Hier wird das Testament entweder mündlich oder schriftlich gemacht; mündlich in der Art, daß man dem Notar oder Richter vor Zeugen die letztwilligen Bestimmungen einzeln ausspricht, worüber ein Protokoll aufgenommen wird; oder schriftlich: der Erblasser übergibt ein Schriftstück mit der Erklärung, daß das darin Enthaltene „sein letzter Wille" sein soll, worüber gleichfalls ein Protokoll zu errichten ist. Das Protokoll muß natürlich in der entsprechenden Weise vorgelesen und unterzeichnet werden (§ 2238 ff. B.G.B.). Der Inhalt des öffentlichen Testaments gilt als öffentlich beurkundet, auch das vom Erblasser hierbei übergebene Schriftstück[2].

Das Testament soll öffentlich aufbewahrt werden; doch ist die öffentliche Aufbewahrung nichts für den Rechtsbestand Wesentliches (§ 2246 B.G.B.).

Anders das Privattestament. Es wird errichtet ohne jeden Zuzug eines Beamten, ohne irgend welche Dazwischenkunft, einfach dadurch, daß der Erblasser seine letzte Willensbestimmung eigenhändig schreibt, datiert (mit Datum des Ortes und Tages) und unterzeichnet[3]. Das Datum muß richtig sein; doch dürfen Ungenauigkeiten noch keine Ungültigkeit herbeiführen, z. B. wenn ein Testament, das jemand im Postbezirk Berlin errichtet, von Berlin datiert wird, obgleich sich der Erblasser im Gemeindebezirk Charlottenburg befindet. Daß aber die Richtigkeit des Datums wesentlich ist, ergibt sich schon daraus, daß nach dem Datum eine Menge von Umständen im Testament beurteilt werden müssen, so insbesondere auch die Testamentsfähigkeit des Errichters. Jeder Versuch, ein Testament falsch zu datieren, muß darum unweigerlich mit der Nichtigkeit bestraft werden[4].

Dieses eigene Testament stammt aus westgotischer Zeit; es findet sich in Südfrankreich in früheren Jahrhunderten seltener, ist aber in Ordonn. 1629 (Art. 126) und und 1735 (Art. 19) anerkannt worden und dann auch in den Code civil übergegangen; es findet sich auch in Österreich und hat sich überall bewährt[5]. Die Befürchtungen, die man daran geknüpft hat, daß bei einer solchen Urkunde kein Rechtshalt gegeben sei und man keine Sicherheit habe, ob ein Entwurf oder ein vollendetes Geschäft vorliege, die Befürchtung leichter Fälschung und Unterschiebung, alle diese Befürchtungen haben sich in der Praxis als

---

[1] Das B.G.B. spricht von Testament, der Schweizer Entwurf von Wille. In Parenthese steht zu § 1937 B.G.B. neben Testament der Ausdruck „letztwillige Verfügung", welcher Ausdruck auch in anderen Stellen des B.G.B. eine einseitige Testamentserklärung bezeichnet, z. B. in §§ 1369, 1638, 1651, 2044, 2048 B.G.B. u. a.; womit gesagt ist, daß, wenn solche Bestimmung im Erbvertrag steht, sie nur einseitigen, widerruflichen Charakter hat (§ 2299 B.G.B.).

[2] Eine hierin ausgesprochene Anerkennung eines unehelichen Kindes entspricht daher den §§ 1718, 1720, vgl. Oberstes L.G. München 26. Juni 1902 Mugdan V S. 339.

[3] Wünschenswert ist es, daß die Unterschrift auch das Datum deckt; doch hat man es als genügend angenommen, wenn die Unterschrift unter dem Testament stehe und dann das Datum beigefügt werde; vgl. Kammergericht, 24. Dezember 1900 Mugdan II S. 136.

[4] Man hat dies Pedanterie gescholten, — allein sind denn die Formen des Testaments nicht genug erleichtert? Kann man nicht mindestens ein ordentliches Datum und Unterschrift verlangen? So viel Zucht kann man von einem gebildeten Volk beanspruchen. Richtig auch die reichsgerichtliche Praxis.

[5] Das englische Recht kennt nach den Wills Act 1837 1 Vict. c. 26 auch ein privates Testament, das der Erblasser unterzeichnet, und dessen Unterzeichnung er in Gegenwart zweier Zeugen anerkennt, die dies bestätigen und unterschreiben.

eitel erwiesen. Die einzige Gefahr ist die, daß der Erblasser falsch datiert und dadurch den Bestimmungen über Testamentsfähigkeit zu entgehen sucht, da insbesondere die Entmündigung den Geschäftsbeschränkten testamentsunfähig macht, und zwar von dem Beginn des Entmündigungsverfahrens (Stellung des Antrags) an (§ 2229 B.G.B.).[1]: das wird in solchem Falle der Erblasser durch falsche Datierung des Testaments zu vereiteln suchen. Die nötige richterliche Würdigung der Verhältnisse muß es hier, wie in anderen Fällen, unternehmen, durch den Trug und die Arglist hindurch zur Wahrheit zu gelangen.

Von dem größten Segen ist aber das eigenhändige Testament dadurch, daß es den letzten Willen mächtig fördert; denn eine große Reihe von Menschen möchte gern letztwillige Verfügungen machen, scheut sich aber vor dem öffentlichen Beamten und vor der Berührung mit öffentlichen Behörden; sodann ist dieses Testament vor allem eine Sicherung der persönlichen Freiheit: viele halten sich zurück, ein Testament zu machen, weil sie sich vor ihren Verwandten fürchten, und viele, welche eine Testament gemacht haben und es bereuen, haben nicht den Mut, es zu widerrufen, weil, wenn sie die öffentliche Form gebrauchten, dies ruchbar werden könnte und sie der Unbill der Beteiligten verfielen. Hier bietet das private Testament die beste Aushilfe; ein paar Zeilen genügen, um vollständig das Gewebe der Nachstellungen zu zerreißen.

Das eigenhändige Testament darf nicht als ein erblasserischer Entwurf betrachtet werden, der erst durch Anerkennung bis zum Tode zum Rechtsgeschäft erwächst; es ist ein Rechtsgeschäft, obgleich es in das Belieben gesetzt ist. Zwar kann der Erblasser das Testament jederzeit widerrufen, aber trotzdem ist es vollendet und abgeschlossen; denn wenn der Testator auch sofort nach Errichtung des Testaments wahnsinnig wird, so hat und behält das Testament seine Wirkung.

Ein Testament kann man schon mit dem 16. Lebensjahre errichten; doch können Minderjährige, Lesensunkundige, Blinde kein eigenhändiges Testament machen, und ein öffentliches nur in der offenen, nicht in der geheimen Form (§§ 2229, 2238, 2247 B.G.B.); womit natürlich nur eine Form-, nicht eine Fähigkeitsvorschrift (Art. 11 E.G.) gegeben ist.

§ 118. Während das römische Recht auch im Erbrecht der freien Macht der Persönlichkeit huldigte, so hat das germanische und nun auch das B.G.B. der persönlichen Freiheit viele Schranken gesetzt und Institute geschaffen, welche nur durch das soziale Interesse gerechtfertigt sind, dagegen nach der Seite der persönlichen Freiheit hin schweren Bedenken unterliegen. Ein derartiges Institut ist insbesondere der Erbvertrag, eine Einrichtung höchst bedenklicher Art, welche den Erblasser ein für allemal fesselt, so daß er nun sein ganzes Leben lang wie am Stricke gebunden ist, es müßte ihn denn der Vertragsgegner vom Vertrage befreien[2]. Diese schwere Mißlichkeit, die jemandem das ganze Leben vergällen und den ganzen Erwerbstrieb vergiften kann, hat das B.G.B. doch auf sich genommen. Ja, es hat nicht einmal die Beschränkung beigefügt, die manche anderen Rechte haben, wonach ein Erbvertrag nur unter Ehegatten oder im Ehevertrag abgeschlossen werden kann (§§ 2274 ff. B.G.B.). Alles dies wird auch dadurch nicht unverfänglich, daß der Erbvertrag an besondere formelle Bedingungen und auch an ein bestimmtes Alter geknüpft ist[3]. Man muß sagen, daß das B.G.B. hier die persönliche Freiheit viel zu wenig gewertet hat; wenn es auch sicher ist, daß der Erbvertrag mitunter sehr reale Bedürfnisse erfüllt, so in dem Falle, wenn jemand nur

[1] Das muß übrigens auch von der Entmündigung wegen Geisteskrankheit gelten. Es hätte keinen rechten Sinn, den Geistesschwachen vom Augenblick des Entmündigungsantrags testierunfähig zu machen, den Geisteskranken erst von der Zeit der Entmündigung; § 104 Z. 2 B.G.B. gäbe hiergegen keine genügende Aushilfe.

[2] Man pflegt gewöhnlich mit dem Erbvertrag den Erbverzicht zu behandeln; dieser ist aber, wie bereits aus dem Obigen (S. 739) hervorgeht, etwas grundsätzlich anderes.

[3] Allerdings ist er fest in der germanischen Erinnerung begründet. Jahrhundertelang behauptete man sogar, daß, wenn der Erblasser im Testament sagte, sein letzter Wille solle unabänderlich sein, ihn dies binde und an der Änderung des Testaments hindere, vgl. meine Abhandlung Arch. f. bürgerl. R. XXI S. 245 f.

auf solche Weise sich die nötigen Kapitalien für sein Emporkommen verschaffen kann, oder die Möglichkeit, sein Leben in behaglicher Weise zu fristen, indem er den Kapitalgeber durch Erbvertrag zu sichern sucht. Der Erbvertrag kann Verfügungen zu Gunsten des Vertragsgenossen oder zu Gunsten eines Dritten enthalten; die Verfügungen können Erbeinsetzungen, Vermächtnisse, Auflagen sein, sie können beiderseits erfolgen, in welchem Falle Korrespektivität eintritt (§ 2298), wovon alsbald die Rede sein soll.

Besonders wichtig ist die Anfechtung des Erbvertrags: bekommt der Erblasser Abkömmlinge, so kann er innerhalb eines Jahres den Erbvertrag anfechten, vorausgesetzt daß einer dieser Abkömmlinge zur Zeit der Anfechtung noch lebt; ist hierbei der Vertragsgenosse gestorben, so erfolgt die Anfechtung durch Erklärung an das Nachlaßgericht (§§ 2281—2283, 2079 B.G.B.).

Übrigens können auch (widerrufliche) letztwillige Verfügungen in den Erbvertrag aufgenommen werden; dies sind die letztwilligen Geleitverfügungen, die schon in früheren Zeiten mit dem Erbvertrag verbunden wurden, als man noch kein Testament kannte (§ 2299 B.G.B.).

Nicht so weit wie der Erbvertrag geht das gemeinschaftliche Testament. Auch dieses widerstrebte dem römischen Rechte. Dagegen ist der deutschen Anschauung nichts sympathischer als ein gemeinsames Testament beider Ehegatten, welches dann meistens die sogen. Korrespektivklausel in sich faßt, d. h. so geartet ist, daß die Verfügungen des einen nur bestehen sollen, wenn die Verfügungen des andern weiter bestehen. Hier ist also der Erblasser weniger gebunden als beim Erbvertrag, denn er kann einstweilen widerrufen; nur bewirkt der Widerruf zu gleicher Zeit die Hinfälligkeit der Verfügungen des anderen Teils; er muß darum auch dem anderen Teile gegenüber in öffentlicher Beurkundung ausgesprochen werden, damit er weiß, woran er ist und, sofern er nunmehr frei wird, anderweit verfügen kann (§§ 2271, 2296 B.G.B.). Erst dann wird nach einer alteingewurzelten deutschen Anschauung der Ehegatte gebunden, wenn er der überlebende Teil ist und das ihm Hinterlassene angenommen hat: eine solche Annahme enthält von seiner Seite die Erklärung, daß es bei dem gemeinsamen Testament bleibe, daß also die von ihm gemachten Verfügungen nicht mehr widerrufen werden sollen; er verspricht dies gleichsam dem Verstorbenen, sobald er die Zuwendungen aus dem gemeinsamen Testamente sich aneignet. Nur durch Ausschlagung des ihm im gemeinsamen Testamente Hinterlassenen kann er sich die Freiheit wahren; sonst kann er nur ausnahmsweise, namentlich wenn der Bedachte sich einer schweren Unbill (oder Unsittlichkeit) schuldig macht, von seiner testamentarischen Bestimmung zurücktreten (§§ 2271, 2294 B.G.B.). Dies der geschichtliche Gedanke; er ist allerdings im B.G.B. dahin verfeinert, daß es nicht eigentlich auf die Annahme der Hinterlassenen ankommt, sondern auf die Nichtausschlagung; bei Erbschaften steht sich beides nahe, da hier eine kurze Ausschlagungsfrist gilt, weniger bei Vermächtnissen; indeß ist ja in beiden Fällen auch früher nicht die Annahme das Wesentliche gewesen, sondern das dem gemeinsamen Testament entsprechende objektive Verhalten, welches die Befolgung des Testaments zur Pflicht macht.

Dieses althergebrachte gemeinsame Testament ist ein häufiges Mittel zweier Ehegatten, um für die Zeit des beiderseitigen Todes die Vermögensfolge zu bestimmen. Gewöhnlich setzt der eine den andern zum Erben ein, und der Erbe des Überlebenden soll ein bestimmt angegebener Dritter sein. Da übrigens durch das Überleben und Nichtausschlagen das gemeinsame korrespektive Testament den Charakter eines Erbvertrags annimmt, so kann der Überlebende es anfechten, sobald er in einer neuen Ehe Kinder bekommt; denn dies sind Pflichtteilsberechtigte, die zur Zeit der Testamentserrichtung noch nicht vorhanden waren: er kann dies tun innerhalb eines Jahres (sofern zur Zeit der Anfechtung der Abkömmling noch lebt); es geschieht durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht (§§ 2281—2283, 2079 B.G.B.). Die Anfechtung bewirkt natürlich damit auch die Wirkungslosigkeit des Testaments des verstorbenen Ehegatten, da beide Testamente mit einander stehen und fallen (§ 2270 B.G.B.)[1].

[1] Vgl. O.L.G. Jena 12. Dezember 1901 Mugdan IV S. 127.

§ 119. Eine gesetzliche Ordnung der Verfügungen von Todes wegen ist, wie oben (S. 744) gezeigt, möglich ohne Erbeinsetzung, aber nicht möglich ohne Vermächtnisse; denn unumgänglich ist es, daß der Erblasser die Befugnis hat, einzelne Vermögensstücke testamentarisch zuzuwenden: solche Vermächtnisse können mit Erbeinsetzung verbunden sein; es ist aber auch möglich, daß man es bei der gesetzlichen Erbfolge beläßt und daran Vermächtnisse anreiht.

Das Vermächtnisrecht hat eine lange Entwicklung, und das römische Recht hat hier die weitgehendsten Versuche zu verzeichnen. Insbesondere kannte es den Unterschied zwischen dinglichen und bloß obligationsrechtlichen Vermächtnissen, einen Unterschied, der das ganze Vermächtnisrecht durchzieht und im corpus iuris in unzähligen Entscheidungen zu Tage tritt. Dieser ganze Zwiespalt des Vermächtnisrechtes ist bei uns gehoben; es gibt keine dinglichen, sondern nur noch obligationsrechtliche Vermächtnisse (§ 2174 B.G.B.), und diese Besonderheit ist wohl begründet in dem ganzen Charakter unseres Erbrechts und namentlich in den Haftungsverhältnissen des Erben. Das dingliche Vermächtnis nimmt die Sache unmittelbar aus der Erbschaft heraus: sie gehört von nun an dem Vermächtnisnehmer; sie ist ihm übertragen zum Eigentum, nicht durch den Erben, sondern durch den Erblasser selbst; zwar ihren Besitz soll er sich nicht ohne weiteres anmaßen, aber das Eigentum gehört ihm unverbrüchlich. Ein solches System ist nur möglich bei dem Grundsatz der vollständigen Erbenhaftung: hier brauchen die Gläubiger höchstens, wenn sie sich der Vermögensabsonderung bedienen, dafür zu sorgen, daß der Nachlaß zusammen bleibt; im übrigen haftet ihnen der Erbe. Nimmt man aber mit dem deutschen Rechte an, daß nur der Nachlaß den Gläubigern haftet, dann läßt sich ein solches dingliches Vermächtnis nicht aufrecht erhalten: der Nachlaß ist vor allem für die Gläubiger da; daß der Vermächtnisnehmer Gegenstände als Eigentum herausnimmt und den Gläubigern entzieht, wäre etwas völlig Unhaltbares und Verderbliches: der Erblasser könnte durch dingliche Vermächtnisse einfach den Gläubigern die Befriedigungsmittel entreißen, so daß sie das Nachsehen hätten. Darum kennt das B.G.B. nur obligationsrechtliche Vermächtnisse, d. h. nur solche, bei denen der Vermächtnisnehmer einen Forderungsanspruch gegen den Erben erwirbt, und zwar einen Forderungsanspruch in der Art, daß er hinter die Gläubiger des Erblassers zurücktritt: namentlich im Konkurs des Nachlasses kann der Vermächtnisnehmer erst dann etwas beanspruchen, wenn nicht nur die sonstigen Gläubiger, sondern sogar solche, denen ein Schenkungsversprechen gemacht wurde, befriedigt sind (§ 226 Konk.O., vgl. auch § 1973, 1974 B.G.B.).

Wenn im übrigen das römische Recht Legate und Fideikommisse unterschied, so sind dies historische Formen, deren Unterschied uns längst fremd geworden ist. Eine besondere Bedeutung erwarben allerdings die sogen. Universalfideikommisse. Auch bei uns besteht ja die Möglichkeit, im Testament durch Vermächtnis eine Vermögensgesamtheit zu hinterlassen, aber immer nur so, daß das Vermächtnis ein obligationsrechtliches ist, und der Erbe lediglich die Verpflichtung hat, die Vermögensmasse zu übertragen. Das römische Recht aber hat bei sogen. Universalfideikommissen, d. h. Vermögensfideikommissen, obgleich diese sonst nur obligationenrechtlich waren, schon zu Neros Zeiten den merkwürdigen Satz entwickelt, daß durch einfache Erklärung des Erben eine Gesamtrechtsnachfolge entstehe, so daß sich an die Gesamtnachfolge des Erben die Gesamtnachfolge des Universalfideikommissars anreihe. Ja, die Erklärung, die der Erbe zu geben hatte, konnte sogar gerichtlich ersetzt werden, und so entstand das merkwürdige Ergebnis, daß, während das römische Recht sich so sehr gegen die Nacherbschaft sträubte, die Nacherbschaft durch eine Hintertür wieder hereinkam. Wir haben dies nicht: wir haben eine Nacherbschaft als Erbschaft, und im übrigen sind und bleiben die Vermächtnisse obligationsrechtlich.

§ 120. Der Anfall des Vermächtnisses erfolgt mit dem Erbfall, d. h. mit dem Tode. Damit erwirbt der Vermächtnisnehmer den obligationsrechtlichen Schuldanspruch. Ist das Vermächtnis ein bedingtes oder betagtes, so ist der Anfall auf die Zeit des Eintritts von Bedingung und Termin verschoben, jedoch mit folgendem:

1. Entweder ist a) das bedingte Vermächtnis in der Art aufzufassen, daß der

Vermächtnißnehmer den Eintritt der Bedingung erleben muß: hier verfällt die Bedingung unter allen Umständen, wenn er vor Eintritt des Ereignisses stirbt; das römische Recht nahm die Notwendigkeit des Erlebens der Bedingung unter allen Umständen an, das B.G.B. nur als eine der Ausnahme fähige Regel (§ 2074 B.G.B.). Oder b) es ist nicht so aufzufassen, dann kann auch im Fall des vorzeitigen Todes die Bedingung erfüllt werden und das Vermächtnis anfallen (zu Gunsten der Erben des Vermächtnisnehmers);

2. in jedem Fall gilt der Satz, daß, wenn die Bedingung eintritt, im Fall zu a, wie im Fall zu b, die Zwischenzeit zwischen Erbfall und Vermächtnisanfall nach den Grundsätzen einer bedingten Forderung beurteilt werden muß (§§ 2074, 2177 ff. B.G.B.).

Schön ist dies alles im Gesetz nicht ausgedrückt.

Im übrigen hatte das römische Recht bezüglich des Vermächtnisanfalls eine etwas verwickelte Ordnung. Es unterschied zwischen dem dies cedens und dem dies veniens. Der erstere entsprach am meisten, aber nicht völlig unserem Vermächtnisanfall: er war insofern bedeutsam, als er endgültig bestimmte, ob ein Recht des Vermächtnisses entstehe oder nicht und zu wessen Gunsten: maßgebend war, daß der Bedachte den dies cedens erlebte. Aber damit konnte das vermachte Recht noch nicht erworben sein; denn nach römischem Rechte konnte das vermachte Recht überhaupt nur dann zur Entstehung kommen, wenn die Erbschaft erworben wurde, da bei deren Nichterwerbe das ganze Testament zusammenfiel. Darum der Satz: das vermachte Recht wird erst erworben in dem Augenblick, wo der Erbe die Erbschaft antritt, und das war eben der dies veniens. Diese künstliche Ordnung haben wir mit dem Moment aufgegeben, wo wir den Erben von selbst Erben werden lassen: damit fällt der ganze Zwiespalt zwischen dem Erbanfall und dem Erberwerbe weg, und damit naturgemäß auch der ganze Zwiespalt von dies cedens und dies veniens. Nur haben wir dafür die weitere Verwicklung, daß das Vermächtnis anfallen kann, auch wenn der Vermächtnisnehmer die Zeit des Anfalls nicht erlebt hat, in dem Fall nämlich, wenn Bedingung und Frist nicht in dem Sinne gemeint sind, daß der Vermächtnisnehmer sie erleben muß.

Erworben wird die Vermächtnisforderung, wie nach römischem Recht, von selbst; auch hier besteht ein Ausschlagungsrecht, das aber mit der Annahme des Vermächtnisses verloren wird; Ausschlagung und Annahme erfolgen ganz zweckentsprechend durch Erklärung gegenüber den Beschwerten; diese kann nach dem Erbfall (auch vor dem Vermächtnisanfall) erfolgen, eine Frist der Ausschlagung besteht nicht (§ 2180 B.G.B.).

§ 121. Jedes Vermächtnis verlangt einen *Beschwerten* und einen *Bedachten*. Dies galt schon im römischen Recht; bei uns aber, wo das Vermächtnis sich stets als Schuldrecht darstellt, gilt es um so mehr: der Beschwerte ist der Schuldner, der Bedachte der Gläubiger. Beschwert aber kann nicht nur der Erbe werden, sondern auch ein Vermächtnisnehmer, überhaupt ein jeder, dem etwas von Todes wegen zugewendet wird; mit Recht, denn es muß dem Erblasser zustehen, einer jeden Zuwendung beliebige Beschränkungen hinzuzufügen und sie dadurch zur Quelle neuer Zuwendungen zu erheben. Wollte man das nicht, so würde man eine Menge von Freigebigkeitshandlungen unmöglich machen und die große Einrichtung der Zuwendungen von Todes wegen verkümmern. Wenn z. B. der Erblasser dem einen sein Haus zuwendet, so muß es ihm gestattet sein, diesen Vermächtnisnehmer mit einem Geldvermächtnis zu Gunsten seines Dieners zu belasten; er mag vielleicht das Geldvermächtnis nicht dem Erben auferlegen, denn dieser soll nur das Haus hergeben. Auf solche Weise ist die Möglichkeit gegeben, eine Menge von kleinen Zuwendungen den großen zuzufügen und auf diesem Wege den ethischen Bestrebungen nach jeder Richtung zu dienen; also Dankbarkeit, Erkenntlichkeit, sittliche Förderung, Aufmunterung und alles mögliche andere zu bewirken, was der Zweck der Freigebigkeit ist. Jedenfalls aber gilt der Grundsatz, daß der Vermächtnisnehmer nicht mehr belastet werden kann, als er selbst erhält (§ 2187): er kann die Leistung des übrigen verweigern und das Erhaltene zur Befriedigung hingeben.

Es ist daher selbstverständlich, daß einem Vermächtnis wieder ein Vermächtnis auferlegt werden kann. Und so ist auch bei einem Vermächtnis ein Nachvermächtnis ebenso möglich wie bei Erbschaften eine Nacherbeinsetzung. Doch muß sie ähnlichen Beschränkungen unterliegen wie diese, so daß regelmäßig in dreißig Jahren die Belastung wegfällt, falls sie nicht zum Anfall gediehen und die Bedingung eingetreten ist; ein Nachvermächtnis, dessen Bedingung erst nach dieser Zeit zutrifft, ist, von Ausnahmen abgesehen, unverbindlich (§ 2162 f. B.G.B.).

Ist mehreren Erben oder Vermächtnisnehmern ein Vermächtnis auferlegt, so haben im Zweifel die mehreren nach Verhältnis der Erbteile oder nach Verhältnis des Wertes ihrer Vermächtnisse die Belastung zu tragen. Eine Gesamthaftung findet nicht statt, und zwar mit Recht; es ist kein Grund vorhanden, die Vermächtnisse in einer solchen scharfen Weise zu sichern wie die Schuldforderungen: die Schuldforderungen erwuchsen gegen den Erblasser und sollen darum durch die geteilte Erbfolge nicht beeinträchtigt werden; die Vermächtnisse aber erwachsen erst gegen den Nachlaß oder gegen den oder die mit dem Vermächtnisse belasteten Vermächtnisnehmer (§ 2148 B.G.B.).

Das Vorausvermächtnis (Prälegat), d. h. das Vermächtnis zu Gunsten eines Miterben, ist aus dem scholastischen Wust romanistischer Scheinwissenschaft heraus zur gesunden Gestaltung gebracht worden. Der helle Unsinn, den die Römer in dieser Beziehung entwickelt haben, ist anderwärts[1] ans Licht gezogen worden. Das Vorausvermächtnis ist nichts anderes als eine den Erbteilen innewohnende Besonderheit, wonach die Erbteilung so geschehen soll, daß der eine Miterbe etwas aus der Erbschaft vorausbekommt, während das übrige nach Maßgabe der Erbteile zu teilen ist. Verzichtet er allerdings auf die Erbschaft, dann wandelt sich die Verfügung in ein Vermächtnis um, und es entsteht ein gewöhnliches Vermächtnis zu Gunsten seiner als eines Dritten. Die Römer verstanden das Kunststück, diesen einfachen Sachverhalt mit scholastischem Spinngewebe zu umgeben und daran ihren Scharfsinn zu üben. Das taten sie durch die Aufstellung der falschen Idee, als ob es sich bei einem Vorausvermächtnis durchweg um ein wahres Vermächtnis handle, bei welchem ein Beschwerter und ein Bedachter vorhanden sein müsse; so kamen sie dann allerdings zu dem falschen Schluß, das Vorausvermächtnis sei ein teilweise gültiges, teilweise ungültiges Vermächtnis: ungültig nämlich, soweit es der Vorausvermächtnisnehmer selber an sich zu zahlen habe; wäre dieser z. B. zu einem Drittel Erbe, so wäre das Vorausvermächtnis zu einem Drittel nichtig, und er hätte dieses Drittel nicht als Vermächtnisnehmer, sondern als Erbe. Hieraus gingen eine Reihe der seltsamsten Folgerungen hervor, die wir alle abgeschüttelt haben. Unter anderem bestimmt das B.G.B. mit Recht folgendes: ist dem Miterben auferlegt, seinen Miterbteil an einen Nacherben gelangen zu lassen, so bezieht sich dies nur auf seinen Miterbteil, es bezieht sich nicht auf das Vorausvermächtnis und auch nicht auf jenen Bruchteil, den nach römischer Auffassung der Vorausvermächtnisnehmer sich selber zu geben hätte und den er daher nicht in der Eigenschaft als Vermächtnisnehmer, sondern in der Eigenschaft als Erbe hätte; und das gleiche gilt im Fall des Erbschaftskaufs, § 2150, 2110, 2373 B.G.B.

§ 122. Neben dem Vermächtnis besteht die Auflage, eine Schöpfung, von welche bereits oben S. 744 die Rede war. Mit der Auflage will der Erblasser einen Erfolg herbeiführen, sei es nun zum allgemeinen Wohl oder zur Erinnerung an sich, oder auch zu Gunsten einer Person; wesentlich ist aber, daß auch im letzteren Falle die Person kein Recht auf Verwirklichung hat (§§ 1940, 2192 ff. B.G.B.). Das wäre um so weniger möglich, als die Person ganz unbestimmt gelassen werden kann, so z. B. eine Auflage zu Gunsten von armen Gelehrten, Künstlern u. s. w., wo es sich zunächst darum handelt, den Empfänger zu bestimmen; hier ein Recht der begünstigten Person anzunehmen, wäre unrichtig, ja undenkbar, da eben die Persönlichkeitsbezeichnung jeder Bestimmtheit entbehrt.

Das B.G.B. hat daher folgenden Gedanken aufgestellt: die Auflage gibt der

[1] Arch. f. civ. Prax. 91 S. 347 f.

begünstigten Person keinen Anspruch auf Erfüllung; und es entsteht kein Schuldrecht, wie beim Vermächtnis; aber dritte Personen können darauf dringen, daß die Auflage erfüllt wird, nämlich vor allem der Testamentsvollstrecker, sodann der Erbe, Miterbe oder derjenige, welcher Erbe wäre, wenn der Beschwerte nicht zur Erbschaft berufen wäre. Es entstehen hierdurch eigenartige Verhältnisse: die dritten Personen haben einen Anspruch ohne Forderungsrecht, einen Anspruch zu Gunsten Dritter[1].

§ 123. Der Testamentsvollstrecker ist eine vorzügliche Schöpfung des deutschen Rechts. Er war ursprünglich Salmann in dem Sinne, daß er Eigentümer der ihm übertragenen Sache wurde, in fiduziarischer Weise, d. h. mit der Verpflichtung, nach Maßgabe der Bestimmung des Erblassers dieses Eigentum zu verwenden. Er war dasjenige, was das englische Recht als trustee bezeichnet, und was in der Geschichte des englischen Rechts bei den uses eine große Rolle spielt. Das ist aber nicht mehr der Testamentsvollstrecker des heutigen Rechts; durch das kanonische Recht ist ein tiefgreifender Umschwung hervorgerufen worden[2]. Der Testamentsvollstrecker hat heutzutage ein Amt. Er ist Vertreter (Organ), ähnlich dem Vormund, er handelt für einen Dritten, und der Dritte ist eine der stillschweigenden juristischen Persönlichkeiten des B.G.B., nämlich der Nachlaß. Wie im Fall der Nachlaßverwaltung, so wird auch hier der Nachlaß wieder zur juristischen Persönlichkeit gestaltet: der Zusammenhang mit dem Erben wird gelöst; alles dies, vorausgesetzt, daß es sich um einen Testamentsvollstrecker mit Verwaltungsbefugnis handelt[3]. Das ergibt sich ganz klar aus dem Umstande, daß von nun an nicht nur der Erbe nicht mehr verfügen kann, sondern auch seine Gläubiger keinen Zugriff mehr auf den Nachlaß haben (§§ 2211, 2214 B.G.B.); es ergibt sich ferner daraus, daß der Testamentsvollstrecker die Möglichkeit hat, den Nachlaß mit Schulden zu belasten (§§ 2206, 2207 B.G.B); es ergibt sich daraus, daß die Ansprüche gegen den Erblasser als Nachlaßansprüche gegen den Testamentsvollstrecker geltend zu machen sind (§ 2213 B.G.B.): sie können zwar auch gegen den Erben erhoben werden, allein dann bleibt den Gläubigern der Nachlaß als Vollstreckungsvermögen verschlossen, solange sie nicht gegenüber dem Testamentsvollstrecker die Befugnis erwirkt haben, auf den Nachlaß zu greifen, worauf sie allerdings gegen den Testamentsvollstrecker Klage erheben können (§ 2213 B.G.B.; §§ 748, 780 Z.P.O.). Und darum ist er auch (neben dem Erben) ins Grundbuch einzutragen, § 53 Grundb.O.

Hiernach ergibt sich die Konstruktion des Testamentsvollstreckers mit Verwaltungsrecht von selber; er ist Vertreter oder vielmehr Organ der juristischen Persönlichkeit des Nachlasses[4]. Diese juristische Persönlichkeit hat allerdings nicht ein ungeteiltes Recht am Nachlaß; möglicherweise kann das Verfügungsrecht des Testamentsvollstreckers ein beschränktes sein, dann ist auch das Verfügungsrecht der juristischen Person selber ein beschränktes, und zwar ein dinglich beschränktes, so sehr, daß das konkurrierende Recht des Erben dinglich hervortritt. Ist dies nicht der Fall, so kommt das Recht des Erben nur in der Art zur Geltung, daß der Erbe einen fiduziarischen Anspruch auf Herausgabe der Erbschaft besitzt, nach Erledigung der Tätigkeit des Testamentsvollstreckers.

Der Testamentsvollstrecker wird im Testament ernannt, kann auch im Erbvertrag ernannt werden, jedoch nur mit testamentarischer Wirkung, d. h. in widerruflicher Weise.

---

[1] Vgl. darüber die fünfte meiner Studien zum B.G.B.

[2] Vgl. hierüber die treffliche Schrift von Schulze über die langobardische Treuhand. Man vgl. auch folgende venezianische Urkunde, Rialto 1183: Volo ut suprascripta proprietas veniat in potestatem suprascriptorum commissariorum meorum et do eis potestatem ut eam vendant et precium illius distribuant pro anima mea et parentum meorum (Archivio Veneto X p. 332).

[3] Ein Testamentsvollstrecker ohne Verwaltungsbefugnis hat nur Ansprüche zu fremden Gunsten (§ 2208 B.G.B.).

[4] Nicht Vertreter der Erben, vgl. auch Kammergericht im Jahrb. v. Johow und Ring XXIV A 106. Daher können die Erben in Prozessen des Testamentvollstreckers als Zeugen vernommen werden, O.L.G. Hamburg 6. November 1901 Rugdan IV S. 122. Weil er aber doch Vertreter ist, gilt § 181 B.G.B.; unrichtig O.L.G. Kolmar 26. März 1902 Z. f. Els.-Lothr. XXVII S. 484.

Das ist sehr wohl begründet, denn es wäre, ebenso wie bei der Vormundschaftsbestellung, im höchsten Grade unangemessen, wenn der Erblasser an die einmalige Bestimmung gebunden wäre, während doch möglicherweise die ernannte Persönlichkeit im Laufe der Zeit schweren Wandlungen unterläge und vielleicht einen ganz anderen Charakter erwiese, als man vermutet hatte (§§ 2197, 2278, 2299 B.G.B.). Besonders interessant ist es, daß die Person des Testamentsvollstreckers der Auswahl eines Dritten anheimgegeben werden kann, namentlich auch der Auswahl des Nachlaßgerichts. Das letztere ist im höchsten Grade passend, denn eine Vorausbestimmung der Persönlichkeit hat immer ihre Mißlichkeiten, und es ist völlig entsprechend, daß das Nachlaßgericht die Person auswählt, welche zur Zeit als besonders geeignet erscheint. Auch das ist sehr empfehlenswert, daß man dem Nachlaßgericht die Befugnis gibt, sobald der eine Testamentsvollstrecker wegfällt, einen anderen zu ernennen. Diese Befugnis muß als stillschweigend erteilt angesehen werden, sobald dem Nachlaßgericht die Ernennung des Testamentsvollstreckers anheimsteht (§ 2198, 2200 B.G.B.)[1].

4. Reaktion gegen die Willkür (Pflichtteilsrecht).

§ 124. Im Pflichtteilsrecht hat das B.G.B. die deutschrechtliche Grundlage verlassen und sich völlig auf das römischrechtliche Gebiet hinüberbegeben. Aber es war in einer Art von Notlage. Das deutschrechtliche System wäre nur haltbar gewesen, wenn man, wie das französische Recht, auf das testamentarische Erbrecht verzichtet hätte, so daß nur gesetzliche Erbfolge herrschen würde. Das deutschrechtliche Noterbrecht (Recht des Erbvorbehaltes) beruhte auf dem Gedanken, daß ein gesetzliches Erbrecht so sehr gesteigert wird, daß der Erblasser nicht in der Lage ist, den gesetzlichen Erben über ein bestimmtes Maß zu belasten: ein Teil des gesetzliches Nachlasses war der Verfügung zugänglich, ein Teil der Verfügung entzogen. So hat sich das Noterbrecht in verschiedenen Gebieten germanischer Rechtsbildung, namentlich in Frankreich, entwickelt. Das ganze Institut stammt aus der altgermanischen Einrichtung des unverfügbaren Erbgutes und ist eine Abmilderung desselben in der Art, daß das Erbgut nicht völlig, sondern nur teilweise der Verfügung des Erblassers entzogen ist. Allerdings erfaßte diese germanische Einrichtung ursprünglich nur das angeerbte Gut, nicht auch das errungene, und in vielen Rechten ist man dabei stehen geblieben, die Errungenschaften völlig frei zu geben und nur das Erbgut mehr oder minder zu binden. In anderen Gebieten dagegen hat man Errungenschaft und Erbgut gleichgestellt und dem Erblasser überhaupt gestattet, einen Teil des Vermögens zu vergaben, einen anderen Teil nicht. Namentlich in den Rechten Nordfrankreichs finden wir diese Entwicklung: sie hat seinerzeit zu dem System des Code civil geführt[2].

Nahm aber das B.G.B. das testamentarische Erbrecht an, so verlor das germanische System seinen Halt. Wenn der Erblasser fremde Erben einsetzte, so konnten die gesetzlichen Erben nicht sagen, daß ihnen von dem gesetzlichen Erbteil zu viel weggenommen sei, denn einen solchen gesetzlichen Erbteil hatten sie eben gar nicht. Folglich mußte man das ganze Prinzip aufgeben, das auch sonst manche Schwierigkeiten und Unzuträglichkeiten herbeiführte, wie ich dies bereits in meiner erwähnten Abhandlung nachgewiesen habe.

Das römische System dagegen gibt dem Pflichtberechtigten einen Pflichtteil, d. h. es stellt das Gebot auf, daß ihm ein bestimmter Vermögensbetrag zugewendet werden soll; ist dies nicht geschehen, so hat er einen Geldanspruch gegen die Erbschaft auf so viel, als an diesem Betrage fehlt.

---

[1] Es wäre überhaupt wünschenswert gewesen, eine Bestimmung zu geben, daß aushilfsweise das Nachlaßgericht den Testamentsvollstrecker ernennen könne, wie früher im Hamburger Recht; was nun auch nach Hamburger Recht nur noch für den Nachlaß von Personen gilt, die vor dem B.G.B. verstorben sind; vgl. auch L.G. Hamburg, 14. Februar 1901, Hanseatische Gerichtszeitung 1901 Beibl. S. 189.

[2] Vgl. darüber meine Darstellung über den Erbvorbehalt in den Coutumes, in den Festgaben für Dernburg.

Das ist das römische oder vielmehr romanische System; denn im römischen Rechte selbst hat Noterb- und Pflichtteilsrecht so manche Wandlung durchgemacht, und ist auch im justinianeischen Recht noch so verwickelt und verwirrt, daß erst die gemeinrechtliche Praxis den richtigen Gedanken herauslösen konnte. Bekanntlich hatte das römische Recht früher ein formelles Noterbrecht, darin bestehend, daß gewisse Personen: Hauskinder, und auch solche, die aufgehört hatten, Hauskinder zu sein, beanspruchen konnten, daß sie vom Erblasser ausdrücklich, wenn nicht eingesetzt, so doch enterbt, d. h. aus dem Nachlaß ausgetrieben würden. Daneben hatte sich durch die Praxis des Zentumviralgerichts der Gedanke entwickelt, daß, wenn der Erblasser seinem Kinde, das sich nicht schlecht benommen hatte (oder bestimmten sonstigen Verwandten) alles oder zu viel entzog, eine solche Verfügung gar nicht mehr als gesund und vernünftig zu betrachten sei. Dies führte zu der Einrichtung eines Pflichtteils, d. h. eines bestimmten Bruchteils des gesetzlichen Erbteils, welchen man dem anständigen Kinde lassen müsse, ansonst man die Zensur des Zentumviralgerichts zu erwarten hatte. Allein gerade dieser Gedanke der Zensur verwehrte die Entstehung eines gesunden Pflichtteilsrechts; es blieb mehr oder minder die Anschauung, daß ein Testament, in welchem der Pflichtteil verletzt sei, als das Testament eines Wahnsinnigen zu gelten habe, und die Folge war, daß man es (ganz oder teilweise) umstieß, so daß der Erbe nicht seinen Pflichtteil, sondern seinen vollen gesetzlichen Erbteil erhielt. So blieb die Sache jahrhundertelang bestehen; sie bestand so zur Zeit der großen Juristen. Allmählich kam man zu einem neuen Kunstmittel, um dem Institut eine bessere Wendung zu geben: man hinterließ dem Pflichterben einen Betrag, und fügte bei, daß, wenn dieser für den Pflichtteil nicht genüge, eine entsprechende Ergänzung gewährt werden solle; und Justinian fügte hinzu, eine solche Bestimmung solle immer unterstellt werden, es solle also stets, wenn das Zugewendete nicht ausreiche, ein Ergänzungsanspruch bestehen. Der Ergänzungsanspruch war ein obligationsrechtlicher Geldanspruch. Von da war es nur noch ein Schritt, zu sagen: auch wenn dem Erben gar nichts hinterlassen ist, so hat er seinen obligationsrechtlichen Anspruch auf einen dem Pflichtteil gleichkommenden Geldbetrag. Diesen Schritt hat Justinian nicht getan, sondern er hat in der Novelle 115 höchstens dazu beigetragen, die Materie noch mehr zu verwirren. Aber in der gemeinrechtlichen Praxis, in Deutschland und in Frankreich, ist man vielfach so weit gekommen, und dem schloß sich das B.G.B. an. Seine Behandlung des Pflichtteils ist also die folgerichtige Entwicklung eines römischen Rechtsgedankens.

Auf solche Weise hat also das B.G.B. im Pflichtteil die Summe des römischen Rechts gezogen, ohne daß es allerdings erheblich neue Ideen aufwiese. Sein Verdienst besteht hier nur in der mehr oder minder richtigen Auswahl der gemeinrechtlichen Bestimmungen, in der mehr oder minder richtigen Ausbildung des im gemeinen Rechte Gegebenen und in der Entfernung des Gestrüpps, welches die Lehre überzogen hatte. Voll gelungen ist ihm die Regelung der schwierigen Materie nicht: man fühlt, daß den Redaktoren hier nicht genügend von der Wissenschaft vorgearbeitet war; und wo dies fehlte, versagte ihnen die Kraft.

§ 125. Nach dem B.G.B. (wie nach gemeinem Recht) muß man unterscheiden zwischen dem Pflichtteilsgebot und dem Pflichtteilsanspruch. Das Pflichtteilsgebot besteht überall, sobald ein Pflichterbe zur Erbschaft gerufen ist oder zur Erbschaft gerufen wäre, wenn keine Verfügung von Todes wegen bestünde, und das Gebot geht dahin, daß ihm mindestens der Pflichtteil zugewendet werden soll. Der Pflichtteil ist nach dem B.G.B. regelrecht die Hälfte des gesetzlichen Erbteils, und pflichtteilsberechtigt sind Abkömmlinge, auch ferneren Grades, Eltern (nicht Aszendenten höheren Grades) und Ehegatten (§ 2303). Über Besonderheiten s. S. 754.

Ein Pflichtteilsanspruch entsteht dann, wenn diesem Gebote nicht entsprochen ist, sei es kraft der Verfügung selbst, sei es infolge einer Ausschlagung des Pflichterben. Das erste findet dann statt, wenn dieser nicht auf seinen Pflichtteil eingesetzt, ihm sein Pflichtteil auch nicht auf dem Wege des Vermächtnisses zugewendet ist. Das

letztere aber kann in folgenden Fällen vorkommen: ist der Pflichtteil durch Vermächtnis zugewendet, so gestattet das B.G.B. dem Pflichtteilsberechtigten, das Vermächtnis auszuschlagen und den Pflichtteil zu verlangen: der Grund liegt darin, daß sonst der Erblasser dem Pflichtteilsberechtigten alle möglichen Vermögensgegenstände als Vermächtnis zuwenden könnte, die für ihn keinen Wert hätten. Ist aber der Pflichtteilsberechtigte zum Erben eingesetzt, so hat er zunächst einen Pflichtteilsanspruch nur dann, wenn der Erbteil zu gering ist. Möglich ist allerdings auch, daß der Erbteil groß genug, aber durch Vermächtnisse, Nacherbeinsetzung, Testamentsvollstrecker u. s. w. belastet ist. Nach römischem Rechte wurde hier einfach dadurch geholfen, daß, soweit der Erbteil den Pflichtteil darstellte, die Belastung zusammenfiel. Ist z. B. der Pflichtteil ein Viertel, der zugewendete Erbteil ein Drittel (also $^1/_4 + {}^1/_{12}$, mithin $^1/_{12}$ über den Pflichtteil), so sind nach dem römischen Recht die Belastungen unwirksam, soweit sie auf dem Viertel ruhen, dagegen wirksam, soweit sie von dem übrigen Zwölftel zu tragen sind. Hiergegen hat die gemeinrechtliche Praxis die Behandlungsweise aufgebracht, welche man als cautela Socini bezeichnet[1]. Der Erblasser pflegte nämlich schon im 16. Jahrhundert zu bestimmen: entweder soll der Pflichterbe die Verfügung so annehmen, wie sie ist, oder er soll auf seinen Pflichtteil gesetzt sein. Diese Kautel ward so häufig, daß man sie allmählich als selbstverständlich ansah; so auch unser B.G.B. Bekommt also der Pflichtteilsberechtigte einen dem Pflichtteil gerade entsprechenden Bruchteil, dann stürzt jede Belastung zusammen; bekommt er aber einen größeren Bruchteil, dann tritt die cautela Socini in folgender Art ein: er kann entweder die Sachlage nehmen, wie sie ist — also den Erbteil mit seiner vollen Belastung —, oder die Erbschaft ausschlagen und den Pflichtteilsanspruch geltend machen (§ 2306 B.G.B.). Das macht aber die Frage sehr verwickelt. Ist der Pflichtteil 10000 Mk., und wendet der Erblasser dem Pflichterben einen Erbteil im Werte von 10000 Mk. zu (z. B. das unbewegliche Gut, was ja auch als Erbzuwendung anzusehen ist), aber mit der Einsetzung eines Nacherben, so erhält er den Erbteil frei; beträgt der Erbteil aber 10001 Mk., so muß er sich entweder die Belastung gefallen lassen, oder er muß den Erbteil ausschlagen und die 10000 Mk. als Pflichtteil in Geld verlangen. Wie leicht ist in der Abschätzung des Erbteils hier ein Irrtum möglich! Da war fürwahr das römische System praktischer; es wäre besser gewesen, den braven Socinus Socinus sein zu lassen, und die cautela auf den Fall zu beschränken, daß wirklich eine solche Bestimmung im Testament steht. Hierbei muß noch folgendes in Betracht kommen: der § 2306 ist insofern unvollkommen gefaßt, als er von der Hälfte des gesetzlichen Erbteils spricht. Richtiger hätte gesagt werden sollen: ein dem Pflichtteil entsprechender Bruchteil, denn nur darauf kommt es an, ob in dem Zugewendeten der Pflichtteil steckt oder mehr. Nun kann aber, sei es infolge des § 2311, sei es infolge der Ausgleichungsverhältnisse (§ 2315, 2316), der konkrete Pflichtteil etwas ganz anderes werden, als die Hälfte des Erbteils, er kann zum Ganzen des Nachlasses heranwachsen! Auf solche Unsicherheiten ist die Unterscheidung in § 2306 gebaut!

§ 126. Der Pflichtteilsanspruch ist ein Anspruch gegen den Nachlaß; also eine Nachlaßverbindlichkeit, welche allerdings hinter anderen Nachlaßverbindlichkeiten zurücktritt. Er lastet daher auf dem Erben; doch kann der Erbe unter Umständen die Belastung überwälzen; so insbesondere, wenn er mit Vermächtnissen beschwert ist: hier wäre es unzutreffend, wenn er die Pflichtteilsbelastung allein zu tragen hätte und der Vermächtnisnehmer das Vermächtnis voll bekäme. Daher gilt folgendes: der eingesetzte Erbe haftet dem Pflichtteilsberechtigten für den vollen Pflichtteil, kann aber einen entsprechenden Teil vom Vermächtnisnehmer ersetzt verlangen, so daß im Ergebnis er und der Vermächtnisnehmer in gleichmäßiger Weise, d. h. entsprechend dem Betrag ihrer Hebungen, vom Pflichtteilsanspruch getroffen werden (§ 2318 B.G.B.).

§ 127. Schon das römische und germanische Recht kamen zur Überzeugung, daß

[1] Marianus Socinus (der Jüngere), 1482—1556, schrieb namentlich consilia. Über ihn Savigny, Gesch. des R.R. VI S. 353 f.

der Pflichtteil auch durch Schenkung unter Lebenden verletzt werden könne. Der Erblasser kann so viele Schenkungen machen, daß dem Pflichterben im Nachlasse wenig mehr übrig bleibt, ja, daß er so viel wie gar nichts bekommt, und dies selbst dann, wenn über den Nachlaß gar nicht verfügt wurde, wenn der Pflichterbe der einzige Erbe ist. In solchen Fällen gab das römische Recht eine querela inofficiosae donationis, aber allerdings erst in verhältnismäßig späterer Zeit, und auch das deutsche Recht gewährte die Anfechtung von Schenkungen, wenn auch mit mannigfacher Beschränkung. So gestattet sie auch das B.G.B. in folgender Weise: die Schenkungen müssen bei Berechnung des Pflichtteils berücksichtigt werden; sie werden dem Nachlaß fiktiv zugezählt und danach die Pflichtteilsergänzung berechnet. Ist das Vermögen = A und die Schenkung = X, und sind 3 Kinder vorhanden, so ist der fiktive Erbteil eines jeden Kindes A/3 + X/3, und der Pflichtteil die Hälfte davon, also A/6 + X/6; A/6 heißt der eigentliche Pflichtteil, und X/6 die Pflichtteilsergänzung. Der Pflichtteilsberechtigte hat auch diese Ergänzung zunächst vom Nachlaß zu verlangen. Findet er sie hier nicht[1], dann kann er einen Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung gegen die Beschenkten, und zwar zuerst gegen den zuletzt Beschenkten, erheben und damit die Pflichtteilsergänzung von X/6 verlangen. Schenkungen aber, welche bereits 10 Jahre vor dem Tode gemacht sind, unterliegen dem Grundsatz, daß 10 Jahre eine Schenkung so sehr befestigen, daß sie die charakteristischen Schwächen des Schenkungsinstituts verliert (§ 2325—2329, vgl. mit § 529 B.G.B.).

§ 128. Dem römischen Rechte entspricht es auch, daß der Pflichtteil nur relativ ist und unter Umständen entzogen werden kann. Man sprach früher von Enterbung; das B.G.B. nennt es dagegen Entziehung des Pflichtteils; unter Enterbung versteht man nunmehr den Fall, daß jemand im Testament einem gesetzlichen Erben das Erbrecht nimmt, womit aber eine Entreißung des Pflichtteils noch nicht verbunden ist (§§ 1938, 2333 f., 2336)[2].

Was aber die Entziehung des Pflichtteils betrifft, so hat sich das B.G.B. nicht nur an das römische Recht, sondern speziell an das Recht Justinians angeschlossen, in dem Sinne, daß die entziehende Verfügung die Gründe angeben muß, und daß die angegebenen Gründe wahr sein müssen. Die Weisheit dieser Bestimmung läßt sich bestreiten. Es kommt nicht selten vor, daß der Erblasser, der einen genügenden Entziehungsgrund kennt, ihn deswegen verschweigt, weil dies für den Pflichterben zu bedränglich wäre, und daß er sich darum mehr in allgemeinen Ausdrücken ergeht. Es wäre daher immerhin besser gewesen, wenn, unter Nachweis eines solchen Entziehungsgrundes, die Bestimmung des Erblassers aufrecht erhalten werden könnte. Nach dem B.G.B. muß der Erblasser entweder die Entziehung des Pflichtteils unterlassen oder mitunter recht hart und schonungslos gegen den Erben verfahren.

Richtig ist dagegen folgende Vorschrift: die Angaben des Erblassers über Entziehungsgründe geben noch keine gesetzliche Vermutung für die Richtigkeit; denn nicht selten findet sich der Erblasser in der Gewalt suggestiver Elemente, welche die Gefühle gegen seine Nachkommenschaft ertöten und ihm zu diesem Zwecke nach Art des Edmund oder des Franz Moor alle möglichen Schandtaten vorspiegeln; nicht selten ist auch der Erblasser beim Testieren nicht mehr in einer so klaren Geistesverfassung, daß er den Darstellungen mit kritischem Geiste entgegentreten könnte. Die Angaben im Testament sind darum nicht selten völlig aus der Luft gegriffen; mit Recht erklärt daher das B.G.B.,

---

[1] Sofern der Erbe wegen der Beschränkung der Erbhaftung zu weiteren Leistungen nicht verpflichtet ist. Wie, wenn der Erbe infolge des Verlustes des Inventarrechts unbeschränkt haftet, aber wegen Zahlungsunfähigkeit den Pflichterben nicht befriedigen kann? Nach dem Wortlaut des § 2329 B.G.B. wäre hier der Anspruch gegen den Beschenkten ausgeschlossen, allein das Ergebnis wäre ein dem Sinne des Gesetzes völlig widersprechendes. Unrichtig Strohal, Erbrecht S. 275 und Frommhold zu § 2329.

[2] Dagegen entzieht der (vertragsmäßige) Erbverzicht im Zweifel dem Pflichterben auch den Pflichtteil (§ 2346 B.G.B.); vgl. auch Strohal, S. 286.

daß trotz solcher Angaben der Entziehungsgrund fest bewiesen werden muß, wobei aber natürlich nach Umständen die Angabe des Testaments für den Richter ein erhebliches Anzeichen bieten kann (§ 2336 B.G.B.).

Für die Relativität des Pflichtteils, d. h. dafür, daß dem Erblasser unter Umständen die Befugnis zusteht, ihn zu entziehen, sprechen gewichtige Gründe. Es wäre schlimm, wenn der Erblasser dem, der ihm nach dem Leben getrachtet, etwas von seiner Erbschaft hinterlassen müßte, oder wenn er der Tochter, die als Straßendirne die Jugend ansteckt, oder dem Sohne, der als Räuberhauptmann die Menschen niederknallt, sein schwer erworbenes Vermögen zu überantworten hätte. Nur vom Standpunkte des germanischen Rechts, welches eine gewisse Unverfügbarkeit der Erbschaft bestimmte und ein Recht der Familie an dem Vermögen annahm, in das kein einzelner eingreifen dürfe, wäre eine andere Betrachtungsweise gerechtfertigt, wie sich denn eine solche auch im französischen Zivilrecht findet. Doch diese ganze Betrachtungsweise fällt (wie bemerkt) für uns weg.

Die Entziehungsgründe sind natürlich verschieden, je nachdem es sich um Abkömmlinge, Eltern oder Ehegatten handelt. Bei Abkömmlingen sind *besondere Verfehlungen* gegen den Erblasser (oder dessen Ehegatten) und ein *allgemeiner sittlicher Verderb* zu unterscheiden. Zu der ersten Klasse gehören nicht nur Lebensnachstellung, sondern auch körperliche Mißhandlung und andere gröbliche Verfehlungen[1].

Der *allgemeine sittliche Verderb* kann ein Verderb durch gewohnheitsmäßige Auflehnung gegen die Rechtsordnung sein, so daß hierdurch die gesamte Persönlichkeit als eine außerhalb des anständigen Lebensverkehrs stehende gekennzeichnet wird; aber auch sexuelle Ausschweifungen sind hierher zu zählen, wenn sie zu einer vollständigen Entwürdigung des Menschen führen.

Zwischen beiden Arten von Entziehungsgründen aber besteht folgender Unterschied: die ersteren stellen Handlungen, die letzteren Zustände dar; die ersteren bleiben daher bestehen, auch wenn sie nicht wiederholt werden, doch ist die Verzeihung des Erblassers Tilgungsgrund, und zwar Tilgungsgrund nach doppelter Richtung hin: geht die Verzeihung der entziehenden Verfügung voraus, so ist diese unwirksam; folgt sie nach, so wird die Entziehung nachträglich hinfällig und wirkungslos. Die Verzeihung ist nicht etwa eine Rechtshandlung, wie man behauptet hat; sie hat einen ethischen Charakter, und hat die Bedeutung, daß die entzweiende Wirkung gewisser sittenwidriger Handlungen ihren Stachel verliert und das Verhältnis zwischen verfeindeten Personen wieder auf den normalen Stand versetzt wird. Die ethische Wirkung hat daher nur mittelbar eine Rechtswirkung: sie tritt deshalb auch dann ein, wenn der Erblasser nicht geschäftsfähig ist: er muß nur soweit gesunden Geistes sein, daß er einer verständnisvollen Verzeihung fähig ist, d. h. sowohl von der Schmach ein Verständnis hat als von der Vergebung, und auch so viel Initiative, daß eine augenblickliche Handlung als Äußerung der Gesamtpersönlichkeit gelten kann (nicht als bloße bedeutungslose Schwankung der Gefühle).

Handelt es sich aber um allgemeinen Verderb, so hört der pflichtteilslose Zustand auf, sobald das Kind sich zu guten Sitten zurückgewendet hat; vorausgesetzt, daß dies mindestens im Augenblick des Erbfalls geschah, und daß der Übergang zum Guten nicht bloß eine vorübergehende Anwandlung, sondern eine dauernde Besserung ist. Sollte etwa das Kind zeitweise reinere Sitten angenommen, dann aber vor dem Tode des Erblassers wieder in den Verderb zurückgefallen sein, so bliebe die Entziehung des Pflichtteils bestehen. Während Lebzeiten des Erblassers ist daher die Sache in der Schwebe. Wird Karl Moor tugendhaft, so bekommt er seinen Pflichtteil nur, wenn er nicht vor des Erblassers Tod wieder Räuberhauptmann geworden ist. Kehrt er nach dem Erbfall wieder in die böhmischen Wälder zurück, so läuft er allerdings Gefahr, daß man seine Bekehrung nur als eine vorübergehende betrachtet (§§ 2333, 2336, 2337 B.G.B.).

Was aber den Pflichtteil der *Eltern und Ehegatten* betrifft, so kommen nur

---

[1] Körperliche Mißhandlung des Erblassers oder seines Ehegatten, wenn dieser Vater oder Mutter des Abkömmlings ist. Der Stiefmutter darf er also erbungestraft eine Tracht Prügel geben! es müßten denn die Prügel so wuchtig sein, daß sie sich als schweres Vergehen darstellen, § 2333 Z. 3.

schwere Verfehlungen (bei Ehegatten Verfehlungen mit Ehescheidungscharakter) in Betracht (§§ 2334, 2335 B.G.B.).

§ 129. Schon das gemeine Recht wurde von der Tatsache beunruhigt, daß die Zuwendung des Pflichtteils möglicherweise Anlaß zur Verschwendung sein kann, so daß die Bedenkung auf solche Weise nur eine vorübergehende Steigerung des Vermögens darstellt, dann aber bald wieder von der Bildfläche verschwindet, mithin den Zweck vollständig verfehlt. Auch noch ein anderer Fall zeigt große Mißlichkeiten; wenn nämlich der Pflichtteilsberechtigte von Gläubigern bedrängt ist und der zugewendete Pflichtteil nur eben in den Schlund des Konkurses versinkt, mithin dem Pflichterben nicht zu gute kommt. Hier gab das germanische Recht wenig Hilfe; der Gedanke der Unverfügbarkeit des Vermögens war zu starr, als daß er sich diesen heiklen Umständen gefügt und sich nach Bedarf umgestaltet und modifiziert hätte. Dagegen hat das gemeine Recht die Elastizität und Feinheit des Pflichtteilsbegriffs, seinen ethischen Grund und ethischen Zweck erfaßt und hiernach diesen besonderen Verhältnissen Rechnung getragen; in der Art nämlich, daß man dem Pflichterben den Pflichtteil zwar nicht völlig entzog, ihn aber auf den Genuß beschränkte und das Kapital in irgend einer Weise „verklammerte"; so auch das B.G.B. §§ 2338, 2271, 2289. Das kann geschehen beim Verschwender und beim Überschuldeten. Dem Verschwender ist der gleichzuachten, von dem anzunehmen ist, daß er sich von Dritten umstricken und unter falschen Vorspiegelungen das Vermögen abschwindeln läßt. Die Verklammerung kann erfolgen durch Aufstellung eines Verwaltungstestamentsvollstreckers oder durch Einsetzung eines Nacherben oder auch durch beides. Das würde allerdings noch nicht genügen; denn möglicherweise könnten die Gläubiger eines Überschuldeten das unangreifbare Kapital unangegriffen lassen, allein jahraus, jahrein die Zinsen mit Beschlag belegen, so daß der Erbe von dem Zugewendeten so viel wie nichts hätte; nach § 863 C.P.O. können aber die Gläubiger die Früchte nur insofern in Anspruch nehmen, als nach Befriedigung des Unterhalts des Pflichterben und seiner Familie noch etwas übrig bleibt.

Zuſätze zu II. 5.

a) Verhältnis des Reichsprivatrechts zum Landesprivatrecht, von **Joſef Kohler** (Berlin).

b) Überblick über die außerdeutſchen Privatrechtsordnungen:

aa) Überblick über das engliſche und amerikaniſche Privatrecht, von **Ernſt Heymann** (Königsberg i. Pr.).

bb) Grundzüge des romaniſchen Rechts, von **Karl Crome** (Bonn).

cc) Überblick über das ruſſiſche Recht, von **Otto von Beh** (Berlin).

a) Verhältnis des Reichsprivatrechts zum Landesprivatrecht.

Von

Justizrat Dr. J. Stranz (Berlin).

§ 1. Einleitung.

„Wir haben erreicht, was seit der Zeit unserer Väter für Deutschland erstrebt wurde; die Einheit und deren organische Gestaltung, die Sicherung unserer Grenzen, die Unabhängigkeit unserer nationalen Rechtsentwicklung." Mit Vorbedacht war in diesen Worten aus der Thronrede des ersten deutschen Kaisers bei der Eröffnung des ersten deutschen Reichstages nur von der Unabhängigkeit, noch nicht von der Einheit der nationalen Rechtsentwicklung gesprochen. Diesem Zielpunkt der nationalen Bestrebungen auch für das Privatrecht rückte erst das Reichsgesetz vom 20. Dezember 1873 nahe, welches die Nr. 13 des Art. 4 der D.R.V. dahin abänderte, die gemeinsame Gesetzgebung „*über das gesamte bürgerliche Recht*" dem Reiche zu überweisen. Die Bahn war frei, die Zuständigkeit dem Reiche gegeben. Bei der Größe und Schwierigkeit aber der Aufgabe hat es einer Arbeit von über zwei Jahrzehnten bedurft, bevor das gemeinsame deutsche Privatrecht im „Bürgerlichen Gesetzbuch" nebst seinem Einführungsgesetze am 18. August 1896 unter Dach und Fach war.

Indes bedeutet diese magna carta des Reichsprivatrechts nicht die Todesstunde für alles private Landesrecht. Vielmehr hat sich der Reichsgesetzgeber Schranken auferlegt und viele Gebiete der Landesgesetzgebung belassen. Im Dome des deutschen Rechts legen sich um das große Innenschiff nationaler Einheit Kapellen für die Landesrechte, deren Ausgestaltung jedem Bundesstaate überlassen ist. Deutsche Art, die sich an Fülle und Reichtum der Formen freut, hier und dort aber auch Mangel an Vorarbeiten haben die Einheit des Ausbaues auf manchem Gebiete, wo sie möglich und ersprießlich gewesen wäre, gehindert. Auf andern Gebieten machten indes die Eigentümlichkeiten der deutschen Staats- und Rechtsentwicklung, die Verschiedenartigkeit der Bedürfnisse bestimmter Landesteile und bestimmter Stände zur Notwendigkeit, den Landesrechten noch Raum zu geben. So gibt es denn gegenwärtig und noch auf lange hinaus zwei *große* Welten deutschen Privatrechts: *das Reichsprivatrecht und das Landesprivatrecht*. Das Verhältnis dieser beiden Welten zueinander gehört mit zu den schwierigsten und interessantesten Problemen, die der 1. Januar 1900 dem deutschen Juristenstande gestellt hat.

Dieses Problem des Verhältnisses von Reichsrecht zu Landesrecht ist nicht ein novum atque inauditum. Im öffentlichen Recht hat es seit dem Erlaß der Reichsverfassung (Art. 2) die Geister beschäftigt, in geringerem Maße seit den Reichsjustizgesetzen auf dem Gebiete des Prozeßrechts, endlich aber auch im Privatrecht die Aufmerksamkeit beansprucht. Nur in dem Umfange, mit denjenigen weitgreifenden Verzweigungen und Verästelungen, wie seit dem Inkrafttreten des B.G.B., war es bisher unbekannt. Nunmehr ist dieses Problem, namentlich von der Seite des Landesrechts aus, zu einer Hauptaufgabe deutscher Jurisprudenz geworden. Die Frage kam auch für das frühere Recht in Deutschland kaum in Betracht. Einheit des Rechts war dem alten deutschen Rechte fremd, da es Stammesrecht und für die einzelnen Stämme verschieden war. So blieb es im Mittelalter. Als mit dem 15. Jahrhundert durch die Rezeption des römischen und kanonischen Rechts ein Gemeines Recht für das gesamte Deutschland

sich bildete, schaffte es sich doch nur subsidiär hinter den einzelnen Landesrechten Geltung. Es herrschte die Regel: Willkür bricht Stadtrecht, Stadtrecht bricht Landrecht, Landrecht bricht Gemeines Recht. Gerade das umgekehrte Prinzip gilt heute: Reichsprivatrecht geht vor Landesprivatrecht.

Erstes Kapitel.

Umfang, Abgrenzung und Einteilung der Vorbehalte.

§ 2. Vorbehaltsausspruch als Voraussetzung von Landesprivatrecht.

Das Blankett aus dem Gesetze vom 20. Dezember 1873, wonach das gesamte bürgerliche Recht der gemeinsamen Gesetzgebung unterstehen soll, ist vom Reich nur zum Teil ausgefüllt. Im Laufe der Beratung des B.G.B. hat sich das Feld der Vorbehalte trotz der Kritik immer mehr erweitert. Das Landesprivatrecht ist keineswegs bloß in den sogenannten Ausführungsgesetzen enthalten, deren wesentlichster Inhalt die zur Ergänzung und Vollziehung des Reichsrechts dienenden Vorschriften bilden. Es umfaßt vielmehr sämtliche privatrechtlichen Vorschriften des Landesrechts, soweit sie noch in Geltung sind, gleichviel ob die Quellen aus der Zeit vor oder nach dem 1. Januar 1900 stammen. Aber für Landesprivatrecht ist nur noch auf Grund der Anerkennung seitens des Reichsrechts Raum, auf Grund des Vorbehaltungsausspruchs[1]. Diesen Fundamentalgrundsatz spricht Art. 55 E.G.[2] aus:

„Die privatrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze treten außer Kraft, soweit nicht in dem Bürgerlichen Gesetzbuch oder in diesem Gesetz ein Anderes bestimmt ist."

Daraus folgt: im Privatrecht ist die Gesetzgebungsgewalt der Bundesstaaten fortab nur eine vom Reich abgeleitete, keine souveräne; die Anerkennung, der Wille des Reichsgesetzgebers ist Voraussetzung und letzter Rechtsgrund für alles bestehende und zukünftige Landesprivatrecht. Von Reichs wegen allein mußte auch aus innerlichen Gründen die Grenzregulierung, die Absteckung der Vorbehaltsgebiete, erfolgen, weil von der höheren Warte des Reichs sich besser übersehen läßt, ob gemeinsame Bedürfnisse eine gemeinsame Regelung für Deutschland verlangen, oder die Zuweisung an den Einzelstaat durch Sonderbedürfnisse geboten wird.

§ 3. Ort und Form des Vorbehaltsausspruchs.

I. Wo ist die Absteckung der Vorbehaltsgebiete erfolgt? Vor allem im E.G. zum B.G.B. Im Anschluß an die grundlegende Vorschrift des Art. 55 über die Einwirkung des neuen Rechts auf das Landesprivatrecht bezeichnet vor allem der dritte Abschnitt („Verhältnis des B.G.B. zu den Landesgesetzen") in den Art. 56—152 direkt diejenigen Gegenstände, welche der Landesgesetzgebung vorbehalten bleiben. Auch im vierten Abschnitt (Art. 153—218), der die „Übergangsvorschriften" enthält, finden sich naturgemäß zahlreiche, gerade die Beziehungen des Landesprivatrechts zum neuen Recht für die Übergangszeit ordnenden Normen. Aber auch an vielen Stellen des B.G.B. selbst ist die Grenzregulierung erfolgt. Eine Reihe seiner Vorschriften setzt geradezu voraus, daß eine landesgesetzliche Ordnung, insbesondere durch Bezeichnung zuständiger Behörden, ergänzend eingreife[3].

---

[1] Vorbehalt bedeutet diesen Vorbehaltsausspruch und das Vorbehaltsgebiet, d. h. das Rechtsgebiet, welches vermöge des Ausspruchs der landesgesetzlichen Zuständigkeit unterliegt.

[2] E.G. ohne weiteren Zusatz bedeutet hier immer das Einführungsgesetz zum B.G.B.

[3] Vgl. z. B. §§ 44 (Verlust der Rechtsfähigkeit eines Vereins im Verwaltungswege), 85 (Verfassung einer Stiftung), 907 (Abstand einer Anlage von den Nachbargrenzen), 919 (Art und Verfahren bei Grenzabmarkungen), 1315 (Erlaubnis zur Eheschließung von Militärpersonen und Landesbeamten), 1558 (Zuständigkeit beim Güterrechtsregister), 1723 (bei Ehelichkeitserklärung), 1745 (bei Dispens im Falle der Annahme an Kindesstatt), 1807 Abs. 2, 1808 (Anlegung von Mündelgeld).

Selbstverständlich kann jedes neue Reichsgesetz neue Quellen des Vorbehaltsrechts eröffnen, alte aber versperren. So ist seit dem Inkrafttreten des B.G.B. eine Einengung der Vorbehaltsgebiete erfolgt durch das Reichsges. betr. das Verlagsrecht vom 19. Juni 1901, welches den im Art. 76 E.G. noch ausgesprochenen Vorbehalt erledigt hat. Eine Erweiterung ist seither nicht erfolgt, wird auch hoffentlich nicht erfolgen, da die Schöpfer des B.G.B. den partikulären Bedürfnissen schon möglichst weit Rechnung getragen haben.

II. Die Form des Vorbehaltsausspruchs ist keine gesetzlich festgelegte. Der Art. 3 E.G.:

„Soweit in dem Bürgerlichen Gesetzbuch oder in diesem Gesetze die Regelung den Landesgesetzen vorbehalten oder bestimmt ist, daß landesgesetzliche Vorschriften unberührt bleiben oder erlassen werden können, bleiben die bestehenden landesgesetzlichen Vorschriften in Kraft und können neue landesgesetzliche Vorschriften erlassen werden."

will mit den im ersten Halbsatz erwähnten Wendungen nicht die ausschließlichen, etwa wörtlich anzuwendenden Formeln für den Vorbehaltsausspruch geben. Die Formeln der ausdrücklichen Vorbehaltsaussprüche sind vielmehr, wie wir bald sehen werden, ungemein wechselnde. Der Vorbehalt bedarf aber nicht einmal der Ausdrücklichkeit, er kann auch ein stillschweigender, versteckter sein (z. B. § 61 B.G.B. „zuständige Verwaltungsbehörde", § 193 „staatlich anerkannter allgemeiner Feiertag").

Die gangbarsten Formen sind folgende. Fast immer wird im Abschnitt III des E.G. die gleichmäßige Ausdrucksweise gewählt: „Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften", oder „werden nicht berührt". Nur sechs Artikel dieses Abschnitts (126, 141, 144 Satz 2, 145, 146, 148) bedienen sich — mit einer Schattierung übrigens im Sinn — des Ausdrucks: „die Landesgesetze können bestimmen" oder eines ähnlichen. Im Abschnitt IV von den Übergangsvorschriften werden Formeln der im Art. 3 bezeichneten Art nicht angewendet, vielmehr sind sie dort dem Zwecke der Übergangsbestimmungen mehr angepaßt; beispielsweise: „die bisherigen Vorschriften bleiben maßgebend" (Art. 170, 200, 202, 218), oder: „die Landesgesetze bleiben in Kraft" (Art. 157, 164—167), oder: „die bisherigen Gesetze finden Anwendung" (Art. 191). Daneben aber auch ein wechselvoller Katalog ähnlicher Ausdrücke (Art. 158, 161 Abs. 3, 179, 217 u. s. w.)[1]. — Im B.G.B. findet der Vorbehaltsausspruch häufig in einer einfachen Verweisuug auf die Landesgesetze seinen Ausdruck (z. B. §§ 85, 1784).

Alle diese Wendungen aber sind durchweg in Tragweite und Wirkung gleichwertig (Art. 3 und unten § 8).

Mit der Form des Vorbehaltsausspruchs ist nicht zu verwechseln die Fassung der Vorbehalte selbst, die Form für die Bezeichnung und Umgrenzung der Vorbehaltsgebiete. Auch sie wechselt; beispielsweise: „Vorschriften, welche dem Deichrecht u. s. w. angehören" (Art. 66, 67), oder: „welche betreffen" (Art. 94 Satz 1), ... „regeln" (Art. 97, 101), oder: „Vorschriften über Lehen u. s. w." (Art. 59, 62, 63)[2]. Aber ein gleichmäßiges Prinzip der Abgrenzung durchzieht die wechselnden Formen: der Gegenstand des Vorbehalts wird seinem Inhalte nach gekennzeichnet, nicht aber werden bestimmte einzelne Gesetze als vorbehaltene herausgehoben. Es heißt also: Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über Lehen (Art. 59), oder diejenigen, welche dem Bergrecht angehören (Art. 67), oder nach welchen eine Religionsgesellschaft Rechtsfähigkeit nur im Wege der Gesetzgebung erlangen kann (Art. 84). Den andern Weg zu beschreiten und die vorbehaltenen Gesetze der verschiedenen partikulären Rechte einzeln zu nennen, wäre eine Sisyphusarbeit gewesen.

---

[1] Eine genaue Aufzählung gibt Habicht 3. Aufl. § 4.

[2] Genaueres bei Zitelmann: „Zum Grenzstreit zwischen Reichs- und Landesrecht" (1902 bei Duncker & Humblot) S. 5 ff.

§ 4. Gegenstand und Einteilung der Vorbehalte.

I. Die Gründe für die Einführung der Vorbehalte lassen sich in der Hauptsache auf vier Erwägungen (s. auch die Mater. S. 58) zurückführen.

1. Für gewisse Gebiete waren die Vorarbeiten zur reichsgesetzlichen Regelung bis zum 1. Januar 1900 nicht zum Abschluß zu bringen; zu diesem *provisorischen Landesprivatrecht* gleichsam gehören das Versicherungsrecht (Art. 75), das Verlagsrecht (Art. 76), von denen das letztere bereits reichsgesetzlich geordnet worden ist (s. § 3 I).

2. Einzelne Normen des E.G. sollen für besonders zweifelhafte Fälle die *Kompetenzgrenze* zwischen privatem und öffentlichem Recht feststellen (z. B. Art. 80, 81, 102—104).

3. Wegen des Zusammenhanges, in dem gewisse Materien mit staatlichen und politischen Einrichtungen, also *mit dem öffentlichen Recht* des einzelnen Bundesstaates stehen, sind gleichfalls eine Reihe von Vorbehalten gemacht (z. B. Art. 56—59, 82, 84—87, 132—135).

4. Die meisten und wichtigsten Vorbehalte beruhen auf der Erwägung, daß gewissen Materien oder gewissen einzelnen Verhältnissen *soziale oder örtliche Besonderheiten* eignen, die der gemeinsamen reichsrechtlichen Regelung widerstreben. Für diese weiten Vorbehaltsgebiete ist *agrarisches Sonderrecht* das kennzeichnendste Stichwort. Es ist, wie Sohm treffend hervorhebt, das Privatrecht des Bauern und Edelmanns, das bäuerlich-adelige Recht im Gegensatz zum Hauptkern des Reichsprivatrechts im B.G.B., das im wesentlichen ein Recht des Bürgers an sich — *bürgerliches Recht* —, ein Recht des geldwirtschaftlichen Verkehrs ist. Während das B.G.B. von Ständen nichts weiß, berücksichtigt sie das E.G. Letzteres schützt das private Sonderrecht des Fürsten, des hohen Adels, des Edelmanns, des Bauern. Die besonderen, namentlich den Grundbesitz bindenden Rechtsverhältnisse werden geschont: die Familienfideikommisse, die Lehne, die Stammgüter, die Rentengüter, die Erbpacht, das Anerbenrecht. Die Regelung dieser Verhältnisse lag dem Reichsgesetzgeber zu fern und bot ihm auch zur Zeit noch zu große Schwierigkeiten. Hier trägt die Landesgesetzgebung, wie ihr eine große Aufgabe zugewiesen ist, auch eine große Verantwortung[1].

II. Im Anschluß an die Anordnung des E.G. selbst bei Aufzählung der Vorbehalte unterscheidet man die Vorbehalte *allgemeiner Natur*, die sog. *generellen* (an erster Stelle in den Art. 59—76 geregelt), und die *beschränkten*, sog. *speziellen* (geregelt in den Art. 77—140). Das Einteilungsprinzip ist hergenommen aus der Weite oder Enge des vorbehaltenen Gebiets, je nachdem eine Materie *ganz* der landesrechtlichen Regelung überlassen ist oder nur in einem *beschränkten Ausschnitt*. Da es sich um Maß- und nicht um Artunterschiede handelt, ergibt sich eine Reihe Zwischenformen von den *allgemeinsten* Vorbehalten, die ganze Rechtsmaterien mit einem Schlagworte (Bergrecht Art. 67, Wasserrecht Art. 65) der Landesgesetzgebung zuweisen, bis zu den engsten, die den Erlaß oder die Ausschließung einer bestimmten Einzelvorschrift gestatten (Art. 144 Satz 2).

1. Um einen Überblick über Umfang und Gegenstand der mehr oder weniger *generellen Vorbehalte* aus den Art. 59—76 des E.G. zu gewinnen, seien sie hier unten[2] wenigstens durch ein Stichwort inhaltlich charakterisiert. Sie enthalten, abgesehen

---

[1] Aus diesem Gesichtspunkte sind dem Landesprivatrecht namentlich überwiesen die Rechtsverhältnisse der Art. 59 ff., 62 ff., 64 bis 66, 69, 70, 83, 89, 96, 107, 113, 115 ff., 119, 122, 124, 130, 137.

[2] Die Art. 56 bis 58 geben Vorbehalte zu gunsten *gewisser partikulärer Rechtsquellen*: der Staatsverträge der Bundesstaaten (56), der Autonomie der souveränen und ihnen gleichgestellten Häuser (57), der Autonomie des hohen Adels in Ansehung seiner Familienverhältnisse und seiner Güter (58). Erst vom Art. 59 an charakterisieren sich die Vorbehalte *ihrem Inhalte*

namentlich von den Artikeln 67, 73, 75 und 76, in der Hauptsache agrarisches Sonderrecht. Die Art. 75 und 76 (Versicherungs- und Verlagsrecht) sind Bestandteile des Verkehrsrechts; erklärlich daher, daß der letzte der generellen Vorbehalte der erste war, der gefallen ist. Hoffentlich werden auch in nicht allzuferner Zeit das private Versicherungsrecht, das Bergrecht und das Wasserrecht dem Reich, ihrem natürlichen Herrscher, unterstellt werden.

Keine allgemeinen Vorbehalte sind in Beziehung auf das Militärrecht, das Verwaltungsrecht, das Kirchenrecht, das Schulrecht, das Post- und Telegraphenrecht gemacht. Handelt es sich doch bei diesen Materien zumeist um öffentliches Recht. Zudem waren auch Post-, Telegraphen- und Militärrecht schon reichsrechtlich geordnet. Soweit in den jene Gebiete betreffenden Landesgesetzen privatrechtliche Normen enthalten sind, verlieren sie ihre Geltung (Art. 55)[1], es sei denn, daß sie durch einen der Vorbehalte des E.G. (vgl. Art. 80, 84, 132, 133) oder des B.G.B. (vgl. §§ 25 ff.) gedeckt werden.

2. Die Legion der *speziellen Vorbehalte*, die mit dem Art. 77 beginnen und von Art. 82—140 sich an die Legalordnung des B.G.B. anschließen, hier näher zu charakterisieren, hätte keinen Zweck. Ihre Mannigfaltigkeit gestattet nur, auf einzelne besonders wichtige hinzuweisen: die Erwerbsbeschränkungen der juristischen Personen, der Religiosen und der Ausländer (Art. 86—88), das Gesindewesen (95), die Leibgedingsverträge (96), die Zwangsenteignung (109), Bahneinheiten (112), Gemeinheitsteilungen (113), Meliorationen und spezifisch agrarische Verhältnisse (118 ff.).

III. Mit dem Überblick zu II ist aber der stoffliche Umfang der Vorbehalte nicht erschöpft. Vielmehr treten dazu die zahlreichen, im B.G.G. erwähnten Vorbehalte (s. § 3 Anm. 1), dann aber vor allem das *Übergangsrecht*, welches auf Grund reichsgesetzlicher Ermächtigung dem Eingriff der Landesgesetzgebung weithin Raum gab. Das wichtigste Gebiet hier war die einzelstaatliche Überleitung der Güterstände.

Danach wird man den umfangreichen Herrschaftsbereich des Landesprivatrechts ermessen können. Hierfür gibt schon die rein äußerliche Tatsache Anhalt, daß in Preußen außer dem Torso des A.L.R. noch etwa 115 Ergänzungsgesetze für das Landesprivatrecht in Betracht kommen. Ähnlich liegen die Dinge in den andern Bundesstaaten. Schon die Größe der Reibungsfläche zwischen Reichs- und Landesprivatrecht läßt die Bedeutung und Schwierigkeit des inneren Verhältnisses in die Augen springen.

§ 5. Die Hauptaufgaben der bundesstaatlichen Ausführungsgesetze.

Bei dem umfassenden Gebiet und der kaleidoskopisch bunten Mannigfaltigkeit der Vorbehalte waren die Aufgaben keine geringen, die der Gesetzgebung der einzelnen Staaten erwachsen sind. Durchgängig zeigt sie sich von dem fortschreitenden Zuge zur Rechtseinheit belebt und durchweht von einem frischen Hauche gegen entbehrliche Sondertümelei. Diese partikulären Gesetzesarbeiten faßt man unter dem Namen der *Ausführungsgesetze* zusammen. Für unser Thema sind insbesondere maßgebend die *Ausführungsgesetze zum Bürgerlichen Gesetzbuch*; nur finden sich, wie festzuhalten ist, in ihnen auch Normen nicht privatrechtlichen Charakters, während andere Ausführungsgesetze, die sich z. B. betiteln als Ausführungsgesetze zur Grundbuchordnung, zum Zwangsversteigerungsgesetz u. s. w., gleichfalls häufig eine Anzahl privatrechtlicher Bestimmungen

---

nach, gleichviel wem das betreffende Recht subjektiv zusteht. Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über Familienfideikommisse, Lehen und Stammgüter (59), Rentengüter (62), über das Erbpachtrecht (63), das Anerbenrecht in Ansehung landwirtschaftlicher und forstwirtschaftlicher Grundstücke (64), das Wasserrecht (65), das Deich- und Sielrecht (66), das Bergrecht (67), über das Recht zur Gewinnung eines nicht bergrechtlichen Minerals (68), über Jagd und Fischerei (69), über gewisse Grundsätze für die Feststellung und den Ersatz des Wildschadens (70—72), über Regalien (73), Zwangsrechte, Bannrechte und Realgewerbeberechtigungen (74), über das Versicherungsrecht (75), das Verlagsrecht (76).

[1] Außer Wirksamkeit treten z. B. eherechtliche Vorschriften des partikulären Kirchenrechts, privatrechtliche Besonderheiten für Militärpersonen, etwa über Darlehne an sie (§§ 678—681 I 11 preuß. A.L.R.).

des materiellen Rechts enthalten[1]. Die Aufgaben der partikulären Ausführungsgesetze sind im wesentlichen fünffache:

1. Die Anpassung der in Kraft gebliebenen Landesgesetze an das Reichsrecht. Hier gerade haben die Gesetzgeber der Bundesstaaten, soweit nicht zwingende Gründe für die Aufrechterhaltung der partikulären Eigentümlichkeiten vorlagen, keine engherzige Kirchturmpolitik betrieben, sondern den Grundgedanken des neuen bürgerlichen Rechts möglichst zum Siege verholfen.

2. Erlaß von Vorschriften zur Ausführung und Handhabung reichsgesetzlicher Bestimmungen, welche — in vielen Fällen — ohne das Landesrecht überhaupt nicht marschieren können. Beispielsweise können die grundbuchrechtlichen Vorschriften erst in Wirksamkeit treten, nachdem landesrechtlich Grundbuchämter eingesetzt und Grundbücher angelegt sind (Art. 186, 189 E.G.; s. a. § 3 Anm. 1).

3. Die Normierung von Überleitungsvorschriften für die unter der Herrschaft des früheren Rechts entstandenen Rechtsverhältnisse. Sie sind namentlich hinsichtlich der Rechtsverhältnisse an Grundstücken, sowie vor allem hinsichtlich des Güterstandes der am 1. Januar 1900 bestehenden Ehen nötig gewesen. Die überwiegende Mehrzahl der Bundesstaaten hat sie in ihren sonstigen Ausführungsgesetzen an passenden Orten untergebracht. Dagegen hat Bayern ein besonderes Gesetz betr. die Übergangsvorschriften zum B.G.B. vom 9. Juni 1899, und Sachsen-Meiningen, Bremen, Hamburg haben besondere Gesetze für die Überleitung der Güterstände erlassen.

Die größten Schwierigkeiten hat die Überleitung der Güterstände bereitet. Handelte es sich doch allein in Preußen um über sechzig verschiedene Güterrechte. Gerade hier war die Buntscheckigkeit in unserem Vaterlande eine unübersehbar große. Abgesehen von Württemberg und Baden haben die übrigen Staaten in zum Teil geistvoll ersonnenen und geschickt durchgeführten Vorschriften eine Überleitung der manigfaltigen bisherigen Güterstände in die vier Systeme des Bürgerlichen Gesetzbuchs vorgenommen[2].

4. Die Ausnutzung und der Ausbau der im dritten Abschnitt des E.G. oder sonst vorgesehenen Vorbehalte. Hierunter fällt die Mehrzahl der Vorschriften in den Ausführungsgesetzen. Sie sind meist geordnet in der Reihenfolge, in welcher der dritte Abschnitt des E.G. die materiellen und speziellen Vorbehalte aufführt. Schon wegen Zeitmangels sind leider die meisten Ausführungsgesetze an dem Versuch, die generellen Vorbehaltsgebiete (Art. 59 bis 76 E.G.) durch umfassende Neuordnungen zu regeln, vorübergegangen und haben sich mit Anpassungsvorschriften oder einzelnen klärenden und bessernden Bestimmungen begnügt. Indes gibt es auch rühmliche Ausnahmen. Württemberg hat z. B. das Gesindewesen (durch eine Anlage zum A.G. vom 28. Juli 1899) geregelt; gleiches tat Mecklenburg-Schwerin (Gesindeordnung vom 9. April 1899). Bayern hat das Nachbarrecht (in den Art. 62—80 seines A.G.) klar geordnet.

5. Die letzte, aber nicht die mindeste Aufgabe, die Klärung und Feststellung des partikulären Normenbestandes, hat einen wesentlich formalen Charakter. Die Rücksichten auf die Rechtssicherheit machten diese Feststellung zu einer dankenswerten

---

[1] Eine vollständige Sammlung „der von den Bundesstaaten zur Ausführung des B.G.B. und seiner Nebengesetze erlassenen Gesetze und mit Gesetzeskraft versehenen Verordnungen" hat herausgegeben Dr. H. Becher (München 1901) in zwei Bänden. Die Literatur zu den Landes-Ausführungsgesetzen bis zum September 1901 verzeichnet und bespricht Endemann in der D. Jur.-Ztg. Jahr 1901 S. 397 ff. Hier seien aus der für unser Thema interessierenden Literatur über die Ausführungsges. z. B.G.B. (in der Folge abgekürzt „A.G.") hervorgehoben: Erläuterungen zum badischen A.G. vom 17. Juni 1899 von Dorner; zum bayer. vom 9. Juni 1899 von Meickel und von Böhm-Klein; Kommentar zum A.G. in Elsaß-Lothringen vom 17. April 1899 von Aron, sowie von Molitor; zu den Ausf.Verordn. in Meckl.-Schwerin und Strelitz vom 9. April 1899 von Langfeld und Brückner; zum preuß. A.G. vom 20. Sept. 1899 von Stranz-Gerhard (1900 bei Otto Liebmann), sowie von Crusen-Müller-Hobrecht; zum württemb. A.G. vom 28. Juli 1899 von Rieder. Eine systematische Behandlung des partik. braunschweigischen Privatrechts bietet Hampe (1901), des württemb. Mandry (1902).

[2] Näheres unten § 14 Nr. 3; bei Planck Anm. III zu Art. 200 E.G.; Habicht § 49 ff., Riedner 2. Aufl. S. 426 ff. mit einer genauen Tabelle; für Preußen: Stranz-Gerhard S. 264 ff.

Aufgabe. Die Feststellung konnte in zweifacher Weise erfolgen: entweder Aufzählung aller landesrechtlichen Privatrechtsnormen, die neben dem B.G.B. in Kraft blieben, oder Aufhebung der einzelnen Vorschriften des Landesrechts, die durch das B.G.B. außer Kraft treten.

Der erste Weg ist gar nicht gewählt worden. Mit Recht. War er doch zu umständlich und barg er doch die Gefahr, den Landesgesetzgeber gegen seine Absicht in Konflikt mit dem Reichsgesetzgeber zu bringen; denn der Landesgesetzgeber kann die positive Gültigkeit seiner Anordnungen gegenüber dem Reichsrecht und der von diesem gezogenen Grenze niemals aussprechen. Dagegen bietet die zweite Methode große Vorzüge. Sie beseitigt Pyramiden gesetzlichen Schuttes, fördert die Übersichtlichkeit und erstickt im Keime eine Unmenge Streitfragen. Zwar sind die mit dem Reichsrecht in Widerspruch stehenden Landesgesetze schon an sich außer Kraft getreten, doch ist an der einzelstaatlichen Befugnis zur ausdrücklichen Aufhebung nicht zu zweifeln, da die Wirkung des Reichsrechts hiermit nicht angetastet wird. Alle Gründe der Zweckmäßigkeit und die Interessen des rechtsuchenden Publikums sprechen dafür, daß der Gesetzgeber diese Aufgabe, anstatt sie der Praxis oder Wissenschaft zu überlassen, auf seine Schultern nimmt[1].

Jene Aufhebung versteht sich mit zwei Einschränkungen. Sie erfolgt zunächst unbeschadet der Übergangsvorschriften aus dem Abschnitt 4 des E.G., da deren Nichtaufhebung in ihrem Zwecke liegt. Diese Einschränkung ist auch von mehreren A.G. ausdrücklich betont, so von dem preußischen (Art. 89), während andere, z. B. Bayern (Art. 175), Baden (Art. 39), sie als selbstverständlich nicht erst ausgedrückt haben. Dann aber ist die positive Gültigkeit der von der Aufhebung unberührt gelassenen Bestimmungen damit noch nicht ausgesprochen. Mögen sie nun absichtlich oder versehentlich — aliquando dormitat et bonus Homerus — vom Landesgesetzgeber nicht aufgehoben sein, dem Richter verbleibt Prüfungsrecht und -Pflicht, ob sie gegenüber der Vorschrift des Art. 55 bestehen können.

In denjenigen Landesteilen endlich, in denen das Gemeine Recht galt, konnte selbst von denjenigen Staaten, welche die aufgehobenen Gesetze einzeln aufzählen, nicht in der gleichen Weise vorgegangenen werden, weil es nicht kodifiziert, nicht in bestimmte Gesetzesparagraphen eingefangen ist. Indes ist daran nicht zu zweifeln, daß auch das Gemeine Recht durch Art. 55 in seinen privatrechtlichen Bestimmungen aufgehoben ist, soweit eben keine Vorbehalte schützend eintreten.

Zweites Kapitel.

Verhältnis der Gesetzgebungsgewalten des Reichs und der Bundesstaaten zueinander.

§ 6. Das Kodifikationsprinzip.

Der Art. 55 (Wortlaut oben im § 2) bringt gegenüber dem Landesprivatrecht das Kodifikationsprinzip, d. h. das Prinzip der ausschließlichen Regelung des gesamten bürgerlichen Rechtsstoffes durch das B.G.B., zum Ausdruck. Das Landesprivatrecht tritt somit, wenn es nicht ausnahmsweise durch einen Vorbehalt im E.G. oder B.G.B. gedeckt ist, in seiner Gesamtheit außer Kraft, gleichviel ob seine Vor-

[1] Das Verfahren, die einzelnen Gesetze und Gesetzesteile aufzuheben, haben die meisten Bundesstaaten befolgt; z. B. Preußen (Art. 89 seines A.G.); Bayern (Art. 1 und 175); Württemberg (Art. 283); Baden (Art. 39); Hessen (Art. 286); Mecklenburg-Schwerin (§ 392); Strelitz (§ 349). Einen abweichenden Weg schlägt das sächsische A.G. (§ 53) ein, indem es die an sich vom B.G.B. aufgehobenen Bestimmungen nicht noch einmal formell aufhebt, vielmehr nur einzelne Bestimmungen des sächs. B.G.B. als aufgehoben bezeichnet, die an sich durch die Vorbehalte des E.G. gedeckt sind; ähnlich Sachsen-Weimar (§ 249), Schwarzburg-Sondershausen (Art. 66, 67), Schwarzburg-Rudolstadt (Art. 197) und die beiden Reuß (§§ 156 bezw. 142). — Sachsen-Altenburg, Lippe, Waldeck und Hamburg enthalten sich überhaupt einer Bestimmung über die Aufhebung von Landesgesetzen.

schriften mit dem B.G.B. inhaltlich übereinstimmen, ihm widerstreiten oder seine Lücken ergänzen, ohne Rücksicht ferner darauf, ob die Materie im B.G.B. geregelt ist (Mater. S. 56)[1]. Durch die Aufhebung werden insbesondere getroffen das Gemeine Recht, das preuß. A.L.R., das sächs. B.G.B., der C. c., die Privatrechtsordnungen von Elsaß-Lothringen (Art. 5); auch das dänische und österreichische Recht, soweit sie auf deutschem Boden noch Gültigkeit hatten, sind verschwunden. Zu den durch Art. 55 außer Wirksamkeit gesetzten privatrechtlichen Vorschriften gehören auch:

a) diejenigen, die in öffentlich-rechtlichen Gesetzen, insbesondere auch Prozeßordnungen, sich vorfinden, oder in Kodifikationen, die privates und öffentliches Recht gemeinsam behandeln, wie dies namentlich im Teil II des preuß. A.L.R. häufig geschehen ist[2];

b) diejenigen, die in früheren Reichsgesetzen in Bezug genommen sind, es sei denn, daß eine Spezialregelung gewollt oder den landesgesetzlichen Vorschriften reichsrechtliche Kraft besonders beigelegt ist, z. B. R.G. betr. den Personenstand vom 6. Febr. 1875 § 75 Abs. 2, § 74 Abs. 2[3].

§ 7. Die Gesetzgebungsgewalt des Reichs im Privatrecht.

An der staatsrechtlichen Gültigkeit des Art. 55 ist kein Zweifel; sie stützt sich auf Art. 4 Nr. 13 und Art. 2 der D.R.V., wonach auch auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts Reichsrecht dem Landesrecht vorgeht. Die Zuständigkeit des Reichs erstreckt sich auf die gemeinsame Gesetzgebung über Gegenstände des bürgerlichen Rechts. Das Reich kann daher nicht in das Recht eines einzelnen Bundesstaats, auch nicht durch authentische Deklarationen, eingreifen[4].

Die gemeinsame Gesetzgebung des Reichs gilt auch, wie bereits an anderer Stelle (§ 2, 3 I) hervorgehoben ist, bezüglich der vorbehaltenen Materien; auch sie dürfen daher von Reichs wegen geändert und aufgehoben werden.

Der Landesgesetzgeber seinerseits darf Reichsgesetze weder aufheben oder ändern noch auch ergänzen oder deklarieren. Er bleibt gegenüber dem Art. 55 machtlos. Dies ist auch wichtig dafür, woher die Begriffsbestimmung der vorbehaltenen Materie zu entnehmen ist. Zunächst und für die Regel aus der Landesgesetzgebung. Sie hat aber nicht die Befugnis, irgend eine dem Gegenstand des Vorbehalts widerstreitende oder fremde Norm zum Bestandteil des Vorbehaltsrechts zu machen. Die Flagge deckt nicht das Gut. Vielmehr muß, selbst wenn eine generelle Vorbehaltsmaterie vorliegt, z. B. das Gesinde-, das Lehnwesen, jede einzelne Vorschrift des Gesetzes noch daraufhin geprüft werden, ob sie auch inhaltlich von dem Vorbehalt gedeckt wird[5].

§ 8. Tragweite des Vorbehaltsausspruchs für die einzelstaatliche Gesetzgebungsgewalt.

„Die bestehenden landesgesetzlichen Vorschriften bleiben in Kraft, und neue landesgesetzliche Vorschriften können erlassen werden," dies ist die legislatorische Tragweite des

---

[1] Das Verhältnis des H.G.B. zu den privatrechtlichen Landesgesetzen bestimmt sich nach Art. 15 E.G. zum H.G.B., dessen Prinzip mit den im Art. 55 E.G. ausgesprochenen im wesentlichen übereinstimmt.

Soweit im E.G. z. B.G.B. zu Gunsten der Landesgesetzgebung Vorbehalte gemacht sind, gelten sie — und hierin liegt eine Ergänzung und Ausdehnung des Art. 55, der sich auf das materielle Privatrecht bezieht — auch für die Vorschriften der Landesgesetze über das Grundbuchwesen (§§ 82, 83 R.G.B.O.), über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung (§§ 1 Abs. 2 und 2 E.G. z. Zw.V.G.), sowie über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (§§ 189 ff. F.G.). Das letztere Gesetz (§ 200) gestattet sogar der Landesgesetzgebung Vorschriften zu seiner Ergänzung und Ausführung auch insoweit, als es Vorbehalte nicht enthält.

[2] Der Art. 89 des preuß. A.G. hebt daher eine Anzahl Vorschriften des A.L.R. auf, „soweit sie sich nicht auf öffentliches Recht beziehen."

[3] Dagegen ist § 38 Nr. 2 des Personenstandsgesetzes schon durch Art. 55 E.G. außer Kraft getreten; es hätte der besonderen Aufhebung im Art. 46 E.G. nicht bedurft.

[4] Die Verhältnisse von Elsaß-Lothringen und die Stellung des Reichs dort sind besonders geordnet.

[5] Vom Landesrecht müssen beispielsweise diejenigen Grenzen innegehalten werden, die nach allgemeinem Sprachgebrauch für den Begriff des Gesindes zur Zeit des Inkrafttretens des B.G.B. maßgebend waren; es darf nicht etwa einen Hauslehrer, der die staatlichen Prüfungen absolviert hat, in das Gesinde einreihen (s. Gerhard: Die preuß. Gesindeordnungen, Einleitung).

Vorbehaltsausspruchs laut Art. 3 E.G. (Wortlaut oben § 3 II). Diese Wirkung, die sich nicht nur auf das materielle Privatrecht, sondern auch auf das Grundbuchwesen, die Zwangsversteigerung, die freiwillige Gerichtsbarkeit erstreckt (§ 6 Anm. 1) tritt ein, gleichviel welche Wendung (s. oben § 3) gebraucht ist, ob nun der Vorbehalt auf die Vergangenheit („unberührt bleiben"), oder auf die Zukunft („können erlassen werden") gerichtet erscheint. Früheren, übrigens durch das Reichsgericht (Bd. 7 S. 348, 399, 401) stets reprobierten Mißverständnissen sollte durch die Klarstellung des Art. 3 entgegengetreten werden. Für die Zukunft ist die Landesgesetzgebung auf den generellen Vorbehaltsgebieten vermöge des Art. 3 E.G. souverän. Nicht nur hinsichtlich der Besonderheiten dieser Materien darf sie neue Vorschriften erlassen, sondern darf auch hinsichtlich der allgemeinen Vorschriften des B.G.B., ohne an eine Schranke gebunden zu sein, selbst einschneidende Abweichungen treffen, z. B. über die Formerfordernisse eines Rechtsgeschäfts, über Statthaftigkeit von Bedingungen oder Zeitbestimmungen, über den Irrtum, die Verjährung, über die das Grundbuchrecht regelnden Fragen[1]. Das Landesrecht kann auch neue dingliche Rechte einführen, oder Rechtsinstituten, die das B.G.B. beseitigt hat, wie der unvordenklichen Verjährung, der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, für eine vorbehaltene Materie erneute Kraft geben (Mot. E.G. S. 149; R.G. in Jur. Woch. 1900 S. 741)[2].

Der Art. 3, der sich infolge seiner allgemeinen Fassung auf das ganze E.G. bezieht, findet auch Anwendung auf die Übergangsvorschriften des vierten Abschnitts. Hinsichtlich der am 1. Januar 1900 bestehenden Rechtsverhältnisse, soweit sie die vorbehaltenen Gebiete betreffen, können somit neue Vorschriften auch nach dem 1. Januar 1900 erlassen werden, sei es in einer Annäherung an das Reichsrecht, sei es in Abweichung von ihm. Hierin liegt keine Inkonsequenz, wie von einzelnen (Riedner Art. 3 Anm. 4; Planck Art. 3 Anm. 1) behauptet wird. Um aber alle Zweifel abzuschneiden, gibt der Art. 218 E.G., der sich selbstverständlich nur auf am 1. Januar 1900 bereits bestehende Rechtsverhältnisse bezieht, in sachlicher Übereinstimmung mit Art. 3 nochmals ausdrücklich der Landesgesetzgebung die Befugnis, auch nach dem 1. Januar 1900 in jene Rechtsverhältnisse einzugreifen.

§ 9. Öffentliches und bürgerliches Recht.

I. Das Landesprivatrecht tritt nach Art. 55 außer Kraft, nicht also — dies ist hier der Gegensatz — das öffentliche Landesrecht. Für die Kompetenzregelung zwischen Reich und Einzelstaat ist daher die Abgrenzung des Privatrechts vom öffentlichen Rechte ungemein wichtig. Der Gesetzgeber hat (Mot. E.G. S. 147) angesichts der großen Schwierigkeiten vermieden, den Begriff der öffentlich-rechtlichen Vorschriften zu umgrenzen, aber einzelne zweifelhafte Grenzfragen praktisch dadurch erledigt, daß entweder das B.G.B. ein auf der Grenze liegendes Verhältnis regelt, oder daß ein solches der Landesgesetzgebung überwiesen wird (z. B. Art. 80 E.G. Ansprüche der Beamten, Geistlichen und Lehrer aus ihrem Dienstverhältnisse; Art. 104 Ansprüche auf Rückerstattung zu Unrecht erhobener öffentlicher Abgaben; Art. 106, 109 u. a.). Im ersteren Falle[3] hat das B.G.B. das Verhältnis gleichsam zu einem bürgerlichen umgemodelt, auch wenn es sonst als dem öffentlichen Rechte angehörend anzusehen wäre;

[1] Vgl. z. B. Art. 8, 69 § 2 des pr. A.G.

[2] Insofern kann davon gesprochen werden, es gelte das Reichsrecht dem künftigen Landesrecht, das eben die allgemeinen Grundsätze des Reichsrechts auf den Kopf stellen kann, subsidiär, während es dem vorhandenen Landesrecht gegenüber in Bezug auf die allgemeinen Grundsätze derogierende Kraft hat (s. unten § 16 ff.). „Der Parallelismus zwischen Fortgeltung des vorhandenen Landesrechts und künftiger Landesgesetzgebungsgewalt, wie ihn Art. 3 fordert, ist also nicht gewahrt" (Zitelmann a. a. O. IV).

[3] So gehören an sich dem öffentlichen Rechte an die Vorschriften der §§ 43, 44 (Entziehung der Rechtsfähigkeit, wenn ein Verein das Gemeinwohl gefährdet), 89 (jur. Personen des öffentlichen Rechts), 795 (staatliche Genehmigung bei Inhaberschuldverschreibungen), 839 ff. (Schadensersatz wegen Verletzung der Amtspflicht).

es handelt sich gleichsam um tatsächliches Privatrecht ohne Rücksicht auf die begriffliche Zugehörigkeit. Soweit die Vorschriften des B.G.B. gehen, ist die Zuständigkeit der Landesgesetzgebung selbst für ergänzende Normen[1] ausgeschlossen, nur für ergänzende Verfahrensvorschriften gibt der § 200 Fr.G. Raum (s. § 6 Anm. 1).

Trotz dieser praktischen Erleichterungen bleibt doch die Notwendigkeit einer Begriffsbestimmung bestehen. Die bisherigen Versuche (vgl. Wach, Handb. des Zivilprozesses Bd. I § 8; Gierke, D.P.R. Bd. I § 4; Dernburg, B.R. Bd. I § 17) haben ein mit mathematischer Sicherheit anwendbares Einteilungsprinzip nicht gefunden. Sie weisen vielmehr, im Einklang ungefähr mit bekannten Definitionen des römischen Rechts, dem öffentlichen Recht diejenigen Normen zu, bei denen vorzugsweise und an erster Stelle das Staatswesen und das allgemeine Interesse in Betracht kommen. Dagegen gehören dem bürgerlichen Recht begrifflich diejenigen Normen an, welche vorzugsweise und an erster Stelle die den Personen als Privatpersonen zukommende rechtliche Stellung und die Verhältnisse, in denen die Personen als Privatpersonen zueinander stehen, also die Privatinteressen, zu regeln bestimmt sind (Mot. z. B.G.B. Bd. I S. 1).

Privatrecht ist somit nicht identisch mit Vermögensrecht, wie schon der Hinweis auf das Zoll- und Steuerrecht ergibt. Es umfaßt andrerseits, darüber hinausgreifend, die Familienstellung der Person und ihre Rechtsstellung in der Gesellschaft. Keineswegs ist die Beteiligung des Staats ein sicherer Maßstab dafür, daß ein öffentlich-rechtliches Verhältnis vorliegt; z. B. bei Pachtverträgen des Staates, Gehaltsansprüchen gegen den Staat. Ebensowenig ist die Art der prozessualen Geltendmachung ein ausschlaggebendes Moment, wenn auch in der Regel die bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vor die ordentlichen Gerichte gehören[2]. Hiernach ist mit dem obigen Gesichtspunkt kein festes Kriterium gewonnen, vielmehr muß im einzelnen Falle, geleitet von dem erwähnten Prinzip, die Entscheidung nach geschichtlichen Tatsachen mit Rücksicht auf die Entwicklung der Verfassung des Einzelstaates erfolgen. Somit kann dieselbe Frage für die einzelnen Bundesstaaten auch verschieden beantwortet werden.

II. Für die Zweifelsfrage, ob ein Rechtsverhältnis dem öffentlichen oder privaten Rechte angehört, wird dort, wo das Reich im B.G.B. oder im E.G. (s. oben zu I) ausdrücklich die Kompetenz geregelt hat, dieser Ausspruch allein maßgebend sein. Dieser Regelung darf nicht etwa ein Landesgesetz mit der Erklärung entgegentreten, das Reichsrecht habe die Grenzlinie falsch gezogen und ein dem öffentlichen Rechte angehörendes Institut zu Unrecht in seinen Machtbereich gezogen.

Hat aber das Reich keine Grenzregelung vorgenommen, so ist für die Vorbehaltsgebiete die Frage, ob eine Vorschrift öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Natur sei, unstreitig nach Landesrecht zu beantworten. Die gleiche Kompetenz steht auch für die Gebiete, die nicht vorbehalten sind, der Landesgesetzgebung zu[3]; nur hat der Richter stets zu prüfen, ob das Landesgesetz in den Grenzen seiner Kompetenz geblieben ist. Hierbei wird selbst die Tatsache, daß eine Bestimmung in einem sog. Verfassungsgesetz steht, nicht immer von ausschlaggebender Bedeutung für ihren materiell öffentlich-rechtlichen Charakter sein[4].

III. Es gibt Normen, die zugleich öffentliche und privatrechtliche sind, die einen Januskopf tragen (s. § 4 I). Bei ihnen kann es vorkommen, daß sie als privatrechtliche außer Kraft treten, in Wirksamkeit aber bleiben als öffentlich-rechtliche. Dies ist namentlich für Preußen wichtig. Das preuß. A.G. hat (Art. 89 Nr. 1) die Aufhebung der Vorschriften des A.L.R. nur ausgesprochen, „soweit sie sich nicht auf öffentliches Recht beziehen".

IV. Das öffentliche Recht setzt vielfach Begriffe des Privatrechts voraus und bedarf der Ergänzung aus diesem, wenn es z. B. von Geschäftsfähigkeit, Wohnsitz, Voll-,

---

[1] Anderer Meinung Niedner Art. 55 Anm. II 1.

[2] Vgl. Ger.Verf.Ges. § 13. Nicht selten ist über öffentlich-rechtliche Ansprüche vor den ordentlichen Zivilgerichten zu entscheiden, z. B. über die Rückforderung von Stempelabgaben nach preuß. Recht.

[3] Mit Unrecht — gegen die herrschende Meinung — bestritten von Endemann I § 16 Anm. 3.

[4] Beispiel bei Staudinger-Wagner Art. 55 Anm. 6.

Minderjährigkeit, Verjährung spricht. Beim öffentlichen Recht des Reichs ergibt sich die Ergänzung aus dem Reichsprivatrechte als notwendig, wenngleich eine ausdrückliche Bestimmung hierüber fehlt. Bei dem öffentlichen Rechte der einzelnen Bundesstaaten wird man eine ähnliche Ergänzung treffen dürfen, aber die Entscheidung ist Sache des partikulären öffentlichen Rechts, wie die Motive (E.G. S. 64) hervorheben[1].

§ 10. Übergriffe bei dem Grenzstreit zwischen Reichs- und Landesprivatrecht.

Wie bei jedem Grenzstreit, sind auch hier Übergriffe nicht ausgeschlossen. Sie können vom Reich ausgehen, freilich bei seiner Machtvollkommenheit nur selten (s. oben § 7). Dagegen werden Übergriffe seitens des Landesrechts — absichtliche sind kaum zu befürchten, aber unabsichtliche — schwer vermeidlich sein, da die Grenze nicht so deutlich ist, daß man mit dem Finger auf sie zeigen könnte. Die Untersuchungen gerade darüber, ob das Landesrecht die ihm zugewiesenen Schranken innegehalten hat, gehören zu den wichtigsten aus dem Verhältnis zwischen Reichs- und Landesrecht.

Die Anlässe zu Übergriffen sind mannigfaltig. Die Landesgesetzgebung reiht z. B. unter die vorbehaltene Materie Tatbestände ein, die nicht dazu gehören, oder legt den Begriff eines Vorbehalts falsch aus[2]. Oder sie irrt über den Umfang der ihr übertragenen Gewalt; derartige Kompetenzüberschreitungen werden einer Reihe von Ausführungsgesetzen in Ansehung der Überleitung des Güterrechts, und nicht mit Unrecht, vorgeworfen[3]. Nach Reichsgesetz ist der Einzelstaat nur befugt, sein eigenes Güterrecht in dasjenige des B.G.B., nicht aber die dem Rechte anderer Bundesstaaten angehörenden Güterstände überzuleiten; es fehlt ihm auch umgekehrt die Befugnis, die Nichtüberleitung fremdstaatlicher Güterstände anzuordnen. Die staatliche Zugehörigkeit eines Güterstandes bestimmt sich nach dem ersten ehelichen Wohnsitz der Eheleute, da das Prinzip der Unwandelbarkeit für das eheliche Güterrecht gilt. Einige Bundesstaaten haben im Widerspruch hierzu ihre Überleitungsbefugnis auf sämtliche in ihrem Territorium bestehenden Ehen erstreckt und nur auf diese beschränkt. Sie lassen von der Überleitung ergreifen den Güterstand derjenigen Ehen, die zur Zeit des Inkrafttretens des B.G.B. ihren Wohnsitz in dem betreffenden Staate hatten bezw. später dahin verlegten[4]. Eine derartige Landesgesetzgebung, welche die Überleitungsbefugnis für Güterstände in Anspruch nimmt, die nicht ihrem eigenen Rechte angehören, verstößt gegen das Reichsrecht. Sie beansprucht eine Kompetenz, die ihr nicht zusteht, sie mißachtet die Rechte des materiell zuständigen Bundesstaates, die im Art. 200 E.G. gewahrt sind[5].

In allen Fällen der Kompetenzüberschreitung, mag Anlaß und Inhalt sein, welcher es wolle, untersteht das judicium finium regundorum den Gerichten. Gewiß ist auch eine staatsrechtliche Hilfe nicht ausgeschlossen. Der Bundesstaat kann, da die vom

---

[1] Abstand ist deshalb insbesondere davon genommen, die Vorschriften des B.G.B. über Verjährung von Schuldverhältnissen auf die Schuldverhältnisse für anwendbar zu erklären, welche öffentliche Lasten und Abgaben zum Gegenstande haben (Art. 104 E.G.). Hier haben jedoch einzelne Bundesstaaten entsprechend eingegriffen, z. B. Preußen im A.G. Art. 8 § 2.

[2] Beispiele: Im Rahmen des Art. 115 E.G. dürfen Landesgesetze den Inhalt und das Maß von Dienstbarkeiten und Reallasten näher bestimmen, nicht aber andersartige begründen.

[3] Vgl. Kahn: Abhandlungen aus dem Internat. Privatrecht in Iherings Jahrb. 1901 S. 309 ff.; und unten § 14 Nr. 3.

[4] Dieses Territorialitätsprinzip verwirklicht am konsequentesten der preußische Gesetzgeber. Er leitet nicht nur, wozu er befugt ist, diejenigen Güterstände über, die einem der in Preußen geltenden Rechte angehören (Art. 45 bis 56, 59 preuß. A.G.), sondern — und hiermit überschreitet er seine Befugnis — auch diejenigen, welche sich zwar nach dem Rechte eines anderen Bundesstaates bestimmen, aber einem solchem, das auch innerhalb Preußens Geltung hatte (Art. 58), endlich auch diejenigen, welche nur dem Rechte eines anderen Bundesstaates angehören (Art. 61 und Verordnung vom 20. Dezember 1899), freilich nur, soweit sie in Preußens Machtbereich kommen, und im engsten Anschluß an die Überleitungsvorschriften des zunächst beteiligten Bundesstaates.

[5] Anderer Ansicht Planck Art. 200 Anm. 7 a. E. „Das Reichsgericht hat zu der vorliegenden Frage noch keine grundsätzliche Stellung genommen, in dem Urteile vom 10. Januar 1901 (J.W. 1901 S. 137) jedoch die Gültigkeit der erwähnten Landesgesetze indirekt anerkannt."

Reich gewährleisteten Rechte in Frage stehen, auf eine entsprechende Änderung durch die Landesgesetzgebung selbst hinwirken, er kann auch in geeigneten Fällen auf Anrufen anderer Gliedstaaten, wenn die Rechte ihrer Angehörigen durch Übergriffe verletzt werden, auf Grund des Art. 76 der R.V. einschreiten[1]. Indes, dieser Apparat wäre nur für außergewöhnliche Fälle geeignet. Die Gerichte, insbesondere das Reichsgericht in letzter Instanz, haben in die Schranken zu treten. Sie prüfen und entscheiden über die Gültigkeit der Vorschrift und können durch kein Landesgesetz dieser Prüfung enthoben oder an ihr gehindert werden.

Drittes Kapitel.

Einige allgemeine Lehren von den Rechtsnormen des Landesprivatrechts.

Den Gegenstand dieses Kapitels können selbstverständlich nicht alle allgemeinen Lehren über Wesen, Bildung, Arten, Anwendung, Geltungsgebiet des Landesrechts im objektiven Sinne bilden; in den Kreis dieser Erörterung können sie nur zum Teil und nur insoweit gezogen werden, als sie für das Verhältnis von Reichsprivatrecht zum Landesprivatrecht in Betracht kommen, bezw. Besonderheiten für das Landesprivatrecht zeigen.

I. Die Rechtsquellen des Vorbehaltsrechts.

§ 11. Allgemeines.

Was Macht hat, objektives Recht zu schaffen, heißt Rechtsquelle[2]. Diese Macht wechselt für Völker und Zeiten, ist auch nicht für alle Rechtszweige — das Staats-, das Straf-, das Völker-, das Privat-, das Prozeßrecht — die gleiche. Für das Reichsprivatrecht werden von der herrschenden Doktrin als Rechtsquellen an erster Stelle Gesetze und Rechtsverordnungen, im minderen Maße Gewohnheiten, daneben, wenngleich bestritten, Gerichtsgebrauch und Rechtswissenschaft (beide mit Hilfe der Analogie)[3] betrachtet. Wie weit erweisen sich nun diese für das allgemeine bürgerliche Recht bedeutsamen Quellen auch für das Landesprivatrecht ergiebig?

1. Laut Art. 2:

„Gesetz im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs und dieses Gesetzes ist jede Rechtsnorm"

in Verbindung mit Art. 55 ist das Landesgesetz als die Quelle des Vorbehaltsrechts bezeichnet: das Landesgesetz in dem von Art. 2 definierten materiellen Sinne, wonach es jede Rechtsnorm bedeutet, d. h. jede inhaltlich sich als Satzung von Recht darstellende Norm. Den Gegensatz bildet hier das Gesetz im formellen, technischen Sinne, d. h. diejenige Norm, die von den verfassungsmäßig befugten Gewalten

---

[1] Vgl. Gierke, Deutsches Privatr. Bd. I S. 188.

[2] Vgl. Dernburg, B.R. I § 21.

[3] Hier kann auf die Bedeutung von Wissenschaft und Gerichtsgebrauch als Rechtsquellen nicht näher eingegangen werden, weil sie im Rahmen des Landesrechts keine Eigentümlichkeit haben. Wer ihnen für das allgemeine Reichsprivatrecht über ihre Aufgabe hinaus, die Gedanken des geltenden Rechts zu entwickeln bezw. anzuwenden, rechtsschöpferischen Wert beimißt — und wir teilen diese Auffassung —, der wird auch für das Rechtsleben der Einzelstaaten ihnen die gleiche Kraft vindizieren (s. auch R.G. 24 S. 50). Selbst wenn sich entgegengesetzte partikuläre Vorschriften finden sollten, würden sie sich als machtlos erweisen. So bestimmte das preuß. A.L.R. Einl. § 6: „Auf die Meinungen der Rechtslehrer oder ältere Aussprüche der Richter soll bei künftigen Entscheidungen keine Rücksicht genommen werden." Diese Vorschrift ist aufgehoben durch das A.G. Art. 89.; sie war aber vor dieser Todeserklärung bereits längst gestorben.

im Wege der Gesetzgebung erlassen wird[1]. Die hier für das B.G.B. und E.G. gegebene umfassende, vom Inhalte ausgehende Definition entspricht schon dem Standpunkte früherer Reichsgesetze (E.G. z. Z.P.O. § 12, zur K.O. § 2, zur Str.P.O. § 7). Hiernach ist der Inhalt entscheidend; ohne Belang aber, ob die Norm auf einem Gesetz im formellen Sinne beruht oder auf Verordnungen des Kaisers, der Landesherren oder zuständiger Behörden, ob auf Staatsverträgen oder autonomischen Satzungen, ob auf geschriebenen oder ungeschriebenen Quellen. Im gleichen Sinne ist der Ausdruck Gesetz für das Landesprivatrecht aufzufassen, auch in denjenigen Bundesstaaten, die eine ausdrückliche entsprechende Vorschrift nicht erlassen haben[2].

2. Fließen auch an sich alle obigen Rechtsquellen für das Landesprivatrecht, so hat doch der Einzelstaat — dies folgt aus der ihm gebliebenen Souveränität — die Entscheidung, welche der Quellen er für die Bildung seines Vorbehaltsrechts anerkennen und welche Voraussetzungen er für die formelle Gültigkeit der von ihm anerkannten statuieren will.

Für Gesetz, Gewohnheit und Autonomie kommen wir auf die Erörterung dieser Fragen in besonderen Abschnitten (§§ 12, 13) zurück.

Von den Verordnungen (des Landesherrn oder zuständigen Behörden) kommen hier die Rechtsverordnungen, nicht die Verwaltungsverordnungen in Betracht. Wer Rechtsverordnungen, d. h. Verordnungen, die materielles Recht setzen, zu erlassen befugt ist, darüber entscheidet das Verfassungsrecht der Bundesstaaten. Für die große Mehrzahl folgt aus dem konstitutionellen Prinzip, daß Rechtsverordnungen nur zulässig sind auf Grund einer Delegation durch die Gesetzgebung[3]. Auch die Reichsgesetze übertragen mehrfach dem Landesherrn oder auch der Landesjustizverwaltung die Befugnis, Rechtsverordnungen zu erlassen[4]. Außerdem besteht in den meisten Staaten das Recht zum Erlaß sogenannter Notverordnungen, d. h. die Befugnis des Landesherrn, wenn dies die öffentliche Sicherheit oder ein ungewöhnlicher Notstand dringend erfordern, Rechtsverordnungen mit Gesetzeskraft, die freilich an gewisse Schranken geknüpft sind, zu erlassen (s. z. B. für Preußen Art. 63 der Verf.).

Die Staatsverträge als Rechtsquellen für das Landesprivatrecht bleiben nach Art. 56 E.G. insoweit unberührt, als sie ein Bundesstaat mit einem ausländischen Staate vor dem 1. Januar 1900 (vgl. auch R.G. Bd. 24 S. 13, Bd. 26 S. 118) geschlossen hat. Diese aus Schonung für das Ansehen des Partikularstaates in den Augen des Auslandes getroffene Bestimmung gilt aber für die Staatsverträge der einzelnen Bundesstaaten untereinander nicht.

3. Die Eigenschaft von Rechtsnormen haben nicht die in Statuten, Reglements, Verwaltungsverordnungen, z. B. der Versicherungsgesellschaften, der Post, der Eisenbahnen oder anderer Verkehrsanstalten, veröffentlichten Vertragsnormen oder Verwaltungsvorschriften über die Bedingungen, welche für die mit ihnen vorgenommenen Geschäfte gelten sollen (leges contractus); ebensowenig die Satzungen eines rechtsfähigen Vereins oder einer Stiftung (vgl. Laband, Staatsrecht I § 58; R.G. 15 S. 156; 9 S. 261). Indes wird im Einzelfalle zu prüfen sein, ob seinerzeit die staatliche Bestätigung solcher Statuten und Reglements nicht eher als Akt gesetzgeberischer Sanktion, denn als Verwaltungsakt gedacht war. Aus dieser Erwägung werden mit Recht die Feuer-Sozietäts-Reglements für Berlin und Breslau vom Reichsgericht als Normen des objektiven Rechts angesehen (R.G. 13 S. 215 und 28 S. 300).

---

[1] Über diesen Gegensatz von Gesetzen im materiellen und formellen Sinne vgl. zutreffend Laband, Dtsch. Staatsrecht I § 58, II § 127, und Anschütz: Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt. Anderer Auffassung ist Arndt: Das selbständige Verordnungsrecht (1902).

[2] Dahingehende Vorschriften enthält z. B. das mecklenb. A.G. § 1.

[3] Hiergegen mit Unrecht Arndt a. a. O. — Das R.G. (Bd. 40 S. 70) verlangt für den gültigen Erlaß von Rechtsverordnungen durch den Bundesrat gleichfalls besondere reichsgesetzliche Delegation.

[4] Vgl. z. B. Art. 186, 188 E.G.; Preuß. Königl. Verordn. vom 13. Nov. 1899 und Preuß. Just.Min.Verf. vom 20. Nov. 1899 zur Ausf. der Grundb.Ordn.

§ 12. Gesetze, Privilegien.

I. Gesetze.

1. Form, Verkündung. Die Landesgesetze — hier handelt es sich um sie in ihrem formellen Sinne, soweit sie materielles Privatrecht normieren — enthalten ihre verbindliche Kraft gemäß den Bestimmungen des Landesrechts. Bestimmte Formen für die Gesetzgebung bildete erst der Verfassungsstaat aus[1]. Die Bundesstaaten, mit Ausnahme der beiden Mecklenburg, sind Verfassungsstaaten. Die gesetzgebende Gewalt wird, abgesehen von den drei Freien Reichsstädten, gemeinschaftlich durch Fürst und Volksvertretung ausgeübt. Gesetze bedürfen, was die Form betrifft, der Unterzeichnung des Landesherrn und der Gegenzeichnung eines Ministers. Sie erhalten verbindliche Kraft (fast überall) durch ihre Verkündung mittels eines Gesetzblattes. Der Beginn der verbindlichen Kraft eines Gesetzes wird gleichfalls regelmäßig an den Ablauf einer Frist nach dem Tage der Ausgabe der betreffenden Nummer des Gesetzblattes geknüpft[2]. — Für Gesetze, die nicht von allgemeiner Bedeutung für das ganze Land sind, sondern sich, wie Provinzialgesetze oder Stadtrechte[3], auf einzelne Landesteile beschränken, genügt nach dem Staatsrecht der Einzelstaaten häufig auch die Verkündung durch andere Blätter als das Gesetzblatt, z. B. durch die Amtsblätter in Preußen, und es gilt ein kürzerer Anfangstermin für die Gültigkeit.

2. Als herrschender Grundsatz muß ferner das richterliche Prüfungsrecht hinsichtlich der Gültigkeit eines Gesetzes angenommen werden[4]. Nicht nur die äußere Form (Aufnahme in die Gesetzessammlung, Unterschrift des Landesherrn, Gegenzeichnung des Ministers), sondern auch die sonstigen Bedingungen der Gültigkeit (geordnete verfassungsmäßige Zustimmung der Landesvertretung, Innehaltung der Schranken einer Notverordnung) hat der Richter für die Regel zu prüfen. Dieser Grundsatz gilt freilich dort nicht, wo die Verfassung der Einzelstaaten Ausnahmevorschriften, wie in Preußen (Art. 106), Oldenburg (§ 141), Waldeck (§ 94), kennt. Aber auch für diese Staaten unterliegt die Frage, ob eine Landesnorm mit Reichsgesetzen in Widerspruch stehe, der richterlichen Prüfung[5], da jene Verfassungsbestimmungen gegenüber dem Reichsrecht nicht aufkommen können (s. auch oben § 10 a. E.).

3. Für die Auslegung der Landesgesetze können sich, abgesehen von den allgemeinen durch die Wissenschaft entwickelten Prinzipien[6], doch noch Besonderheiten ergeben, die mit der geschichtlichen Entwicklung des Privatrechts in den Bundesstaaten zusammenhängen. Schwierigkeiten wird namentlich der Sprachgebrauch insofern machen, als die Ausdrucksweise in den Gesetzen vor dem 1. Januar 1900 selbstverständlich mit dem Sprachgebrauch des B.G.B. nicht identisch sein kann, während häufig bei verschiedenem Ausdruck die Begriffe gleichartige sein können. Was den Sprachgebrauch der Ausführungsgesetze betrifft, so darf mit Befriedigung betont werden, daß er überwiegend dem des B.G.B. und des E.G., die ja auch für die äußere Einteilung des Gesetzesstoffes fast überall vor-

---

[1] Die Form früher in der Zeit des Absolutismus war keine feste. Der Wille des Monarchen entschied frei auch über Gesetzgebungsakte und deren Form; er war auch nicht an Schriftlichkeit gebunden. Die Namen waren bunt: Gesetz, Verordnung, Patent, Edikt, Dekret, Reskript; auch Landtagsabschiede standen im 16. und 17. Jahrhundert den eigentlichen Gesetzen gleich und enthielten vielfach Privatrecht (Hampe a. a. O. § 3).

[2] Der Anfangstermin ist jetzt meist der vierzehnte Tag nach der Ausgabe, z. B. in Baden laut Art 1 A.G., in Preußen laut Ges. vom 16. Februar 1874; in Braunschweig ist es der achte Tag laut Verordnung vom 5. Januar 1814. Über die Kenntnispflicht publizierter Gesetze gilt für das Landesrecht nichts Abweichendes von den Grundsätzen des Reichsrechts (Dernburg B.R. I § 25).

[3] Teilweise sind z. B. heute noch gültig die Stadtrechte von Braunschweig, von Wolfenbüttel, von Rostock u. s. w.

[4] Vgl. über diese bestrittene Frage Windscheid, Pand. I § 14 Anm. 2.

[5] Auf einem ähnlichen Standpunkt steht das R.G., das die Verordnung Lübecks über das Streikpostenstehen — weil im Widerspruch mit der Gewerbeordnung und dem Strafgesetzbuch des Reichs — für ungültig erklärt (Entsch. i. Strs. 34 S. 121). Anderer Ansicht Dernburg (B.R. I § 26).

[6] Zur Auslegung der Gesetze vgl. Kohler in Grünhuts Zeitschrift Bd. 13 Nr. 1. — Über die Bedeutung der Materialien für die Auslegung gilt für das Landesrecht nichts Abweichendes.

bildlich waren, sich anschließt. Die Auslegungsgrundsätze für den Sprachgebrauch des Reichsrechts (vgl. Planck I S. 20) können daher auch für die A.G. zur Verwertung gelangen. Wo die A.G. einen Kunstausdruck anwenden, ist zu vermuten, daß er in der vom B.G.B. geprägten Bedeutung gebraucht ist[1]. Die Anpassung an die Sprache und Ausdrucksweise des B.G.B. ist natürlich in den einzelnen Gesetzen eine ungleichmäßige, und mitunter finden sich auch Abweichungen von dem Sprachgebrauch des Musters[2].

II. Privilegien.

Privilegien nennt man im Gegensatz zu den allgemein geltenden gesetzlichen Rechtsnormen staatliche Hoheitsakte, durch welche einer Klasse von Personen (priv. personae) oder von Rechtsverhältnissen (priv. rei und causae) oder einzelnen bestimmten Personen oder Rechtsverhältnissen Ausnahmerechte gewährt werden[3]. Das B.G.B. hat über Privilegien keine Bestimmungen. Gleichheit des Rechts ist sein Prinzip. Auch ist auf den von seiner Kodifikation ergriffenen Rechtsgebieten für landesrechtliche Privilegien kein Raum, es müßte denn ausdrücklich eine reichsgesetzliche Ermächtigung hierzu erteilt sein (Mot. B.G.B. I S. 19). Die Bedeutung der Privilegien auch auf den Vorbehaltsgebieten ist in der Gegenwart, welcher die Gleichheit vor dem Gesetz als Grundprinzip der modernen Rechtsordnung gilt, nur noch eine eingeschränkte. Die Bedingungen für die Entstehung von Privilegien, insbesondere die Frage, wer zu ihrer Erteilung befugt ist, regelt, da dies Ausfluß des öffentlichen Rechts ist, die Landesgesetzgebung; sie bestimmt, ob die Verleihung durch einen Akt der Gesetzgebung oder einen Erlaß des Landesherrn oder durch Verordnungen der Behörde erfolgt. Gemeinrechtlich war als Entstehungsgrund von Privilegien auch unvordenkliche Zeit anerkannt.

Für die Auslegung der Privilegien gelten die allgemeinen Grundsätze von der Gesetzesauslegung, aber mit der aus der gemeinrechtlichen Theorie gewonnenen Regel, daß sie tunlichst einengend zu interpretieren sind. Daher folgt an sich aus der Erteilung eines Privilegs nicht die monopolartige Ausschließlichkeit; das Privileg zur Anlegung einer Straßenbahn schließt an sich nicht die spätere Erteilung gleichartiger Ermächtigung an andere aus (R.O.H. Bd. 9 S. 388).

Die Erlöschungsgründe der Privilegien richten sich gleichfalls nach Landesrecht. Das Gemeine Recht nahm u. a. Verlust des Privilegs im Falle groben Mißbrauchs an. Auch gab es dem Staate das Recht, Prilegien aus Gründen des gemeinen Wohls aufzuheben, jedoch gegen Entschädigung des hierdurch Verletzten[4]. Da diese Rechtsgrundsätze begründeten allgemeinen Anschauungen entsprechen, wird sich ihre weitere Anwendung empfehlen.

§ 13. Autonomie und Gewohnheitsrecht.

Für zwei Quellen von Rechtsnormen, die Autonomie und das Gewohnheitsrecht, ist die Frage sehr umstritten, ob sie partikularrechtlich für die vorbehaltenen Gebiete in Wirksamkeit geblieben sind. Eine eingehendere Untersuchung führt zur Bejahung dieser Frage.

I. Autonomie nennt man „die Befugnis zum Erlaß von Rechtssatzungen für einen engeren Kreis als den Staat" (Windscheid I § 19). Sie ist eine Quelle objektiven Rechts und unterscheidet sich auch da, wo ihre Satzungen der staatlichen Zulassung oder Bestätigung bedürfen[5], vom Gesetze, weil der Staat „die Rechtsnorm nicht feststellt, sondern ihr bloß Raum gibt" (Dernburg, B.R. I § 20). Diese im Mittel-

[1] Z. B. der Ausdruck „Ausland, Ausländer" überall im Sinne von außerdeutschem Ausland, Ausländer (Art. 7 § 2, Art. 43 preuß. A.G.).

[2] Z. B. die „Nutznießung" in Art. 212 des hess. A.G. wird in dem Sinne des sachenrechtlichen Verhältnisses verwendet, das vom B.G.B. mit „Nießbrauch" (§ 1030) bezeichnet wird. — Vgl. hierüber noch Habicht § 3 III u. § 4 IV.

[3] Vgl. Windscheid, Pand. 1 § 29; Dernburg B.R. I § 27.

[4] Ähnlich Einl. z. pr. A.L.R. §§ 74, 75; das pr. A.G. Art. 89 hat diese Paragraphen nicht aufgehoben.

[5] Vgl. z. B. § 1 Abs. 2 des meckl. A.G.

alter reichste Quelle der Rechtsbildung ist gegenwärtig eingesickert, aber nicht gänzlich verloren.

Die Autonomie (die Hausverfassungen) der regierenden und gewisser früher souveränen Häuser schützt Art. 57 E.G. für das gesamte Gebiet des Privatrechts; für jene Häuser kommt das B.G.B. (und das versehentlich im Art. 57 nicht mitgenannte E.G.) nur subsidiär, nur insoweit zur Anwendung, als nicht besondere Vorschriften der Hausverfassungen oder der Landesgesetze abweichende Bestimmungen enthalten[1]. Hausverfassungen werden nicht bloß durch schriftliche Satzung (Familienverträge, Testamente) gebildet, sondern auch durch Observanzen (R.G. Bd. 18 S. 201). Wo Hausverfassungen und Landesgesetze auf das gemeine bürgerliche Recht verweisen, ist nach allgemeinen Regeln (s. unten §§ 17 ff.) zu beurteilen, ob das jeweilig geltende Zivilrecht oder das zur Zeit des Erlasses jener Vorschrift zum Inhalt und Bestandteil des Sonderrechts gemacht ist. In letzterem Falle bleibt das damalige Zivilrecht auch dem B.G.B. gegenüber heute noch in Kraft, und zwar einschließlich des gemeinen deutschen Fürstenrechts, soweit dessen Normen anerkannt sind (R.G. 26 S. 149)[2]. Die Autonomie steht den im Art. 57 gedachten Familien zu, unabhängig von dem Wohnsitz und der Staatsangehörigkeit ihrer Mitglieder (R.G. 2 S. 149).

In beschränkterer Weise, nämlich nur in Ansehung ihrer Familienverhältnisse und ihrer Güter, gewährleistet der Art. 59 den vormals reichsunmittelbaren Häusern das Recht autonomer Satzungen (Mot. B.G.B. und E.G. I S. 11—14 bezw. 155—157). Das R.G. hat die Hausgesetze der Familien des hohen Adels zwar als Rechtsnormen, aber als nicht revisibel erklärt, weil sie keinesfalls ein größeres Anwendungsgebiet oder eine größere Bedeutung haben als Landesgesetze, die auf einzelne Landesteile und deren Bewohner beschränkt sind (R.G. 43 S. 413)[3].

In vielen deutschen Landesrechten findet sich indes auch noch eine Autonomie der Gemeinden[4] und Kommunalverbände, der Kirchen und öffentlich-rechtlichen Körperschaften innerhalb gesetzlicher und beschränkter Kompetenzen. Soweit die Vorbehalte des E.G. reichen, erstrecken sie sich auch auf die Autonomie (Art. 2). Im Bereiche der vorbehaltenen Materien wird daher die Befugnis jener Kreise zum Erlaß autonomischer Ordnungen innerhalb ihrer staatlich zugelassenen oder gar bestätigten Zuständigkeit in Zukunft ebensowenig geleugnet werden können, wie bisher; dies auch die herrschende Ansicht[5]. Stets ist aber bei der Untersuchung, ob eine autonome Satzung vorliegt, das Moment festzuhalten, daß es sich um eine nach den Vorschriften des öffentlichen Rechts alle Beteiligten unmittelbar bindende Norm handeln muß, sonst liegt nur eine lex contractus vor (s. oben § 11 Nr. 3).

II. Partikuläres Gewohnheitsrecht. 1. Das B.G.B. hat schließlich nach heftiger Kritik des § 2 Entwurf I von einer Regelung des Verhältnisses zwischen dem Gesetzes- und dem Gewohnheitsrecht abgesehen und dies der Wissenschaft und Praxis überlassen (s. insbes. gedr. Prot. I S. 3, VI S. 359 ff.). Die Wissenschaft, soweit

---

[1] Auch das gesamte Eherecht und Scheidungsrecht untersteht nach wie vor der Autonomie der Fürstenhäuser; Scheidungsgründe also, die das B.G.B. nicht kennt, können zugelassen sein oder jederzeit neu zugelassen werden. In Ansehung des Scheidungsrechts wird dies mit Unrecht von Stölzel (Dtsch. Jur.-Ztg. Jahrg. 1902 S. 84) bekämpft; diese — in den großherzoglich hessischen und kronprinzlich sächsischen „Erscheinungen" jüngster Zeit praktisch gewordene — Rechtslage ist bedauerlich, sed lex ita scripta.

[2] Vgl. Heffter: Die Sonderrechte der souveränen und reichsständigen Häuser Deutschlands (1871) § 7.

[3] Über die im Art. 216 E.G. gewissen ritterschaftlichen Familien vorbehaltene autonome Befugnis bei Ordnung ihrer Erbfolge vgl. Planck zu Art. 216.

[4] Die Städte Wismar und Rostock z. B. haben Autonomie.

[5] Für Preußen vgl. A.L.R. II 6 § 26 und die Entsch. des Ob.Trib. 75 S. 1 für Deichverbände; des R.G. 23 S. 26 für Kirchengesellschaften, 31 S. 235 für Wassergenossenschaften, 38 S. 124 ff. für andere öffentliche Korporationen und für Knappschaftskassen, bei Gruchot, 31 S. 425 für Gemeinde- und Ortsstatuten.

sie bisher zu Worte kam, hat nun überwiegend auch reichsrechtliches Gewohnheitsrecht anerkannt. Freilich mit dem Unterschiede, daß die einen allgemeine Gewohnheiten selbst gegen das Gesetz gelten lassen (so Dernburg, B.R. I § 28), während andere (so Endemann § 12) ihnen nur eine ergänzende Kraft beilegen, wo Lücken des B.G.B. sich zeigen. Wir schließen uns der ersten Auffassung an; nur darf die Rechtseinheit darunter nicht leiden, nur muß die Gewohnheit wirklich eine allgemeine sein. Die entgegengesetzte Auffassung verkennt die einer Elementargewalt gleiche Macht der Rechtsüberzeugungen und der Übung. Der Wille, Gewohnheitsrecht — selbst derogierendes — auszuschließen, wäre machtlos und eitel, wie das Bestreben des Knaben, der den Lauf des Stromes zu hindern glaubt, wenn er mit dem Fuß auf seine Quelle tritt. Und wer auf das Formalmoment des geschriebenen Wortes entscheidendes Gewicht legt, der beachte, daß im neuen Reichsrecht der Ausdruck „Gesetz" immer und immer wieder im Sinne von jeder Rechtsnorm angewendet wird, und damit dem Gewohnheitsrecht auch eine geschriebene Grundlage gegeben ist.

2. Aus unserer eben dargelegten Stellung folgt schon — und es entspricht dies auch der herrschenden Auffassung —, daß partikuläres Gewohnheitsrecht für die Vorbehaltsgebiete, soweit es am 1. Januar 1900 bestand, in Kraft geblieben ist, und in Zukunft neues sowohl mit abändernder als auch ergänzender Wirkung zuzulassen ist, selbst dann, wenn das bisher geltende Landesrecht (z. B. das rheinische und das preuß. A.L.R. §§ 3 und 4 Einl.) das Gewohnheitsrecht grundsätzlich ausgeschlossen hatte[1]. Anders selbstverständlich, wenn das Landesgesetz ausdrücklich Bestimmungen entweder aufrecht erhält oder neu einführt, welche das Gewohnheitsrecht verbieten bezw. einschränken. Doch ist auch hier an die Machtlosigkeit solcher gesetzlichen Aussprüche zu erinnern[2], zumal die Vorbehalte gerade Materien betreffen, auf denen das Gewohnheitsrecht besonders reich floß, so Legalservituten, Wasser-, Wegerecht u. s. w.

Gegenüber dem Reichsgesetz kann das partikuläre Gewohnheitsrecht, wenn nicht die Rechtseinheit Schiffbruch leiden soll, weder als widerstreitendes noch als ergänzendes aufkommen. Dies folgt schon aus Art. 2 der R.V.; auch dort wird man unter „Gesetz" jede Rechtsnorm, also auch die des Gewohnheitsrechts, einreihen[3]. Reichsgesetze können freilich besonders auf die Berücksichtigung partikularen Gewohnheitsrechts hinweisen (z. B. § 72 Abs. 3 des Personstandsges. vom 6. Febr. 1875).

Der Begriff des Gewohnheitsrechts und die Voraussetzungen für dessen Geltung als Rechtsnorm bestimmen sich auch für das partikuläre nach den allgemeinen Lehren, die geschichtlich die juristische Wissenschaft im Anschluß an das Gemeine Recht entwickelt hat[4]. Besondere partikuläre Bestimmungen bleiben aber daneben zu beachten.

3. Die sog. Usancen, Gewohnheiten, Gebräuche, Herkommen, uneigentliche Observanzen u. s. w., welche von der Verkehrssitte geschaffen werden (s. Staub, Komment. z. H.G.B. Einl. Anm. 27 ff.), sind kein Gewohnheitsrecht. Sie sind keine objektive Rechtsnorm, weil sie nicht von der opinio necessitatis getragen werden, sondern bilden nur im Zweifel, weil sie im Verkehr bei gewissen Geschäften üblich sind, einen stillschweigenden Bestandteil der Parteiabrede, zu deren Auslegung und Ergänzung sie dienen.

---

[1] Dernburg (B.R. I § 28) will — nicht zutreffend — dem Gewohnheitsrecht hier nur dieselbe Kraft beimessen, die es auch bisher nach Landesrecht hatte.

[2] Ausdrücklich zugelassen ist das partikuläre Gewohnheitsrecht z. B. in Mecklenburg (§ 1 Abs. 3 des A.G.), in Bayern (Art. 1 Abs. 2). Nach Bad. L.R. war Gewohnheitsrecht nur insoweit Rechtsquelle, als das Gesetz selbst ausnahmsweise darauf verwiesen hatte. Dieser Satz ist mit dem Landrecht selbst in Wegfall gekommen; fortan ist somit die Frage auch in Baden der Wissenschaft und Praxis überlassen (Dorner, Anm. 2c zu Art. 39 bad. A.G.).

[3] Eck (Vorträge S. 1) will ergänzendes, Krückmann (Jahrb. für Dogm. 58 S. 191 ff.) will derogierendes partikuläres Gewohnheitsrecht gegenüber dem Reichsrecht zulassen. Gegen Krückmann erklären sich Crome (ebendort 39 S. 323) und Oertmann (Arch. für bürg. R. 15 S. 447). Vgl. auch den abweichenden Standpunkt Cosacks I S. 36.

[4] Näheres bei Windscheid I § 5 ff. und Gierke, Dtsch. Pr.R. I S. 165 ff.; vgl. auch R.G. 3 S. 210. Eingehende Literaturangaben bei Kuhlenbeck, Anm. 2 zu Art. 2 E.G.

Sie haben daher, selbst wenn es sich um partikuläre Usancen handelt, gegenüber den dispositiven Normen sowohl des Reichs- als auch des Landesrechts Geltung, während partikuläres Gewohnheitsrecht gegenüber dem Reichsrecht keine Anerkennung findet (s. oben zu 2)[1].

II. Der Geltungsbereich des Landesprivatrechts.

§ 14. A. Der örtliche Geltungsbereich der partikulären Normen.

1. Reichsrecht. Die räumlichen Herrschaftsgrenzen der Normen des B.G.B. in Kollisionsfällen mit dem ausländischen Rechte werden in den Art. 7—31 E.G., die das sog. internationale Privatrecht zum Gegenstande haben, gezogen. Diese Vorschriften bilden indes kein zusammenhängendes Ganze, sondern nur einen Torso; zahlreiche und wichtige Fragen, ob und inwieweit Rechtsverhältnisse nach deutschem oder ausländischem Rechte zu beurteilen sind, haben keine Regelung gefunden. Die Vorschriften beschränken sich auf die personen- (Art. 7—10) und familienrechtliche Stellung (13—17: Ehen; 18, 19: eheliche Kinder; 20, 21: uneheliche Kinder; 22: Legitimation und Adoption; 23 Vormundschaft). Für das Vermögensrecht, insbesondere für das Sachenrecht und die Schuldverhältnisse, klafft eine große Lücke. Art. 11 bestimmt nur wegen der Form eines Rechtsgeschäfts, Art. 12 wegen der Ansprüche aus unerlaubten Handlungen; die Art. 24—26 betreffen das Erbrecht. Einige allg. Grundsätze geben Art. 27, 28 (Rückverweisung), 29 (Heimatlose), 30 (Ausschluß ausländischen, gegen die guten Sitten oder den Zweck eines deutschen Gesetzes verstoßenden Gesetzes) und 31 (Vergeltungsrecht).

In den bei weiten meisten seiner Vorschriften hat das E.G. einseitige Kollisionsnormen geschaffen, d. h. das deutsche Recht in Wahrung spezifisch deutscher Interessen für anwendbar erklärt, nur in wenigen (z. B. Art. 7 Abs. 1, Art. 11 Abs. 1, Art. 17 Abs. 1, Art. 21) vollkommene Kollisionsnormen, d. h. in Wahrung eines mehr kosmopolitischen Standpunktes das für das Rechtsverhältnis maßgebende Recht, einerlei ob deutsches oder ausländisches, in Anwendung gebracht. Das Prinzip der vollkommenen Kollisionsnormen lehnt sich an das Prinzip, welches seit Savignys[2] grundlegenden Ausführungen zur Herrschaft gelangte, wonach die für das Rechtsverhältnis vorzugsweise entscheidende örtliche Beziehung, gleichsam ihr Sitz, aufzusuchen sei, und das Recht dieses Ortes für die Beurteilung des Verhältnisses maßgebend sei.

2. Landesrecht. Verwickelter und damit noch schwieriger gestalten sich die Fragen der örtlichen Kollision auf den dem Landesrecht vorbehaltenen Gebieten[3]. Denn hier kommt in Betracht das Verhältnis des Landesrechts zunächst zu ausländischem (nichtdeutschem) Recht, dann aber auch zum Recht anderer deutschen Bundesstaaten (zwischenbundesstaatliches Privatrecht) und das Verhältnis verschiedener Privatrechte innerhalb eines und desselben Staates zueinander (interlokales Privatrecht)[4]. Hier sind zwei Antworten möglich und auch gegeben worden. Nach der einen bleiben die Vorschriften des bisherigen internationalen Privatrechts der einzelnen Bundes-

---

[1] Zu den wichtigsten Usancen gehören die Börsenbedingungen (Staub, Einl. S. 10). Im B.G.B. selbst wird häufig auf Gebräuche und Verkehrssitten hingewiesen (§§ 119 Abs. 2; 151, 157, 242). Im Vorbehaltsrecht spielen die Observanzen eine erhebliche Rolle (s. z. B. Art. 15 des preuß. A.G. beim Leibgedingsvertrag).

[2] Savignys System Bd. VIII S. 107 ff.

[3] Spezielle Literatur: Zitelmann a. a. O. Abschn. VII; Mayer, D. Jur.Ztg. 1898 S. 266; Rohs' Dissertation, Rostock (1901).

[4] Man denke daran, daß französisches, gemeines und A.L.R. früher in Preußen nebeneinander gegolten haben; daß ferner gerade auf den Vorbehaltsgebieten (Agrarrecht, Anerbenrecht, Fideikommisse) in den einzelnen Provinzen und Bezirken der Bundesstaaten teils infolge geschichtlicher Entwicklung (Annexion), teils infolge absichtlicher legislatorischer Gestaltung verschiedene Rechte nebeneinander gelten; daß endlich gerade für die Übergangszeit noch eine Reihe von verschiedenen Rechten, so z. B. von verschiedenen Güterrechten, innerhalb desselben Staatsgebietes Geltung beansprucht.

staaten fortbestehen (so Endemann I §§ 16, 19; Dernburg B.R. I § 35 und Riedner S. 11). Nach der anderen, auch von uns vertretenen Auffassung gelten für die örtliche Kollision auf den Vorbehaltsgebieten die aus dem B.G.B. und dem E.G. (Art. 7—31) und, soweit hier Lücken vorhanden sind — und sie sind in weitestem Umfange vorhanden (s. zu 1) —, aus den allgemeinen Prinzipien herzuleitenden Grundsätze (so auch Eck S. 17, Goldmann-Lilienthal S. 18, Planck Anm. 4 zu Art. 7—31 E.G., Dorner S. 18 ff.). Jene allgemeinen Prinzipien werden nur selten aus einer analogen Anwendung der Normen des E.G.[1] zu entwickeln sein, denn diese enthalten meist Sondervorschriften — disiecta membra —, die für den Einzelfall, meist in Begünstigung deutscher Interessen, gegeben sind und einer Verallgemeinerung widerstreben. Vielmehr sind die Lücken für die Regel durch die aus der Natur der Rechtsverhältnisse abzuleitenden allgemeinen Prinzipien zu ergänzen, im Anschluß an die bisher durch Wissenschaft und Gerichtsgebrauch gewonnenen wertvollen Ergebnisse[2].

Die Beantwortung der Frage nach dem Fortbestehen der bisherigen Vorschriften des einzelnen Bundesstaats über das internationale Privatrecht hängt im wesentlichen davon ab, ob sie als öffentliche oder als privatrechtliche angesehen werden. Im ersteren Falle bleiben sie unberührt, im letzteren unterliegen sie dem Aufhebungsprinzip des Art. 55. Die örtlichen Kollisionsnormen dürfen aber mit Fug als privatrechtliche bezeichnet werden. Ihr Inhalt stempelt sie dazu, denn sie wollen den Herrschaftsbereich der materiellen privaten Rechtsnormen bestimmen. Ausschlaggebend ist aber jedenfalls, daß der Reichsgesetzgeber die Normen zu den privatrechtlichen rechnet[3], sonst hätte ihre Regelung außerhalb seiner Zuständigkeit gelegen[4].

Die obige Regel erfährt indes durch zwei Maßgaben allgemeiner Natur und eine positive gesetzliche Bestimmung Einschränkungen:

a) Das Landesrecht kann von den Prinzipien sowohl des Reichsrechts wie auch der Wissenschaft und Praxis abweichende Normen in Zukunft für die Vorbehaltsgebiete aufstellen; dies folgt aus den allgemeinen oben (§ 8) entwickelten Grundsätzen[5].

b) Die bisherigen örtlichen Kollisionsnormen der Landesrechte gelten fort, soweit sie einen Bestandteil, ein wahres Sonderrecht einer einzelnen Vorbehaltsmaterie bilden, soweit eine sog. unechte Verweisung (s. § 20) vorliegt. Bei echter Verweisung (s. § 19) greift gemäß Art. 4 E.G. die obige Regel ein.

c) Vermöge ausdrücklicher Vorschrift des E.G. Art. 56 bleiben unberührt die Bestimmungen der Staatsverträge, die ein Bundesstaat mit einem ausländischen

---

[1] Der Grundsatz des Art. 11 E.G. wird ohne weiteres entsprechend auf die landesrechtlichen Kollisionsfälle anwendbar sein.

[2] Vgl. Dernburg, B.R. I § 35. — So wird Art. 12 E.G. nicht auf Fälle analog auszudehnen sein, wo wegen eines Delikts aus einer Vorbehaltsmaterie nicht am Gerichtsorte der begangenen Tat, sondern in einem anderen Bundesstaat, und zwar dem Heimatsstaat des Täters, Anklage erhoben wird (Zitelmann).

[3] So auch Zitelmann, a. a. O. VII, wenngleich er prinzipiell die Vorschriften des intern. Privatr. für öffentliches Recht hält (Internat. Privatr. I S. 198 ff.).

[4] Auf dem diesseitigen Standpunkte stehen auch fast durchgängig, soweit sie sich bei Erlaß der A.G. darüber ausgesprochen haben, die einzelstaatlichen Gesetzgeber. So hebt Preußen die §§ 22—45 der Einl. A.L.R., in denen die örtliche Kollision geregelt war, noch ausdrücklich auf, und in der Begründung wird erklärt, es bedeute dies, daß die allgemeinen Vorschriften des A.L.R. über die örtliche Kollision auch für die vorbehaltenen Gebiete durch die allgemeinen Grundsätze des Reichsrechts ersetzt werden. „Wie die letzteren der Wissenschaft und Praxis ein weites Feld lassen, kann diesen auch die Lösung der Zweifel für das Landesrecht vorbehalten bleiben." — Baden bestimmt in Art. 2 seines A.G.: „Die Art. 7 bis 30 des E.G. z. B.G.B. finden auf badische Landesgesetze privatrechtlichen Inhalts entsprechende Anwendung." Aus den Motiven ergibt sich, daß im übrigen die allgemeinen Grundsätze aus Wissenschaft und Praxis herzuleiten seien (Dorner, S. 13 ff.). — Für Mecklenburg ebenso Langfeld S. 16.

[5] So könnte ein Bundesstaat die ihm nach Art. 134 vorbehaltenen Vorschriften über die religiöse Erziehung der Kinder, abweichend von dem der Bestimmung des Art. 19 zu Grunde liegenden Prinzip der Staatsangehörigkeit, auf alle Kinder für anwendbar erklären, die in seinem Gebiet ihren Wohnsitz haben.

(nichtdeutschen) Staate vor dem 1. Januar 1900 geschlossen hat, also auch soweit sie etwa internationales Privatrecht enthalten[1].

3. Wie für den Güterstand einer am 1. Januar 1900 bestehenden Ehe die bisherigen Gesetze überhaupt maßgebend bleiben (Art. 200), so bleiben auch die bisherigen landesrechtlichen Kollisionsnormen für die örtlichen Grenzen der eherechtlichen Überleitungsvorschriften maßgebend. Die meisten Bundesstaaten haben die örtlichen Grenzen ihrer Überleitungsvorschriften besonders geregelt, im wesentlichen in folgender Weise:

a) Ehen mit ausländischem Güterstand fallen nicht unter die Überleitung (so auch Preußen, vgl. Stranz-Gerhard S. 268 Anm. 16).

b) Hinsichtlich der bundesstaatlichen Güterstände ist die Stellung eine verschiedene.

α) Die Mehrzahl der Landesgesetze treffen die Überleitung für die Güterstände ihres eigenen Rechts, also für Ehen, deren Güterstand nach dem ersten Ehewohnsitz von dem betreffenden Landesrecht ergriffen wird, ohne Rücksicht darauf, wo die Ehegatten ihren Wohnsitz nachher haben (so Sachsen, Baden Ges. v. 4. Aug. 1902 —, Oldenburg, S.-Altenburg, S.-Coburg-Gotha, S.-Meiningen und die Hansastädte).

β) Eine Anzahl Bundesstaaten erstreckt und beschränkt die Überleitung auf alle in ihrem Territorium bestehenden Ehen, also auf die Ehen von Personen, die ihren Wohnsitz am 1. Januar 1900 in dem betreffenden Staate haben, oder später dorthin verlegen, gleichviel wo das erste Domizil der Ehegatten war, und gleichviel welche bundesstaatliche Angehörigkeit die Ehegatten haben (so Preußen, Bayern, Hessen, Weimar, Waldeck-Pyrmont, Elsaß-Lothringen).

γ) Die beiden Mecklenburg, in denen die Wandelbarkeit des ehelichen Güterrechts galt, leiten für die Regel alle in Mecklenburg domizilierten Güterstände, gleichviel welchem Rechte sie angehören, in das gesetzliche Güterrecht des B.G.B. über (§ 209 des schwer., § 207 des strel. A.G.).

δ) Württemberg hat grundsätzlich, Lippe teilweise von einer Überleitung Abstand genommen.

Es bedarf keiner weiteren Ausführung, daß bei diesem Rechtszustande sich Konflikte ergeben können.

Über die Unvereinbarkeit gewisser Bestimmungen der Landesgesetze zu β und γ mit dem Reichsrechte ist bereits oben behandelt worden (§ 10).

§ 15. B. Der zeitliche Geltungsbereich der Normen[2].

1. Für das zeitliche Herrschaftsgebiet der partikulären Normen in den Vorbehaltsmaterien greifen entsprechende Grundsätze Platz, wie sie für die örtliche Kollision im vorigen Paragraphen dargelegt sind. Die Frage der zeitlichen Kollision, d. h. wie weit neue Gesetze auf die vor ihrem Inkrafttreten entstandenen Rechtsverhältnisse einwirken, hat wie für das Reichs-, so auch für das Landesprivatrecht zunächst eine allgemeine Bedeutung bezüglich neuer zukünftiger Gesetze, tritt aber in der jetzigen Epoche der Einwirkung des B.G.B. und seiner Nebengesetze besonders scharf und aktuell hervor[3]. Das Prinzip ist auch hier: die reichsrechtlichen Regeln sind sinngemäß anzuwenden. Dies entspricht der herrschenden

[1] Die Zahl dieser Staatsverträge ist nur eine geringe; es kommen etwa in Betracht: Übereinkunft Bayerns mit Österreich vom 10. Mai 1808 über die freie Benutzung von Familienstiftungen u. s. w.; Freizügigkeitserklärung zwischen Bayern und den Vereinigten Staaten vom 13. November 1845; Staatsvertrag Badens mit Frankreich vom 16. April 1846 u. s. w. (vgl. Niedner Art. 56 Anm. 6). Die Staatsverträge des Reichs über Gegenstände des internat. Privatr. bleiben nach Art. 32 E.G. unberührt.

[2] Affolter: Das intertemporale Privatrecht (Leipzig 1901). Hoffentlich wird dieser Ausdruck „intertemporal" bleiben.

[3] Vgl. hierüber Habicht: Die Einwirkung des B.G.B. auf zuvor entstandene Verhältnisse, III. Aufl. 1901.

Auffassung. Habicht (§ 4 III) freilich will — wenigstens für die jetzige Übergangszeit, die er a. a. O. nur im Auge hat — die partikulären Fragen der zeitlichen Kollision nur aus den Ausführungsgesetzen selbst lösen; für sie seien weder unmittelbar die Vorschriften des E.G. z. B.G.B. noch auch die Grundsätze des bisherigen Landesrechts anzuwenden. Übereinstimmung herrscht somit in der Ablehnung sowohl der bisherigen partikulären Kollisionsnormen als auch einer unmittelbaren Anwendung der Vorschriften des E.G. Indes das Landesrecht kann überhaupt nicht, und daher auch nicht seine Ausführungsgesetze, der Ausgangspunkt für die Beurteilung der Fragen über den zeitlichen Widerstreit der Gesetze sein. Vielmehr kann nur, da auch die zeitlichen Kollisionsnormen der Einzelstaaten als Privatrecht durch den Art. 55 außer Kraft getreten sind, das Reichsrecht den Ausgangspunkt bilden. Reichsrecht bedeutet aber nicht etwa die Vorschriften des E.G., sondern parallel den bei der Lehre von der räumlichen Kollision (§ 14) gemachten Ausführungen auch hier: die aus dem B.G.B. und dem E.G. (vierter Abschnitt) und, soweit hier Lücken vorhanden sind, aus den allgemeinen Prinzipien durch Wissenschaft und Praxis hergeleiteten und herzuleitenden Grundsätze. Wie dort, gilt auch hier die Maßgabe, daß das Landesrecht auf den Vorbehaltsgebieten jederzeit durch besondere Bestimmungen Abweichendes verfügen darf[1]. Soweit man aus den Materialien und den ausgesprochenen Absichten bei Erlaß der A.G. einen Schluß zu ziehen befugt ist, darf auch gesagt werden, daß die einzelstaatlichen Gesetzgeber den diesseits vertretenen Standpunkt teilen[2].

2. Da die reichsrechtlichen Regeln sinngemäß anzuwenden sind, so müssen sie hier, freilich nur im knappsten Umriß, skizziert werden, soweit sie für das Verständnis des Vorbehaltsrechts wesentlich sind. Ein ausdrücklicher prinzipieller Ausspruch für die Lösung des zeitlichen Widerstreits fehlt. Die Motive zum B.G.B. (I S. 19) fassen die herrschenden Grundgedanken dahin zusammen. Als Hauptsatz gilt: neue Gesetze haben keine rückwirkende Kraft; erworbene Rechte bleiben von ihnen unberührt. Indes kann das Gesetz Ausnahmen statuieren: das Verbot der Rückwirkung ist zwar „eine sittlich vernünftige Anforderung an den Gesetzgeber, aber keine Rechtsschranke seiner Machtvollkommenheit". Die Ausnahmen können entweder ausdrückliche sein, oder die Auslegung kann ergeben, das Gesetz wolle die Rückwirkung. Insbesondere können politische, soziale, wirtschaftliche, ethische Rücksichten dazu führen, einem Rechtssatze Anwendbarkeit zurück in die Vergangenheit zu geben; ohne einen besonderen Ausspruch aber nur dann, wenn für das neue Gesetz jene Rücksichten so schwerwiegende waren, daß es einen Widerspruch mit ihnen als grob unsittlich oder sozialgefährlich empfindet[3].

In dem besonderen Falle nun der Einwirkung des B.G.B. und seiner Nebengesetze auf die früheren Rechtsverhältnisse ist zunächst die Frage, ob und inwieweit altes oder neues Recht zur Anwendung gelangt, nach neuem Recht zu beurteilen. Die

---

[1] In fast allen Bundesstaaten sind auch für die jetzige, durch die Einwirkung des B.G.B. beherrschte Übergangsepoche bei den verschiedensten Rechtsverhältnissen zeitliche Kollisionsnormen ausdrücklich gegeben, z. B. im pr. A.G. Art. 8 § 2, Art. 14 § 2 Abs. 2; im sächs. A.G. § 2 Abs. 2; württemb. Gesindeordnung Art. 32 Abs. 2; vor allem aber in den Übergangsvorschriften für das Güterrecht. Bayern hat ein besonderes Gesetz für die Überleitungsvorschriften erlassen.

[2] So hat das preuß. A.G. die §§ 14—17, 19 der Einl. des A.L.R. und den Art. 2 Code civil mit ihren Regeln über die zeitliche Herrschaft der Gesetze im Art. 89 aufgehoben. Die Begründung weist darauf hin, daß die reichsrechtlichen Grundsätze, und besonders auch die des E.G., auf den vorbehaltenen Gebieten entsprechend zu verwerten seien, wenn nicht Sonderbestimmungen eingreifen. — Meiningen schreibt im Art. 31 § 7 vor: „Die Übergangsbestimmungen des E.G. z. B.G.B. finden auf die Vorschriften des gegenwärtigen Gesetzes entsprechende Anwendung." Endlich wird das grundlegende reichsrechtliche Prinzip der Nichtrückwirkung (vgl. Näheres zu 2) verschiedenfach in Einzelbestimmungen der Gesetze zum wörtlichen Ausdruck gebracht, z. B. im preuß. A.G. Art. 71 § 2, im sächs. § 1 Abs. 2. Da auch Habicht dies Prinzip, wo ausdrückliche Bestimmungen fehlen, als Regel für die Ausführungsgesetze annimmt, nähern sich seine und unsere Auffassung im praktischen Endergebnis trotz des verschiedenen Ausgangspunktes.

[3] Hiermit wesentlich im Einklang das R.G. 40 S. 314; 42 S. 100; 44 S. 59. Jur. Woch. 1901 S. 1.

diesbezüglichen Grundsätze der früheren Partikularrechte sind aufgehoben (Art. 55). Das E.G., das von allgemeinen Regeln absieht, hat ausführliche Einzelvorschriften gegeben in den 66 Artikeln des „Vierten Abschnitts" (Art. 153—218)[1]. Hat auch den Reichsgesetzgeber hierbei das Prinzip der Nichtrückwirkung vorzugsweise geleitet, so erheischte doch die Idee der umfassenden Kodifikation des bürgerlichen Rechts an vielen Punkten ein Eingreifen in schon bestehende Rechtsverhältnisse und ihre Unterwerfung unter den neuen Herrn, wenn man nicht auf Jahrzehnte hinaus die Einheitlichkeit opfern und verwirrende Zustände bestehen lassen wollte. So erklären sich die Einzelvorschriften des E.G. Im allgemeinen werden erworbene Rechte geschützt; kommt aber in den neuen Bestimmungen nur eine neue rechtliche Prägung und Gestaltung zum Ausdruck, so werden sie auf die alten Rechtsverhältnisse angewendet (Dernburg B.R. I § 33).

Die Grundsätze, die diesen Einzelvorschriften zu Grunde liegen, wird man nicht unmittelbar, aber analog, wie schon ausgeführt, auch auf das Vorbehaltsrecht anzuwenden haben. Beispielsweise ist der Grundsatz der Nichtrückwirkung bezüglich der Schuldverhältnisse im Art. 170 anerkannt. Nichts spricht gegen eine sinngemäße Anwendung dieses Satzes auch auf die Schuldverhältnisse in den Vorbehaltsgebieten. Auf den Inhalt des bestehenden Eigentums sollen nach Art. 181, auf ein bestehendes Besitzverhältnis nach Art. 180 vom 1. Januar 1901 an die Vorschriften des B.G.B. Anwendung finden. Die auf dem Gebiete des Vorbehaltsrechts bestehenden Eigentums- und Besitzverhältnisse werden sich demgemäß mangels Sonderbestimmungen gleichfalls entsprechend modeln.

Viertes Kapitel.

Wirkung des Vorbehalts in Bezug auf die „Allgemeinen Vorschriften".

§ 16. Allgemeine Vorschriften.

Wir wenden uns nun — last not least — zu dem interessantesten Teile unserer Untersuchung: Welche Wirkung hat der Ausspruch, daß ein Gebiet vorbehalten ist, in Bezug auf die sog. „Allgemeinen Vorschriften"? Sind — diese Fragen haben namentlich Bedeutung — auch die „Allgemeinen Vorschriften", die eine Materie enthält, mit vorbehalten; und woher haben die Vorbehaltsbestimmungen, sofern sie über „Allgemeine Vorschriften" nichts oder nicht Erschöpfendes enthalten, ihre Ergänzung zu finden: aus dem Reichs- oder aus dem Landesrecht? An den generellen Vorbehalten (s. oben § 4 II) wollen wir jene Wirkungen im einzelnen verfolgen und entwickeln. Die hier geltenden Grundsätze gelten sinngemäß und entsprechend für die speziellen Vorbehalte.

Das Landesrecht ist, wie bereits (§ 8) dargelegt wurde, seit Neugestaltung des bürgerlichen Rechts und in Zukunft auf den generellen Vorbehaltsgebieten auch in Bezug auf die „Allgemeinen Vorschriften" souverän und darf beliebige Abweichungen vom Reichsrecht treffen. Soweit es bei zukünftigen Regelungen schweigt, ist die Ergänzung aus dem Reichsrecht zu treffen, schon weil dies als gewollt anzunehmen ist.

Hier und in diesem ganzen Kapitel handelt es sich aber nur um Behandlung und Beantwortung der Frage nach dem Verhältnis zwischen dem Landesspezialrecht auf den Vorbehaltsgebieten, das bereits am 1. Januar 1900 bestanden hat, zu den „Allgemeinen Vorschriften" der Landesrechte[2].

---

[1] Gruppierung und Inhaltsangabe bei Habicht § 3.

[2] Nicht um das Verhältnis zu den „Allg. Vorschriften" des B.G.B.; denn die Landesgesetze, die vor dem 1. Januar 1900 schon in Geltung waren, hatten selbstverständlich keine Beziehung zum B.G.B. (so auch Zitelmann S. 6, 9).

Bevor wir zu der Beantwortung übergehen, ist es nötig, die „Allgemeinen Vorschriften" begrifflich scharf im Gegensatz zu den besonderen zu umgrenzen. Im Anschluß an die herrschende Theorie hat das B.G.B. seine Systematik eingerichtet und den vier Sonderrechtsteilen einen „Allgemeinen Teil" vorausgeschickt, der im wesentlichen die gemeinsame Voraussetzung und Ergänzung zu ihnen bildet. Sonderrechtsteil ist ein Inbegriff von Rechtssätzen für eine „besondere Lebenssphäre" (Gierke D.Pr. I S. 43). Auch innerhalb der Sonderteile wird hin und wieder ein Kreis von Vorschriften als „Allgemeine" den anderen vorangestellt, z. B. beim Kauf (§§ 433—458), beim Grundstücksrecht (§§ 873—902), beim Güterrecht (§§ 1363—1372 und 1432—1436) u. s. w. Auch der erste Abschnitt des E.G. trägt die Bezeichnung: „Allgemeine Vorschriften"[1]. Soviel ist klar: das Reichsrecht stellt „allgemeine" und „besondere" Vorschriften in Gegensatz. Da indes aus Gründen der Gesetzestechnik die „allgemeinen" häufig in die Sonderteile hineinreichen und die „besonderen" unter die „allgemeinen" geraten sind, muß der Begriff, wenn er sich auch an die Systematik des B.G.B. und des E.G. anlehnt, selbständig gefunden werden, mit dem für die Unsicherheit und Gefährlichkeit einer jeden Definition in iure civili üblichen Vorbehalt.

„Allgemeine Vorschriften" sind diejenigen, die für mehrere Anwendungsgebiete aus einheitlichen Gründen übereinstimmend geschaffen sind[2]. Als besonders charakteristische, wenngleich nicht immer entscheidende Merkmale einer Allgemeinvorschrift kommen in Betracht, daß sie als ein abstrakter Satz ohne Rücksicht auf konkrete Anwendungsfälle aufgestellt ist, und daß diese Fälle nicht von vornherein übersehbar sind. Der Charakter der besonderen Vorschriften kennzeichnet sich darin, daß sie für einen begrenzten Kreis von Lebensverhältnissen oder für bestimmte Tatsachen etwas Eigentümliches, Spezifisches normieren, mag diese Besonderheit in einer Modifizierung der sonst für eine Rechtswirkung erforderlichen Voraussetzung, oder in einer Stärkung, Minderung und Aufhebung sonstiger Rechtswirkungen, oder in der Einführung neuer und eigentümlicher rechtlicher Tatbestände liegen (Zitelmann a. a. O.).

Bei der Untersuchung des Verhältnisses des bereits bestehenden Vorbehaltsrechts zu den „Allgemeinen Vorschriften", deren für unsere Frage maßgebende Abgrenzung soeben gewonnen ist, sind drei Hauptfälle zu unterscheiden:

a) Die Vorbehaltsmaterie enthält keine Vorschrift über gewisse Rechtsverhältnisse allgemeinen Charakters, setzt sie vielmehr voraus (Voraussetzung, § 17).

b) Sie verweist auf die „Allgemeinen Vorschriften" des bisherigen Rechts (Verweisung, §§ 18, 19).

c) Sie enthält derartige Vorschriften. Diese können darstellen eine Wiederholung oder eine Abweichung, eine selbständige Sonderregelung (§ 20).

Gegenstand der nächsten Paragraphen ist die Behandlung dieser Hauptfälle.

§ 17. Vorausgesetzte Allgemeinvorschriften.

I. Beim Fehlen allgemeiner Vorschriften auf dem Sonderrechtsgebiet hat ihre Ergänzung ausschließlich aus dem B.G.B. und E.G. zu erfolgen[3], nicht aber aus dem bisherigen partikulären Landesrecht[4]. Dies beruht auf dem Rechtsgrundsatz, daß das B.G.B. die natürliche Stellung des ius commune, gleichsam der gemeinsamen natürlichen Ernährerin für das neben ihm fortbestehende landesgesetzliche Vorbehaltsrecht, wie übrigens auch für das Reichsspezialrecht, einnimmt[5]. Eine ausdrückliche Vorschrift für diesen Rechtsgrundsatz fehlt. Aber es liegt hierin keineswegs ein bloßes

[1] Den Ausdruck „Allgemeine Vorschriften der Landesgesetze" enthält das E.G. Art. 151 und nur dort.

[2] Beispiele „Allgemeiner Vorschriften" s. §§ 8 und 17 II; Näheres Zitelmann a. a. O. III.

[3] Ebenso Eck § 6, Niedner Art. 4 Anm. 1, Planck Art. 4 Anm. 1, Zitelmann a. a. O. III.

[4] Dieser Ansicht Dernburg, B.R. I § 13 Anm. 10.

[5] Vgl. Stranz-Gerhard S. 22. Das Verhältnis des allgemeinen bürgerl. Rechts zum Reichsspezialrecht greift über unser Thema hinaus; sinngemäß werden die für das eine Verhältnis entwickelten Regeln auch für das andere anwendbar sein.

Postulat, welches der gesetzlichen Bekräftigung ermangelt, wie Dernburg (a. a. O.) meint. Vielmehr ist diese in folgenden Erwägungen zu finden. Jedes für bestimmte Lebensverhältnisse erlassene Sondergesetz setzt das Bestehen und den Inhalt des für den betreffenden Staat geltenden allgemeinen Rechts voraus. Aus diesem Hintergrunde, der für Leben und Funktionieren des Sondergesetzes ebenso nötig ist, wie der Gesamtkörper für die Funktionen des Einzelgliedes, kann nur Bedeutung und Tragweite des Spezialrechts erkannt und ergänzt werden; im letzteren sind die „Allgemeinen Vorschriften" des bestehenden Rechts vorausgesetzt. Nun sind aber durch Art. 55 E.G. alle privatrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze, also auch die allgemeinen Charakters, außer Kraft getreten, soweit nicht ein ausdrücklicher Vorbehalt vorliegt. Da hierdurch der zur Anwendung des Sonderrechts nötige Hintergrund der allgemeinen landesgesetzlichen Vorschriften weggefallen ist, kann der Gesetzgeber gar nichts anderes beabsichtigt haben, als die allgemeinen Vorschriften des Reichsrechts an die Stelle zu setzen. Weil selbstverständlich, ist dieser Satz nicht expressis verbis ausgesprochen. Daß dies die Auffassung des Gesetzgebers gewesen sein muß, dafür entscheidet auch der im Art. 4 für den ähnlichen Fall der Verweisung niedergelegte Grundgedanke. Hiergegen ist auch der Einwurf unbegründet, der Vorbehalt, auf den Art. 55 hinweise, beziehe sich auch auf die vorausgesetzten allgemeinen Vorschriften des betreffenden Landesrechts. Selbst bei den generellsten Materien sind diejenigen Bestimmungen, die allgemeinen Charakters sind, durch den Vorbehaltsausspruch des Art. 55 nicht mit getroffen und mit gedeckt. Zutreffend ist allein die engere Auslegung, wonach nur diejenigen Vorschriften, die für die einzelnen Materien als deren Sonderrecht berechnet sind, nicht aber diejenigen, die diesem Sonderrecht gegenüber allgemeine Vorschriften bilden, vorbehalten sind[1].

Unser leitendes Prinzip empfiehlt sich auch durch den Zweck des großen Gesetzgebungswerkes, das soweit als möglich Einheit schaffen wollte; ein grenzenloses Tohu-Wabohu, ein Rechtszustand, fast noch schlimmer als vordem, wäre aber die Folge, wenn man die früheren Allgemeinvorschriften der verschiedenen Bundesstaaten zur Ergänzung für die Sondermaterien heranzöge. Unser Prinzip empfiehlt sich nicht minder durch seine Einfachheit; es ist ein Ariadnefaden, der durch das Labyrinth der hier zur Untersuchung stehenden Fragen sicher führt. Auch die einzelstaatlichen Gesetzgeber sind, wie die Begründungen zu den A.G. ergeben, zumeist von ihm ausgegangen[2].

II. Einige Beispiele werden zur Veranschaulichung des obigen Grundsatzes dienen. Wo das bisherige Landesspezialrecht von Formerfordernissen, von Regeln über Irrtum, Verzug, Bedingungen u. s. w. schweigt, greift das B.G.B. ergänzend ein. Für die Begriffe der Geschäftsfähigkeit, Vertretung, Ehelichkeit, Verwandtschaft, Schwägerschaft ist jetzt das B.G.B. maßgebend. Spricht das Landesrecht von Schenkungen oder Zuwendungen von Todes wegen, z. B. bei den Erwerbsbeschränkungen der juristischen Personen, so wird deren Begriff fortab nach dem B.G.B. zu bestimmen sein. Ebenso wird der Fruchtbegriff etwa für Fideikommisse und Lehen aus dem B.G.B. zu umgrenzen sein[3]. Hier, wie überall in diesem Paragraphen, vorausgesetzt, daß das Landesspezialrecht über Allgemeinvorschriften schweigt und keine anderweite Sonderregelung enthält.

Die Anwendung des Rechtsprinzips kann Änderungen von praktischer Tragweite hervorbringen, und zwar namentlich da, wo die Vorschrift allgemeinen Charakters eine andere Ausgestaltung im B.G.B., als in einem der bisherigen Landesrechte erfahren

---

[1] Dies hat Zitelmann a. a. O. S. 10 ff. gut nachgewiesen. Auch Art. 95 Abs. 2 E.G. ist kein Beweis dagegen, erklärt sich vielmehr daraus, daß die Vorschriften des B.G.B. über Geschäftsfähigkeit u. s. w. selbst dann Anwendung finden sollen, wenn etwa das Landesrecht gerade im Gesindewesen Sonderbestimmungen über die Geschäftsfähigkeit gegeben hätte.

[2] Vgl. z. B. die Begründung zum pr. A.G. bei Art. 16, 21, 87 des Entwurfs; zur meckl. A.V. § 2.

[3] Anderer Meinung Dernburg (B.R. III § 8 Nr. III), der infolge seiner grundsätzlich verschiedenen Stellung erklärt, für Familienfideikommisse gelte nicht der Fruchtbegriff des B.G.B., sondern z. B. in Preußen der Fruchtbegriff des A.L.R., obwohl der Fruchtbegriff im Fideikommißrecht des A.L.R. (Teil II Titel 14) keine Sonderregelung erfahren hat.

hat, oder wo neue rechtliche Folgen an ein nach altem und neuem Recht im wesentlichen gleichartiges Verhältnis geknüpft werden. Beispielsweise tritt nunmehr, wo das Landesrecht von väterlicher Gewalt redet, die elterliche Gewalt des B.G.B. an die Stelle[1]. Der Umfang dessen, was zur „Frucht", zu „Nutzungen" gerechnet wird, bestimmt sich nach neuem Recht. — Handelt ein neben dem B.G.B. in Kraft bleibendes Landesgesetz von Hypotheken und Grundschulden, so sind dafür die Hypotheken und Grundschulden nach dem B.G.B. zu setzen. — Die Verschiedenheit der Voraussetzungen für die Ehelichkeit eines Kindes früher und jetzt kann zu verschiedenartigen Rechtswirkungen führen (s. hierüber Planck Art. 4 Anm. 4).

III. Zwei wichtige Folgen des von uns vertretenen Prinzips seien noch besonders hervorgehoben:

a) Wenn gewisse Institute allgemeinen Charakters im B.G.B. aufgehoben sind, so fallen sie auch für die Vorbehaltsmaterien, abgesehen immer von einer Sonderregelung, weg. Dies ist z. B. wichtig für den Rechtsbesitz. Ihn kennt das B.G.B. nicht, in Übereinstimmung mit dem altrömischen und französischen, aber in Abweichung von dem gemeinen und dem preußischen Recht. Unzutreffend ist die Annahme[2], der Rechtsbesitz sei bei Vorbehaltsmaterien in den früheren Herrschaftsgebieten des A.L.R. und gemeinen Rechts noch zulässig und nach den bisherigen Vorschriften zu beurteilen.

b) Wenn das Landesrecht auf den Vorbehaltsgebieten keine von den allgemeinen Grundsätzen abweichende Bestimmung über die Verjährung trifft, oder aber für Ansprüche aus den Vorbehaltsmaterien die Verjährung gar nicht erwähnt, dann finden die Verjährungsgrundsätze des B.G.B. und dessen Fristen Anwendung, es greifen nicht die Grundsätze der bisherigen landesrechtlichen Verjährungslehre ein[3].

Verweisung.

§ 18. A. Entstehungsgeschichte des Art. 4 E.G.

Sitz der gesetzlichen Regelung für den Fall der Verweisung (Fall b oben § 16 a. E.) ist der Art. 4 E.G.:

„Soweit in Reichsgesetzen oder in Landesgesetzen auf Vorschriften verwiesen ist, welche durch das Bürgerliche Gesetzbuch oder durch dieses Gesetz außer Kraft gesetzt werden, treten an deren Stelle die entsprechenden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs oder dieses Gesetzes."

Für die Erläuterung des Art. 4 ist ein Zurückgehen auf die Materialien von Bedeutung, weil eine ihrer Bemerkungen auf die Auslegung des Art. 4 in der bisherigen Literatur und Rechtsprechung einen wesentlichen Einfluß geübt hat. Die Motive (E.G. S. 64, 148 ff.) heben nämlich hervor: „In Kraft bleiben diejenigen bestehenden Vorschriften, welche zwar inhaltlich von dem bisherigen gemeinen Privatrecht nicht abweichen, nach der Absicht des betreffenden Gesetzes aber nicht lediglich die Bedeutung einer erläuternden Wiederholung des ius commune haben, sondern einen Bestandteil des Spezialrechts bilden sollen." Hier liege keine Verweisung im Sinne des Art. 4 vor. In den Protokollen (S. 9186) wird der gleiche Gedanke in folgendem Gegensatz wiederholt: „Wenn — im Landesgesetz bei einer Vorbehaltsmaterie — auf das allgemeine Recht nur verwiesen ist in dem Sinne, daß es als solches, nicht als eine Besonderheit des betreffenden Gesetzes, zur Anwendung kommen soll, tritt das B.G.B. an die Stelle; wenn das Landesgesetz eine dem allgemeinen Recht entnommene besondere Bestimmung enthält, ist es eine Auslegungsfrage, ob die Bestimmung unter allen Umständen,

[1] In Übereinstimmung hiermit Art. 69 § 1 des pr. A.G. — Wo beispielsweise nach partikulären Gesindeordnungen Kinder, die unter väterlicher Gewalt stehen, sich nicht ohne Einwilligung des Vaters vermieten dürfen, gilt jetzt diese Einschränkung für Kinder, die unter elterlicher Gewalt stehen.

[2] So Dernburg, B.R. III § 29, Goldmann-Lilienthal S. 232, Endemann II § 28.

[3] Beispielsweise läuft nunmehr auch auf den Vorbehaltsgebieten für die Verzugszinsen die im § 197 B.G.B. normierte vierjährige Verjährung, während die Verzugszinsen nach verschiedenen bisherigen Partikularrechten, wie dem pr. A.L.R., ohne kurze Verjährung liefen.

oder nur, weil sie allgemeines Recht ist, gelten soll, in welch letzterem Falle sie durch das B.G.B. ersetzt wird." Um diese Auffassung zu verdeutlichen, war in der Komm. II folgender Zusatz zu Art. 4 beantragt worden:

„Für ein in Kraft bleibendes Landesgesetz gilt dies nur insoweit, als nicht aus dem Gesetze sich ein Anderes ergiebt."

Die Kommission billigte den Zusatz und überwies ihn wegen seiner redaktionellen Natur an die Redaktionskommission. Diese hat den Art. 4 ohne den Zusatz wieder vorgelegt. Daraus ist aber nicht zu folgern, wie dies Weißler (Pr. Landespriv. S. IV) tut, daß nun das Gegenteil gilt. Grund und Zweck des Art. 4 sprechen vielmehr für die Richtigkeit der obigen Auffassung. Auch die Literatur hat diesen Gegensatz zumeist als richtig angenommen[1]. Sie unterscheidet die echte (bloße) Verweisung, auf die Art. 4 sich bezieht, und die unechte. In letzterem Falle liegt nämlich in Wirklichkeit keine bloße Verweisung, sondern eine inhaltliche Aufnahme der in Bezug genommenen Vorschrift in das Gesetz als Bestandteil des betreffenden Spezialrechts vor[2].

Der obige Gegensatz — ob eine Bestimmung nur allgemeines Recht oder Bestandteil des Spezialrechts — bezieht sich, ebenso wie die Äußerung der Motive und Protokolle, zunächst auf Art. 4 und die Verweisung; er hat aber sachlich eine hierüber hinausgreifende Bedeutung und gehört auch zu den im § 21 sowie in minderem Maße zu den im § 17 behandelten Fragen.

§ 19. B. Echte Verweisung.

I. Begriff. Die Verweisung ist „Ausdruck des Gesetzesinhalts durch Bezugnahme auf einen andern, inhaltlich nicht wiederholten Rechtssatz" (Zitelmann a. a. O. S. 39). Verweisung bezeichnet somit eine besondere legislative Technik, wonach ein Satz in einer bestimmten Form, und zwar durch Bezugnahme, Recht wird. Die Form der Verweisung kann, streng genommen, nur eine ausdrückliche sein, da sonst das Element der Bezugnahme entfiele. Sie hat drei Spielarten[3]; es werden in Bezug genommen: a) entweder einzelne bestimmte Gesetzesstellen, Paragraphen[4], oder b) durch bestimmte Gesetze geregelte Materien[5], oder c) ganze Rechtsteile und ganze Rechtssysteme[6].

---

[1] So Niedner Art. 4 Anm. 3, Planck Art. 4 Anm. 2, Dernburg II § 2, Stranz-Gerhard Einl. S. 26. Dagegen verwirft Zitelmann (a. a. O. S. 38 ff.) diese Unterscheidung: sei einmal festgestellt, daß der landesrechtliche Satz ein allgemeiner war, so müsse er auch unter allen Umständen durch Art. 55 als beseitigt gelten. Indes der Gesetzgeber kann die Geltung einer allgemeinen Vorschrift für ein Sonderrechtsgebiet aus besonderen, diesem speziellen Verhältnis angehörenden Gründen wollen, welche zutreffen würden, selbst wenn die Gründe für ihre allgemeine Geltung etwa nicht stichhaltig wären. Er würde sie mithin als Sondervorschrift sogar dann eingeführt haben, wenn sie nicht allgemeines Recht wäre. Dieses von Zitelmann selbst hervorgehobene Argument schlägt ihn, zumal jene Erwägungen in retrospektiver Betrachtung auch als letztes Motiv des Gesetzgebungsaktes erkannt werden können. Übrigens kann Zitelmann seinen Standpunkt nicht konsequent festhalten (s. z. B. S. 61 Ziff. 4).

[2] Dem Art. 4 ähnliche Vorschriften kennen noch: E.G. z. R.Str.G. § 3, E.G. z. H.G.B. Art. 3: preuß. A.G. Art. 87; bad. A.G. Art. 3.

[3] Vgl. Neumann Anm. 2 zu Art. 4 E.G.

[4] Beispiele: A) aus Reichsrecht: Depotgesetz vom 5. Juli 1896, § 3, § 6. § 8: „Der Kommissionär (Art. 360, 378 des H.G.B.), welcher einen Auftrag" u. s. w.; hier treten die §§ 383 und 406 des neuen H.G.B. an die Stelle. B) Aus Landesrecht: § 1010 I 11 des pr. A.L.R.: „Wegen der Fälle, wo die Erfüllung des Verlagsvertrages einem oder dem andern Teile unmöglich wird, hat es bei den Vorschriften des § 879 sq. sein Bewenden." Nach dem 1. Januar 1900 griffen hier die §§ 275 ff. B.G.B. ein.

[5] A) Aus Reichsrecht: § 7 des Depotgesetzes: „Die Bestimmungen des Bürgerlichen Rechts, nach welchem der Übergang des Eigentums schon in einem früheren Zeitpunkte eintritt, bleiben unberührt." B) Aus Landesrecht: Pr. A.L.R. § 212 II 4: . . . . „die Auseinandersetzung zwischen dem Fideikommißfolger und den Erben des letzten Besitzers soll erfolgen nach den bei der Lehre vom Nießbrauch erteilten Vorschriften (Teil I Tit, 21 § 143 sq.)." Jetzt sind die Grundsätze des B.G.B. (§§ 1055 ff.) maßgebend.

[6] Beispiele: A) Aus Reichsrecht: Beamtengesetz v. 31. März 1873 § 19. B) Aus Landesrecht:

Keine Verweisung, zu deren Wesen eben eine Bezugnahme gehört, liegt somit vor, wenn gewisse allgemeine Bestimmungen des bestehenden Rechts vorausgesetzt werden, z. B. wenn das Gesetz einfach von Irrtum, Geschäftsunfähigkeit u. s. w. spricht[1]. Ebensowenig ist Verweisung bei einer Wiederholung anzunehmen (hierüber im § 21).

II. Nachdem der Begriff der Verweisung im Sinne des Art. 4 gefunden ist, kann nunmehr der weitere Inhalt des Art. 4 entwickelt werden.

1. Wenn Art. 4 bei echter Verweisung, die nur die allgemeinen Normen in ihrer jeweiligen Gestalt in Bezug nehmen will, die Vorschriften des B.G.B. und E.G. eingreifen läßt, so beruht diese Regelung auf der bereits (s. § 17) betonten Rechtswahrheit, daß ihnen die natürliche Stellung des ius commune zukommt. Damit Art. 4 Platz greife, muß die Vorschrift, auf welche verwiesen ist, durch das B.G.B. oder durch das E.G. außer Kraft gesetzt sein, gleichviel ob sie eine des Reichs- oder Landesprivatrechts ist. Für die uns hier beschäftigenden Verweisungen im Landesprivatrecht wird freilich der Fall der Bezugnahme auf aufgehobenes Reichsrecht äußerst selten sein. Ferner treten nach Maßgabe vieler Ausführungsgesetze die durch sie außer Kraft gesetzten Bestimmungen des Landesrechts hinzu[2].

2. Das verweisende Gesetz aber, d. h. der Rechtssatz, der seinen Inhalt, anstatt ihn materiell auszudrücken, ganz oder teilweise durch Bezugnahme bezeichnet, muß umgekehrt in Kraft geblieben sein. Der verweisende Satz ist somit, abgesehen von dem für unsere Betrachtung auszuschaltenden Reichsprivatrecht, ein Satz des vorbehaltenen Landesprivatrechts[3]. Enthält ein solcher Satz eine Verweisung auf Vorschriften allgemeinen Charakters, die durch B.G.B., E.G. oder die A.G. aufgehoben sind, so treten an ihre Stelle laut Art. 4 die entsprechenden Vorschriften des B.G.B. oder des E.G.

3. Die entsprechenden neuen Vorschriften sollen als Ersatz der beseitigten eintreten. Entsprechend heißt nicht: übereinstimmende, sondern: ihrem wesentlichen Inhalte zum Ersatz der alten geeignete und für das gleiche Lebensverhältnis bestimmte Vorschriften. Entsprechende Vorschriften liegen selbst dann vor, wenn das neue Recht einen Begriff neu aus- und umgestaltet, z. B. den der gesetzlichen Vertreter, elterlichen Gewalt (s. oben § 17). Der Klärung dienen einzelne Regelungen in den Artikeln 33—54 E.G. (vgl. namentlich Art. 34, 37, 41). Für das Landesrecht liegt die erforderliche Klärung den Einzelstaaten ob, die sich auch dieser Aufgabe meist unterzogen haben (s. oben § 5), z. B. das pr. A.G. in den Art. 16, 21, 37, 69. Wo dies nicht gesetzlich geschehen ist, wird die Praxis eingreifen und die Umdeutung vornehmen.

Falls dem neuen Rechte eine entsprechende Bestimmung überhaupt fehlt, so kann Art. 4 nicht Anwendung finden: es bleibt dann für die Regel das frühere bürgerliche Recht, auf welches verwiesen ist, in Geltung[4].

4. Der Art. 4 bezieht sich nur auf das Privatrecht, wie ja das öffentliche Recht prinzipiell unberührt bleibt (§ 9). Der Art. 4 kommt somit an sich nicht zur Anwendung, wenn der verweisende Satz dem öffentlichen Landesrechte oder auch Reichsrechte angehört. Verweist der Satz auf landesprivatrechtliche Vorschriften noch so allgemeiner

---

Pr. A.L.R. I 9 § 192: „Werden bei Gelegenheit des Fischfanges andere Sachen gefunden und entdeckt, so gelten in Ansehung derselben die Vorschriften des zweiten und dritten Abschnitts." — Oder § 17 des Enteignungsges. vom 11. Juni 1874: „Für die freiwillige Abtretung — des Grundeigentums — in Gemäßheit des § 16 sind die nach den bestehenden Gesetzen für die Veräußerung von Grundeigentum vorgeschriebenen Formen zu wahren." In beiden Fällen treten die neuen Vorschriften ein.

[1] Gleicher Ansicht auch Dernburg B.R. I § 10, Planck Art 4 Anm. 1. Man darf hier auch nicht von einer stillschweigenden Verweisung sprechen (so Zitelmann S. 49, Neumann a. a. O.); vielmehr ist dies der Fall der Voraussetzung (§ 17). Freilich ist das praktische Ergebnis das gleiche, indessen müssen die Begriffe auseinandergehalten werden.

[2] Vgl. z. B. Art. 87 pr. A.G., bad. A.G. Art. 3 (oben S. 788 Anm. 2).

[3] Wäre die verweisende Vorschrift nicht Vorbehaltsrecht, so wäre sie selbst außer Kraft getreten; das Reichsrecht träte hier primär an die Stelle des verweisenden Satzes, nicht bloß an die Stelle des Satzes, auf den verwiesen ist (Zitelmann S. 54).

[4] So Endemann § 6 Anm 6; Zitelmann S. 48 Nr. 4. Der Satz ist kein ausnahmsloses Muß; in geeigneten Fällen kann auch durch Analogie aus dem Reichsrecht Hilfe gesucht werden.

Natur, so bleiben sie in Geltung, da sie durch die Verweisung Bestandteile eines öffentlichrechtlichen Satzes geworden sind. Indes ist eine Einschränkung geboten. Wenn die Auslegung als Absicht des Gesetzgebers bei Verweisungen auf privatrechtliche Vorschriften feststellt, er habe die jeweilige Vorschrift gelten lassen wollen, so hat die Ergänzung künftig aus dem Reichsprivatrecht zu erfolgen. Ob nun die eine oder die andere Auslegung die zutreffende ist, unterliegt der nicht selten verwickelten Prüfung des Einzelfalles. Die A.G. haben hin und wieder zur Erleichterung ausdrückliche Entscheidungen gegeben. Die Unterscheidung muß entsprechend eintreten, wenn das Landesgesetz im öffentlichen Rechte, anstatt zu verweisen, die Bestimmung, die es heranziehen will, inhaltlich wiederholt[1].

§ 20. C. Unechte Verweisung.

Der Begriff der unechten Verweisung, deren Lehren zu den bestrittensten gehören, und ihr Unterschied von der echten ist bereits oben (§ 18) dargelegt. Ihre Form ist identisch mit der einer echten (§ 19 I). Dies folgt aus dem Begriff der Verweisung, die im wesentlichen eine bestimmte Art gesetzgeberischer Technik ist. Auch die unechte Verweisung kann somit ebensowenig wie die echte stillschweigend oder durch Wiederholung geschehen. Der Grund, aus dem auf die unechte Verweisung der Art. 4 nicht auszudehnen ist, und aus dem somit das alte Recht in Kraft bleibt, liegt darin, daß der betreffende allgemeine Rechtssatz, auf den verwiesen ist, eine Besonderheit, ein charakteristischer Bestandteil der vorbehaltenen Materie geworden ist (s. § 18). Die Feststellung dieses Grundes begegnet nicht selten großen Schwierigkeiten und erfordert bon sens. In zweifelhaften Fällen dürfte die Vermutung für die echte Verweisung sprechen[2]. Allgemeine Regeln lassen sich aber nicht geben, vielmehr ist im Einzelfalle aus allen Umständen die Absicht des Gesetzes zu ermitteln. Für die Fortgeltung des bisherigen Rechts wird man sich besonders dann entscheiden, wenn in Vorbehaltsmaterien auf Rechtsinstitute verwiesen ist, die das B.G.B. überhaupt beseitigt hat, z. B. auf unvordenkliche Verjährung, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, und der Rechtssatz der Vorbehaltsmaterie sonst unvollständig würde (Mot. E.G.S. 149)[3]. Die Grenzziehung zwischen echten und unechten Verweisungen erleichtern oft die Ausführungsgesetze durch Klarstellungen.

§ 21. Wiederholung. Sonderregelung.

Im dritten Hauptfall endlich (§ 16 a. E. zu c) spricht die Vorbehaltsmaterie Allgemeinvorschriften direkt aus, und zwar entweder in Wiederholung der für das allgemeine Recht geltenden Grundsätze oder mit Abweichungen von diesen als Sonderregelung.

1. Wiederholung ist die inhaltliche Aufnahme einer Vorschrift des allgemeinen Rechts in die Sondermaterie; sie bildet durch diese Form den Gegensatz zur Verweisung (s. § 19 I)[4]. Der Art. 4 kann somit unmittelbar auf Wiederholungen

[1] Hier behauptet Zitelmann (S. 61) stets die ungeänderte Fortgeltung des inhaltlich wiederholten Satzes.

[2] So auch Planck Art. 4 Anm. 2; Dernburg (B.R. I §§ 10, 13) behandelt die Frage als offene und neigt sich, von seinem grundsätzlich anderen Standpunkt aus, eher der entgegengesetzten Vermutung zu.

[3] Beispiele unechter Verweisung: A) Aus Landesrecht: Nach pr. A.L.R. § 35 II 14 „gilt von der Verjährung der (niederen) Regalien", zu denen z. B. die Fährgerechtigkeiten gehören, „Alles, was von der Verjährung gegen den Fiskus verordnet ist" (T. I Tit. 9 § 629 sq.). Diese in Bezug genommenen Bestimmungen (§ 629 ff. I 9) gestatten die Begründung von Rechten gegen den Fiskus durch die ungewöhnliche Verjährung von 44 Jahren. Wenngleich nun durch das pr. A.G. (Art. 89) jene §§ 629 ff. aufgehoben sind, müssen sie für die Ersitzung niederer Regalien gegen den Fiskus durch ungewöhnliche Verjährung noch als wirksam angesehen werden. B) Weitere Fälle aus Landes- und Reichsrecht bei Niedner Art. 4 Anm. 3.

[4] Gleicher Ansicht Dernburg (B.R. I § 10), Zitelmann (S. 50). — Als Art der Verweisung wird die Wiederholung im Anschluß an die Beratungen der II. Kommiss. angesehen von Neumann, Niedner, Planck (sämtlich Anm. zu Art. 4).

keine Anwendung finden. Freilich wird sein Prinzip auf sie im Wege der analogen Ausdehnung zu erstrecken sein. Denn auch für die inhaltliche Wiederholung von Allgemeinvorschriften gilt in der Regel die Rechtswahrheit, daß das ius commune zunächst Platz greift, und daß ihnen die Wiederholung nicht schon den Stempel einer Besonderheit, die auch beim Wechsel der Gesetzgebung gelten soll, aufdrückt; wird es doch meist Spiel des Zufalls sein, ob ein Gesetz sich in der Form der Verweisung oder inhaltlichen Wiederholung ausdrückt. Auch für die Wiederholung gilt aber der Satz, daß ausnahmsweise an die Stelle der wiederholten Vorschriften das neue Recht dann nicht tritt, wenn als Absicht des Gesetzgebers ermittelt wird, der wiederholte Satz sei ein charakteristischer Bestandteil der Vorbehaltsmaterie. Und für diese Ermittelung bleibt als Moment zu beachten, daß die Wiederholung auch absichtlich gewählt sein kann, um den „Schein der Abhängigkeit von dem andern Rechtssatz zu vermeiden" (Zitelmann).

Ein häufiges Beispiel der Wiederholung bieten jene Gesetze, welche die Verzinsung einer Schuld vorschreiben und den Betrag der Zinsen, statt auf den gesetzlichen Zinsfuß zu verweisen, ausdrücklich in den Ziffern dieses Zinsfußes aussprechen. So heißt es im § 36 des pr. Enteignungsgesetzes vom 11. Juni 1874: „Die Entschädigungssumme wird ... mit fünf Prozent (der frühere gesetzliche Zinsfuß im pr. Recht) ... vom Tage der Enteignung ... verzinst." Selbst wenn Art. 10 des pr. A.G. dies nicht besonders angeordnet hätte, so würde vom 1. Januar 1900 ab der Zinsfuß des B.G.B. von vier Prozent an die Stelle treten. Überall, wo in gleichgearteten Fällen ähnliche Bestimmungen in Landesgesetzen wiederholt sind, weichen sie dem neuen Recht, auch wenn die Ausführungsgesetze schweigen[1].

2. Sonderregelung. Der mehrfach entwickelte Rechtsgrundsatz, daß sich die Allgemeinbegriffe des Reichsrechts, gleichsam wie eine neue Kulisse, als Hintergrund hinter dem bestehenden Vorbehaltsrecht aufbauen, versteht sich nur mit der Maßgabe, daß eine anderweite, von den landesrechtlichen Allgemeinvorschriften abweichende Regelung in den Vorbehaltsmaterien nicht ausgesprochen ist. Das Vorbehaltsrecht hat mit der Sonderregelung eben gezeigt, daß es die allgemeinen Grundsätze, die zur Zeit seines Erlasses im allgemeinen Landesrechte bestanden, auf seinem Gebiete nicht gelten lassen will; hier versagt also der Satz von dem jeweilig geltenden allgemeinen Rechte, das der Vorbehaltsmaterie als Ergänzung dienen soll, von vornherein. Ebensowenig, wie dort das ursprüngliche allgemeine Recht gelten sollte, kann dasjenige Anwendung finden, welches an die Stelle des ursprünglichen nachher als allgemeines getreten ist[2].

3. Hiermit sind wir am Schluß unserer Betrachtungen, die nicht erschöpfend sein konnten oder wollten, sondern nur in Grundzügen einen Wegweiser durch die verschlungenen Beziehungen der beiden Privatrechtswelten: der reichs- und landesgesetzlichen, geben sollten. Auch auf diesen abseits gelegenen Gebieten ist der deutschen Jurisprudenz ein wertvolles Gut anvertraut: über der Sicherung und dem Schutz der partikulären Interessen die Einheit des Rechts nicht zu vergessen. Vom Reichsrecht aus sind die Vorbehaltsgebiete zu erläutern und zu ergänzen; dies erwies sich als richtiger Leitstern. Aus dem Keimblatt der Sehnsucht nach einem einheitlich deutschen Recht ist der Baum des Deutschen Reichs herausgewachsen; ins Mark würde ihn eine Jurisprudenz treffen, welche sondertümelnder Rechtsauslegung und Rechtsanwendung, außer im Falle gesetzlicher Notwendigkeit, Vorschub leistete.

---

[1] Anderer Meinung Dernburg (B.R. I § 10 Anm. 4), wie dies bei seinem prinzipiell verschiedenen Standpunkte erklärlich ist.

[2] Z. B. hält die Sonderregelung des Begriffs „Zubehör" im § 16 des pr. Ges., betr. das Anerbenrecht bei Renten- und Ansiedelungsgütern, vom 8. Juni 1896 („Im Sinne dieses Gesetzes sind Zubehör des Anerbengutes" u. s. w.) auch Stand gegenüber dem neuen Reichsrecht.

b) Überblick über die außerdeutschen Privatrechtsordnungen.

aa) Überblick über das englische Privatrecht.

Von

Professor Dr. **Ernst Heymann** (Königsberg i. Pr.).

Das Privatrecht Englands, durch seine Verwendung in den englischen Kolonien und in den Vereinigten Staaten Amerikas über die ganze zivilisierte Erde verbreitet, verdient nicht nur als praktisches Weltrecht die Beachtung aller Kulturvölker, sondern es liegt uns Deutschen wegen seines durchaus germanischen Charakters besonders nahe; seine Entfaltung durch eine seit Jahrhunderten tätige schöpferische Judikatur liefert — trotz des barocken Aussehens mancher Institute — einen glänzenden Beweis für die Feinheit, die praktische Verwendbarkeit und die Entwicklungsfähigkeit der germanischen Rechtsgedanken; die bedeutende Erscheinung des englischen Rechts vermag darum auch die Geschichte unseres eigenen Rechts zu beleuchten und dessen moderne Fortentwicklung zu befruchten. Während auf deutscher Seite namentlich Biener, Phillips, Güterbock, Schmid, Liebermann und ganz besonders Brunner die englische Rechtsgeschichte gefördert haben, Gneist das englische öffentliche Recht durchforscht hat, Rüttimann, Schuster und Campbell auf dem Gebiete des Zivilprozesses, Schuster auf dem des Strafrechts, Späing auf dem des Handelsrechts uns die Kenntnis des englischen Rechts systematisch vermittelt haben, fehlt es noch — trotz der belehrenden Erörterungen Kohlers, G. Hartmanns, E. Schusters, F. Böhms, Biermanns, Wertheims u. A. zu einzelnen Punkten — an einer wissenschaftlichen systematischen Darstellung des englischen Privatrechts; auch Gundermanns mit großer Liebe begonnenes Werk ist mit dem Tode des Verfassers kurz abgebrochen worden. Die nachfolgende anspruchslose Skizze kann und will diese Lücke nicht ausfüllen. Sie soll im Anschluß an frühere Vorlesungen — dem Plane des Gesamtwerks entsprechend — nur der ersten systematischen Orientierung dienen und die wichtigsten Vergleichspunkte in dem Aufbau des englischen und unseres Rechts durch möglichsten Anschluß der Darstellung an das deutsche System hervorheben; vielleicht vermag sie auch hier und da das Verständnis für die Dringlichkeit einer Pflege des englisch-amerikanischen Rechts in Deutschland zu steigern.

Fr. A. Biener, Das englische Geschworenengericht, 1852 ff.; Phillips, Englische Reichs- und Rechtsgeschichte (bis 1189), 1828; C. Güterbock, Henricus de Bracton und sein Verhältnis zum röm. Recht, 1862, englisch von B. Coxe, 1866; R. Schmid, Die Gesetze der Angelsachsen, 1858²; H. Brunner, Überblick über die Geschichte der französischen, normannischen und englischen Rechtsquellen, in Holtzendorffs Encyklopädie 1890⁶, englisch von W. Hastie, The sources of the law of England, mit bibliographischem Anhange, 1888; Brunner, Die Entstehung der Schwurgerichte, 1871; Brunner, Forschungen zur Geschichte des deutschen und französischen Rechts, 1894; Brunner, Zur Rechtsgeschichte der röm. u. germ. Urkunde, 1880 und sonst; Gneists Werke s. u. zu § 1; Rüttimann, Der englische Civilprozeß, 1851, E. Schuster, Die Bürgerliche Rechtspflege in England, 1887; Campbell bei Leske-Löwenfeld, Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr, 1895; E. Schuster, Das Strafrecht Großbritanniens, 1894; W. Späing, Französisches und englisches Handelsrecht, 1888; Späing, Französisches, belgisches und englisches Wechselrecht, 1890; fortlaufende Übersichten zum englischen Handelsrecht in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht von F. Mittermaier, Crueſemann, Keyßner, Späing u. s. w.; C. J. Mittermaier, Das englische, schottische und nordamerikanische Strafverfahren, 1851.

J. Gundermann, Englisches Privatrecht, I. Teil: Die Common Law, Besitz und Eigentum in England, 1864; Ph. Solly, Grundsätze des englischen Rechts über Grundbesitz, Erbfolge und Güterrecht der Ehegatten, 1853; Sir Fr. Pollock, Das Recht des Grundbesitzes in England, übersetzt von E. Schuster, 1889; W. Blackstones Handbuch des englischen Rechts im Auszuge von Gifford, übersetzt von Colditz, 1822; E. Lehr, Eléments de droit civil anglais 1885, mit Appendice von Jacques Dumas 1899; Glasson, Histoire du droit d'Angleterre I—VI, 1882 ff.; eine Reihe von Artikeln über privatrechtliche Gegenstände in K. Wertheims Wörterbuch des englischen Rechts 1899 (dazu E. Schuster, Z. f. Civ. Pr. 28 S. 523 ff., ferner Sav. Z. 21 S. 330 f.). Angaben über die zur weiteren Orientierung dienliche englische und amerikanische Literatur, insbesondere die Werke von Blackstone, Stephen, Kent-Holmes, die Rechtslexika und die Entscheidungssammlungen, unten § 2 und § 10; die unter den einzelnen Abschnitten angeführte ausländische monographische Literatur war mir zum allergrößten Teil hier unzugänglich und nur zu flüchtiger Durchsicht in der mir 1899 gütigst geöffneten Bibliothek von Lincolns Inn zu London teilweise erreichbar[1].

Zeitschriften: Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes (Mittermaier, Zachariae, Mohl, Warnkönig), Heidelberg 1829—56; Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft (Bernhöft, Cohn, Kohler), 1878 ff.; Annuaire de Législation étrangère, 1872 ff.; Jahrbuch der internationalen Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft 1895 ff.; Z. f. intern. Priv. und öff. Recht seit 1891 (Böhm, Niemeyer); Archiv f. Bürgerl. Recht (Kohler, Ring, Oertmann) u. s. w. Über die englischen Zeitschriften s. u. § 2. — Fr. Meili, Institutionen der vergleichenden Rechtswissenschaft, 1898.

§ 1. Die Rechtsentwicklung im allgemeinen.

Die englische Rechtsentwicklung unterscheidet sich von der kontinentalen hauptsächlich durch den erfolgreichen Widerstand des englischen Rechts gegen römische Einflüsse, durch die eigenartige Mischung seiner Grundgedanken aus Elementen verschiedener germanischer Stammesrechte, sowie durch die seit der Eroberung ununterbrochene Fortbildung des Rechtszustandes in zahllosen Statuten und besonders in der Praxis eines früh erscheinenden Juristenstandes. Diese Entwicklung des Inselrechts wurde zunächst getragen von dem lange Zeit stark bleibenden Eroberungskönigtum, dem die geschäftskundigen Beamten der Schatzkammer und das gelehrte Königsgericht zur Seite standen, und neben dem früh im Parlament der höhere Adel und bald auch die Gemeinen verständnisvoll an der Zentralverwaltung teilnahmen; seit Ausgang des 17. Jahrhunderts waren Parlament und korporativ geschlossener Juristenstand stark genug, um die Fortbildung des Rechts — oft genug im Klasseninteresse — allein weiterzuführen, unterstützt durch das Andauern des alten Gegensatzes von starrem gemeinem Recht und schmiegsamer equity des Kanzleigerichts.

Das Staatswesen der alten Angelsachsen und der normannische Lehnsstaat des Eroberers sind die Wurzeln des englischen Rechtslebens. Die angelsächsischen Staaten, seit Anfang des 9. Jahrhunderts zum Königreich Anglia vereinigt, zeigen den frühgermanischen Rechtszustand, modifiziert durch die besondern Verhältnisse einer kriegerischen Kolonisation: an der Spitze der König, das Volk gegliedert in die herrschenden eorls und die dienenden ceorls, erstere wieder in Großthane, Grafschaftsthane und Gemeinfreie; der eroberte Boden teils als folkland in Gemeinnutzung, teils im Privateigentum als vererbliches, aber nicht veräußerliches erfland oder als frei veräußerliches bocland (von boc, Veräußerungsurkunde); frühes Entstehen eines Großgrundbesitzes und infolgedessen Ausbildung einer weitverbreiteten dinglichen Landleiheform, des lasn; besonders seit Alfred dem Großen treten die Großgrundbesitzer zum König in ein Gefolgeverhältnis, während die allgemeine Wehrpflicht verfällt; dementsprechend üben die Großgrundbesitzer auch fast allein den Gerichtsdienst im Grafschaftsgericht unter dem königlichen ealdorman und im Hundertschaftsgericht unter dem shiregerêfa, dem Schultheiß; die Kirche lehnt sich eng an den Staat und die staatlichen Gliederungen an; Prälaten und Thane bilden als meliores terae allmählich die an Stelle der alten Landesversammlungen tretenden witenagemôtes, Versammlungen der witan, bald beratend, bald beschließend neben dem König.

---

[1] Dem Reichsjustizamt sage ich den ergebensten Dank für die gütige ausnahmsweise Überlassung einiger amerikanischer Werke auf kurze Zeit an meinen derzeitigen Wohnsitz.

Demgegenüber stellt sich seit 1066 der normannische Lehnsstaat als Militärdiktatur dar: das gesamte Land wird als „Rebellen"gut teils den normannischen Großen und Kriegern zu Lehen gegeben, teils einzelnen Angelsachsen gnadenweise belassen (sog. redemption), was man später ebenfalls als Belehnung aufgefaßt hat, so daß seither in England alles Land als Lehen der Krone erscheint; die Kronvasallen (tenentes in capite) und die Untervasallen (subtenentes) sind jetzt die Großen des Reichs; sie leisten sämtlich dem König den Treueid und bilden mit ihren Kontingenten den Kern des Heeres, in welchem neben den Vasallen die liberi homines kraft der allgemeinen Wehrpflicht dienen; die Hoftage der Vasallen treten an Stelle der alten Witenagemôtes, repräsentieren nach wie vor den Großgrundbesitz, sind aber wesentlich Feste; der König regiert absolut durch seine vicecomites, die — dem alten shiregerêfa entsprechend — an Stelle der ealdermen als absetzbare Vögte den Grafschaften vorstehen, ferner durch seine Zentralbehörden normannischer Herkunft: den exchequer als Finanzbehörde, und die allmählich zum zentralen Königsgericht, bancum regis, zusammengeschlossenen Richter (iustitiarii), welche seit Heinrich I. in den 1179 geschaffenen Reisebezirken (circuits) — die Grafschaftsgerichte zurückdrängend — unter Zuziehung vereideter Gemeindekommissionen (recognitiones iuratae) in Zivil- und Strafsachen Recht sprechen.

Auf diesen Grundlagen baut sich seit Beginn des 13. Jahrhunderts der mächtige englische Ständestaat auf. Die entscheidende Entwicklung beginnt mit der Magna Charta 1215 und ist in den Grundzügen unter der Regierung Edwards I., des „englischen Justinian" (1272—1307), zum Abschluß gekommen: neben dem König steht das Parlament (parliamentum), bestehend aus dem Oberhaus, magnum concilium, das seit Edward I. als Versammlung der Prälaten und angesehenen Barone periodisch berufen wird, und aus dem Unterhaus, dem house of commons (d. s. 2 Ritter für jede Grafschaft, 2 Bürger für jede berufene Stadt), dessen Steuerbewilligungsrecht ebenso wie das des Oberhauses durch die Charte von Gent 1295 endgültig anerkannt wird; das Oberhaus hat zudem bei der Gesetzgebung mitzuwirken, ist höchstes Gericht und höchstes Beratungsorgan für die Verwaltung; das Unterhaus beteiligt sich zunächst an den sonstigen Staatsgeschäften nur durch Petitionen, Anträge und besonders durch Anklagen (impeachments), seit Richard II. ist aber die Mitwirkung auch des Unterhauses zum Erlaß eines Gesetzes (statutum) erforderlich. Soweit nicht Abänderung des bestehenden Rechts in Betracht kommt, kann der König durch Verordnungen (ordinances, proclamations) allein Recht setzen. Dem König steht seit Edward I. ständig ein Staatsrat (continual council, später privy council genannt) zur Seite, zusammengesetzt aus hohen Beamten und Reichsrichtern, als oberste Verwaltungsbehörde unter Vorsitz des Königs selbst; seit 1487 ist ein Ausschuß des privy council mit Jurisdiktion in Strafsachen betraut (Star Chambre). Daneben besteht der exchequer fort, ebenso das Reichsgericht. Dieses zerfällt in den court of kings bench, das eigentliche Hofgericht, den hiervon abgesonderten court of common pleas für die Zivilprozesse, insbesondere Immobiliarprozesse, der Privaten und den court of exchequer, das alte Finanzgericht; die Richter sind rechtsgelehrte Berufsbeamte und fungieren zugleich als Reiserichter bei den Assisen der Grafschaften. Allmählich beginnt neben diesem eigentlichen Reichsgericht die Billigkeitsjurisdiktion des königlichen Kanzleigerichts, der chancery, ihren Einfluß zu üben. Im übrigen wird für Grafschaften und Städte das Selfgovernment durchgeführt mittelst Geschworenenkollegien, Einschätzungskommissionen und Friedensrichterkommissionen (letztere seit 1360 dauernd aus einem Lord, 3 oder 4 Respektablen und einigen Juristen bestehend, die einzeln die Polizei verwalten, als Strafgericht aber in Quartalssitzungen zusammentreten). Die Kirche, deren geistliche Gerichtsbarkeit schon seit dem Eroberer staatlich anerkannt und von der weltlichen scharf gesondert wird, strebt in dieser Periode nach immer größerer Unabhängigkeit vom Staate; die niedere Geistlichkeit schließt sich von dem Unterhause aus, und der Klerus tritt in besonderen Synoden, „Konvokationen", zusammen; anderseits sucht man durch strenge Strafvorschriften (praemunire), seit Edward III. den Übergriffen der kirchlichen Gewalt in Staatsangelegenheiten vorzubeugen; durch die Reformation wird die Kirche dann aber völlig dem Staate unterworfen, der König tritt an die Spitze der

Kirche, neben ihn der High Commission Court als oberste Kirchenbehörde, unter ihm die Erzbischöfe, Bischöfe und Pfarrer (act of supremacy, act of uniformity 1558); die geistliche Gerichtsbarkeit bleibt in weitem Umfange erhalten. Das Kirchspiel (parish) wird seit Heinrich VIII. Lokalgemeinde und Träger der Armen- und Wegelast.

Das Streben der Stuarts nach absolutistischer Königsmacht führt zum Zusammenbruch des Königtums, und nach Abschluß der Revolutionszeit (1688, declaration of rights 1689) wird die parlamentarische Regierung der gentry aufgerichtet. Diese besteht aus den reichen Gutsbesitzern und den Honoratioren der Städte; das Oberhaus erscheint als eine „von wechselndem Wahleinfluß unabhängige Ehrenrepräsentation der gentry" (Gneist). Durch einen hohen Zensus sind der gentry die Sitze des Unterhauses, sowie die Stellen des Offizierkorps und der Ehrenbeamten, insbesondere der Friedensrichter, reserviert. Der König handelt nur noch als king in Parliament oder als king in Council, d. h. er bedarf für alle Regierungsakte entweder der Zustimmung des Parlaments (und zwar nicht nur für Rechtsnormsetzung und Budget, sondern auch für alle Dispensationen und Suspensionen, private acts) oder (so besonders für die Ausübung des sehr zusammengeschmolzenen Verordnungsrechts) der Mitwirkung des Privy Council, das sich seit Anfang des 18. Jahrhunderts nur noch als verstärktes Kabinett darstellt: das Kabinett aber besteht mit steigender Notwendigkeit aus den Führern der Unterhausmajorität. Die Kirche wird allmählich diesem System eingefügt; die hohe Geistlichkeit sitzt im Oberhause, die Konvokationen werden seit 1717 beseitigt, das Patronat und die Tätigkeit der Geistlichen in den Selbstverwaltungskörpern verbindet Klerus und gentry, die Testakte von 1673 macht die Bekleidung aller öffentlichen Stellen vom anglikanischen Bekenntnis abhängig, die parish ist zugleich unterster Verwaltungsbezirk. Das gesamte Verwaltungsrecht wird durch Rechtsnormen eingehend geregelt, eine Verwaltungsgerichtsbarkeit entwickelt sich; die Gerichtsbarkeit in Zivil- und Strafsachen bewegt sich in den althergebrachten Organisationsformen; die Reichsrichter werden lebenslänglich ernannt.

Dieser dem kontinentalen in vielen Punkten vorausgeeilte Rechtszustand ermöglichte England einen verhältnismäßig ruhigen Übergang in die veränderte wirtschaftliche Lage des 19. Jahrhunderts. Man beließ es bei der parlamentarischen Regierung, die Tendenz ging aber auf eine Demokratisierung des Verfassungslebens, und der Einfluß der gentry wurde Schritt für Schritt durch die Reformgesetzgebung von 1832, 1867, 1884/5 zurückgedrängt. Die Union mit (Schottland und) Irland führte (1828) zur Aufhebung der Testakte und schließlich zur Anerkennung der Gleichberechtigung der Konfessionen; das Prinzip des Zensus für die Wählbarkeit fällt; anderseits wird 1884/5 nach verschiedenen Vorstadien das aktive Wahlrecht von den Kommunalverbänden losgelöst und die Wahlbezirke werden lediglich nach der Bevölkerungsziffer abgegrenzt, während die Durchführung des householder-Wahlrechts das im ganzen immer noch auf den Besitzverhältnissen basierte Wahlsystem einem allgemeinen Wahlrecht annähert. Hand in Hand mit dieser den neuaufsteigenden Kapitalisten- und Arbeiterklassen günstigen Gesetzgebung geht eine umfassende Sozialgesetzgebung und eine Verwaltungsgesetzgebung, welche die alte kommunale Selbstverwaltung zum großen Teil in die Hände unverantwortlicher Kommissionen (boards) und ihrer nun allein verantwortlichen Subalternen legt. Die große Justizorganisation mit ihrer Vereinheitlichung der Rechtspflege und Schaffung von Untergerichten sollte die Ziviljustiz auch für die unteren Klassen fruchtbarer machen.

Rudolf Gneist, Englische Verfassungsgeschichte, Berlin 1882; Derselbe, Das englische Verwaltungsrecht der Gegenwart, 1883; Derselbe, Die Entwicklung der englischen Parlamentsverfassung in v. Holtzendorffs Encyklopädie, 1890. K. Maurer, Krit. Übersch. I—III. De Franqueville, Le Gouvernement Britanique 1887; H. Cox, Die Staatseinrichtungen Englands, übersetzt von Kühne, 1867; Redlich, Englische Verwaltung, 1901, dazu Hatschek, Kr.V.Schr. 1902 S. 254ff. und Redlich, Grünh. Z. 30, S. 559 ff. — Fr. Pollock and Fr. W. Maitland, The History of English Law before the time of Edward I., 1895, dazu Brunner, Sav. Z. 17 S. 125 ff.; J. Reeves, History of the English Law 1.—4. Bd. 1818², 5. Bd. 1819 (1869), reicht bis einschließlich Elisabeth; R. K. Wilson, History of Modern English Law, 1875; A. T. Carter, Outlines of English Legal History, 1899. — Glasson, Histoire du droit et des institutions

politiques civiles et judiciaires de l'Angleterre, 1882 ff., 6 Bände. Im übrigen ist auf die Literaturangaben bei Brunner, Rechtsquellen, in Holtzendorffs Encyklopädie, 5. Aufl., zu verweisen.

§ 2. Das Privatrecht und seine Quellen.

1. Das Privatrecht entwickelte sich in England unter dem Schutze der englischen Verfassungszustände weit ruhiger als in Deutschland. Das rein germanische, nur hier und da von kanonischen Bestimmungen beeinflußte angelsächsische Recht entspricht dem Privatrecht der kontinentalen Volksrechte; es ist in den Gesetzen der angelsächsischen Könige unter Zuziehung der sog. witan aufgezeichnet worden, und diese Gesetze sind teils aus den Einzelreichen (altkentische Gesetze, Ines von Wessex Gesetze), teils aus der Zeit des geeinten Reichs von Alfred (871—901) bis auf Knut (1016—1035) erhalten (Ancient Laws and Institutes of England, Rec. Com., 1840; R. Schmid, Die Gesetze der Angelsachsen, 1858 [2]; F. Liebermann, Die Gesetze der Angelsachsen (Savigny-Stiftung) 1898 ff.; Stubbs, Select charters, 1881); weitere Erkenntnisquellen sind die zahlreich erhaltenen Urkunden (Kemble, Codex Diplomaticus aevi Saxonici, 1839—46; Birch, Cartularium Saxonicum, 1885/7) und eine Reihe von Privatarbeiten, nach der Eroberung in Reaktion gegen das eindringende normannische Recht, zum Teil zum Gebrauch der Kronjuristen verfaßt, insbesondere der Quadripartitus von ca. 1115, eine Übersetzung der Knutschen Gesetze ins Lateinische (Liebermann, Quad. 1892; vgl. auch Liebermann, Consiliatio Cnuti, 1893; Rosenvinge, Instituta Cnuti, Havn. 1826), und wohl vom gleichen Verfasser die sog. Leges Henrici primi (Liebermann 1901), eine Aufzeichnung angelsächsischer Gewohnheiten.

Das eindringende fränkisch-normannische Recht, vom angelsächsischen besonders durch sein Lehnswesen und seine Gerichtseinrichtungen verschieden, sollte zunächst nur für die normannischen Eroberer gelten, während den Angelsachsen ihr altes Recht verbleiben sollte. Indessen, das Recht der Normannen als der herrschenden Klasse wog immer mehr vor, und es bildete sich durch Verschmelzung und Fortbildung der beiden Elemente in der Hand des Königtums unter maßgebendem Einfluß des normannischen Rechts allmählich ein neues Recht; seither ist in England das „Recht der Großen das Recht des ganzen Volks".

Die maßgebende Rolle spielten bei dieser Entwicklung das Königsgericht und der schnell entstehende Juristenstand. Seit Heinrich I. (1100—1135) erscheint am Königshofe ein Kollegium von geschäftserfahrenen Klerikern und Laien, das sich unter Heinrich II. (1154—1189) zu einem ständigen Gerichtshofe berufsmäßiger Richter — an der Spitze ein capitalis Iustitiarius Angliae — ausgewachsen hat; die Richter gewinnen in England schon früh die Rolle der Urteiler, im Anschluß an die fränkische, durch die Normannen nach England gebrachte Inquisitio bildet sich das englische Geschworenenverfahren („the glory of the english law"), das in seiner schließlichen Ausgestaltung die Rechtsfragen (matter of law) durch den Richter, die Tatfragen (matter of fact) durch die Geschworenen entscheiden läßt. Dazu tritt die Ausbildung einer berufsmäßigen Anwaltschaft (Brunneri, Forsch. S. 389 ff.), die bereits vor dem Ausgange des 13. Jahrhunderts besteht: zur Zeit Edwards I. (1272—1307) erscheinen nebeneinander der Stand der attornati, attorneys, gewerbsmäßiger Vertreter (der heutigen solicitors) und der Stand der advocati, pleader), der plädierenden, neben der Partei stehenden Rechtskundigen (der heutigen barristers). Endlich werden aus den Reihen der pleaders seit Edward I. auch die Richter entnommen, und es erscheinen demgemäß Kleriker unter den Richtern immer seltener. Alles dies erklärt das frühe Aufkommen einer juristischen Behandlung des einheimischen englischen Rechtsstoffs unter Ablehnung einer Rezeption römischer und zumeist auch kanonischer Sätze. Wenn die englischen Großen zu Merton 1236 gegenüber dem römisch-kanonischen Recht erklären konnten: „ . . . quod nolunt leges Angliae mutare, quae hucusque usitatae sunt et approbatae", so war das wohl zum guten Teil schon ein Verdienst dieser Juristen, die durch ihre ganze Ausbildung früh dem Königtum gegenüber selbständig und dem fremden Rechte abgeneigt sein mußten. Schon zu Edwards I. Zeit finden sich beim Königsgericht apprentices, Rechtsbeflissene, welche von den Advokaten praktisch unter-

richtet werden, und der Zusammenhang mit den klerikal gefärbten Universitäten ist schon damals zerschnitten, zumal bereits seit Johann und Heinrich III. dem Königsgericht in Westminster bei London ein fester Sitz angewiesen war und die Advokaten sich seither zwischen London und Westminster fest angesiedelt hatten, auch bald die noch heute bestehende Korporationsverfassung nach dem Vorbilde der Universitäten annahmen. Entsprechend dem geringen Zusammenhange mit den übrigen Wissenschaften und mit den fremden Rechten trägt diese Jurisprudenz einen sehr selbständigen Charakter und erhebt sich dabei infolge der großen Bedeutung des Königsgerichts und einzelner seiner Richter früh zu einer von den gleichzeitigen kontinentalen Juristen kaum irgendwo erreichten Höhe. In diesen Rechtskundigen darf man nicht nur die Mitverfasser der zahlreichen, das Recht fortbildenden Statuten sehen, sondern die Besten von ihnen sind vor allem die Urheber der damals bereits beginnenden schöpferischen Präjudizien; sie fassen auch die Prozeßformulare, die Writs, ab, und in ihren Reihen bildete sich die Kunst des recording, der amtlichen Protokollierungen der Gerichtsakte, als deren Ergebnisse uns zahlreiche, zum Teil noch ungedruckte Records (rotuli placitorum, vgl. u. S. 802) und Fines (finales concordiae, Vergleiche und Scheinprozesse) erhalten sind. Juristen waren die Verfasser der Reports, der seit Edwards I. Zeit ununterbrochen fortlaufenden Entscheidungssammlung (von Edward II. bis Heinrich VIII. von besoldeten Reporters verfaßt, sog. Yearbooks); endlich gingen aus den Reihen dieser Juristen auch die bedeutenden, auf die Präjudizien des Königsgerichts gestützten Rechtsbücher hervor, vor allem: Glanvillas Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angliae (zwischen 1187 und 1189 entstanden); Henrici de Bracton (richtig Bratton, Richter unter Heinrich III.) De legibus et consuetudinibus Angliae (in der Hauptsache vor 1259 vollendet, Ed. 1569 und 1640, Ed. Twiss 1818), das bedeutendste dieser Werke und äußerlich an Azos Summa zum Kodex angelehnt; ferner die sog. Fleta seu commentarius iuris Anglicani (ca. 1290 entstanden), auf Bracton beruhend; Britton, Die Vorarbeit für eine Kodifikation des englischen Rechts unter Edward I., in französischer Sprache; endlich unter Edward II. (1307—1327) der Mirrour aux justices. (Näheres und Ausgaben bei Brunner, Encykl. 339 ff.; vgl. Güterbock, Bracton passim).

2. Seither bewegt sich die Fortbildung des Rechts und insbesondere des Privatrechts in den gleichen Formen durch die Jahrhunderte fort. Dabei zerfällt der gesamte Rechtsstoff in statute law, Gesetzesrecht, und common law, Gewohnheitsrecht (ein Gegensatz, der zu unterscheiden ist von dem weiter unten zu besprechenden der common law im Sinne des gemeinen Rechts zur equity, dem Billigkeitsrecht).

a) Die Reihe der Statuten läuft — im Gegensatz zu der Jahrhunderte hindurch geringen Bedeutung der Reichsgesetzgebung in Deutschland — ununterbrochen weiter; sie bilden aber das Recht immer nur in Einzelpunkten fort; zu einer Kodifikation ist es niemals gekommen; erst in neuester Zeit ist mehrfach eine Zusammenfassung einzelner Materien erfolgt. Die Gesetze vor 1236 (Statut von Merton aus dem 20. Regierungsjahre Heinrichs III.) werden zur common law gerechnet (als Constitutiones, Assisae oder Charters); von da ab bis 1327, dem Regierungsantritt Edwards III., bezeichnet man die Statuten als statuta vetera, seither als statuta nova, weil man fälschlich annimmt, daß seit 1327 die Grundsätze über das Zustandekommen des Statuts feststünden. Seit Edward III. erscheinen neben den Statuten die Ordinances, nicht unter Mitwirkung der Richter in die statute rolls aufgenommene Rechtssatzungen, deren sachliche Abgrenzung vom Statut bestritten ist. Die Statuten wurden als Reichsabschied immer für eine Parlamentssession zusammengefaßt und die einzelnen Akts wurden als Kapitel bezeichnet; man zitiert demgemäß die Statuten nach dem Könige und dessen Regierungsjahr, so daß 32. Henr. VIII. c. 38 das 38. Kapitel der Parlamentssession des 32. Regierungsjahres Heinrichs VIII., d. i. 1540, bedeutet. Dabei werden wegen der Revolutionsperiode von 1649—1660 die Regierungsjahre Karls II. von 1649 an gezählt. Seit Edward I. wird neben der lateinischen die französische Gesetzessprache häufiger; seit Heinrich VII. sind die Statuten in englischer Sprache abgefaßt. Die Statuten von 1236 an sind enthalten in: The Statutes of the Realm . . . from the earliest times to the end of the reign of

queen Anna. 1811—1822. Wegen der Ausgaben der älteren Statuten vgl. Brunner, Encykl. S. 336.

b) Für das Gewohnheitsrecht kommt als wichtigste Erkenntnisquelle die Praxis der Gerichte in Betracht; in der Gerichtspraxis findet die eigentliche Fortentwicklung des englischen Privatrechts statt; erst im 19. Jahrhundert gewinnt für deren Richtung die Statutargesetzgebung neben der Judikatur entscheidende Bedeutung. Neben den drei alten Gerichtshöfen der common law (im Sinne des gemeinen Rechts): Kingsbench, Common-Pleas und Exchequer, deren Mitglieder als Reiserichter auch den Assisen in der Grafschaft vorsitzen, erscheint eine Reihe besonderer Gerichte; abgesehen von einigen später unpraktisch gewordenen oder fortgefallenen Gerichten, wie dem court of the Steward and Marshal und dem court of chivalry ist hier besonders auf das Kanzleigericht, das Admiralitätsgericht und die geistlichen Gerichte hinzuweisen. Der court of Admiralty stammt aus der Zeit der Plantagenets und ist das Gericht des Lord High Admiral und seiner Beamten in seerechtlichen Sachen; er urteilte nach den Gesetzen von Oleron, dem Seerecht von Wisby, von Amalfi und den sonstigen alten Seerechtsbräuchen und griff daneben auf das römische Recht zurück. Die geistliche Gerichtsbarkeit hat seit der Eroberung große Bedeutung nicht nur in eigentlich geistlichen, Benefizial- und Strafsachen, sondern vor allem auch in Ehe- und Testamentssachen; sie wurde geübt von den erzbischöflichen Provinzialgerichten und den bischöflichen Diözesangerichten (die wieder in Konsistorialgerichte und Gerichte der Archidiakonen zerfallen); erst 1857 wurde die erbrechtliche Gerichtsbarkeit auf den weltlichen Court of Probate, die Ehegerichtsbarkeit auf den weltlichen Court for Divorce and Matrimonial causes, zwei Reichsgerichte, übertragen, nachdem der Einfluß des kirchlichen Rechts auf Erbrecht und Eherecht sich Jahrhunderte hindurch geäußert hatte. Von größter Tragweite für die englische Rechtsentwicklung endlich ist das Kanzlergericht, Court of Chancery: seit Edward III. ist eine Billigkeitsjurisdiktion des vorher nur als Kanzleivorsteher und Großsiegelbewahrer tätigen Kanzlers und seiner Beamten nachweisbar; sie bleibt unter vielfach wiederholtem Widerspruch der Stände bestehen und wird 1393 und 1452 auch in Statuten anerkannt. Anknüpfend an die Vorbereitung der ordentlichen Prozesse durch die aus der Kanzlei stammenden königlichen writs hat die Kanzlei ihre konkurrierende Gerichtsbarkeit neben den ordentlichen Gerichten zunächst ziemlich willkürlich geübt, bis sich, besonders seit dem 17. Jahrhundert (Sir Heneage Finch), auch auf dem Gebiete des allmählich entfalteten Billigkeitsrechts, der Equity, feste Grundsätze bildeten und man auch hier ganz nach Art der common law-Gerichte in steter Rücksicht auf die Präjudizien die Rechtssätze ganz allmählich fortzubilden begann. So unterschied sich die Kanzlergerichtsbarkeit von der gemeinrechtlichen schließlich nicht mehr durch die Methode der Rechtsanwendung, sondern durch die Anerkennung einer Reihe von Rechtsinstituten und Rechtssätzen des ius honorarium, welche von den common law-Gerichten verworfen wurden. Insbesondere bestand nicht nur ein dem kanonischen angelehntes besonderes Prozeßrecht für das Kanzleigericht (vgl. Kohler, Beiträge zum Civilprozeß, 1894, S. 584 ff.), sondern es werden hier die das ganze Recht durchziehenden Institute der trusts und uses anerkannt, die Grundstücksverpfändungsform des equitable mortgage und in neuester Zeit das Urheberrecht geschaffen, es wird die zwanzigjährige Auslösungsfrist des Verfallpfandes (legal mortgage) anerkannt, der Gedanke der Zession durchgeführt und schließlich neben der Schadensersatzklage wegen Nichterfüllung eines Vertrages auch die Klage auf specific performance, Naturalerfüllung gewährt, welche die gemeinrechtlichen Gerichtshöfe versagten. Ebenso wie das Admiralitätsgericht und die geistlichen Gerichte hat das Kanzlergericht infolge der in früheren Jahrhunderten regelmäßigen Besetzung mit Klerikern dem fremden Rechte einen gewissen Einfluß eingeräumt im Gegensatz zu ihrer schroffen Ablehnung durch die common law-Gerichte. Aber das Wesen der Equity im Gegensatz zur common law wird durch diese Beobachtung keineswegs hinreichend charakterisiert: fast alle die eben erwähnten Billigkeitsrechtssätze beruhen auf germanischen Grundgedanken — das gilt vor allem von den trusts und uses, durch die das Equity-System groß geworden ist —, das fremde Recht hat nur einen modifizierenden Einfluß geübt. Der entscheidende Gegensatz ist vielmehr der von Volksrecht

und Amtsrecht; er erscheint in Deutschland im Frühmittelalter ebenso, lebt aber in England, nachdem die königlichen common law-Gerichte vollständig an Stelle der alten Volksgerichte getreten sind, mit der Entstehung der Kanzlergerichtsbarkeit wieder auf und hat bei der Zähigkeit englischer Rechtsentwicklung durch die Jahrhunderte sich erhalten und zu einem ganzen amtsrechtlichen Rechtssysteme geführt, dem viele Fortschritte des englischen Rechts, insbesondere ein großer Teil seiner Anpassungsfähigkeit an neu auftauchende Tatbestände, zu danken sind. Im einzelnen sind die Ergebnisse der Judikatur hauptsächlich in drei Formen überliefert: die Writs (brevia), Formulare für die von der Kanzlei redigierten königlichen Mandate (vgl. unten § 4), wurden unter Edward III. in der Old Natura brevium gesammelt, dann 1531 in dem Registrum brevium omnium tam originalium quam iudicialium offiziell zusammengestellt, aus dem die New Natura brevium von A. Fitzherbert 1534[1], 1794[9] ausgezogen ist. Die Records sind amtliche Spruchregister ohne Gründe; sie sind nur für die ältere Zeit gedruckt (vgl. Brunner, Encykl. S. 338 und Gerichtszeugnis 149 ff.). Die Reports, Entscheidungssammlungen unter eingehender Wiedergabe der Gründe, wurden seit Aufhören der amtlichen Berichterstattung von den hervorragendsten Juristen eifrig gepflegt (der angesehenste Reporter ist Eduard Coke, dessen Reports ohne Autornennung zitiert werden; andere Reporter sind Hobart, Yelverton, Saunders, Vaughan, Levinz u. s. w.); die Hunderte von Report-Werken bilden die Grundlage und den Ausgangspunkt aller juristischen Arbeit in England (eine chronologische Liste der Reports findet sich z. B. bei Renton, Encyclopaedia of the Laws of England vol. I pag. XVII, eine alphabetische u. a. bei Kempin, Rechtsquellen der Vereinigten Staaten S. 12 ff.: vgl. ferner die Notizen bei Brunner l. c. S. 343).

c) Die juristische Literatur steht an Bedeutung für die Fortbildung des Rechts weit hinter der Judikatur zurück. Nach der Periode der bereits erwähnten Rechtsbücher tritt zuerst John Fortescue mit seiner wahrscheinlich 1473 entstandenen Schrift De laudibus legum Angliae hervor, die sich gegen das römische Recht richtete. Von berühmten Namen sind sodann besonders hervorzuheben Littleton († 1481), dessen Tenures das klassische Werk für das Immobiliarsachenrecht geworden ist, und der angesehenste englische Jurist Edward Coke († 1633), neben dessen bereits erwähnten Reports seine Institutes of the laws of England (1628[1]) zu nennen sind, deren ersten Teil ein Kommentar zu Littletons Tenures bildet. In der Zeit, als die kontinentalen Staaten zu ihren Kodifikationen schritten, schuf dann Sir William Blackstone (1723—1780) in seinen Commentaries on the laws of England (1765, hier zitiert nach der Ausgabe von Stewart 1854[28]) das noch heute maßgebende System des englischen Rechts; in vier Teilen werden die Rights of Person, Rights of Things (einschließlich der Vertragsobligationen und des Erbrechts), die Private Wrongs und die Public Wrongs (Kriminalrecht) behandelt. „Die Klarheit und Durchsichtigkeit der Darstellung, die wissenschaftliche Gründlichkeit des Verfassers, das Fernhalten aller schwerfälligen Gelehrsamkeit und die geistige Beherrschung des umfangreichen Stoffes haben dem Werke einen Weltruf verschafft" (Brunner l. c.); noch heute beruht das Rechtsstudium in England auf dem Werke, das in Stephen, News Commentaries on the laws of England, partly founded on Blackstone (1899[18]), dem jetzt geltenden Rechte angepaßt ist.

3. Das 19. Jahrhundert mit seinen tiefgreifenden Veränderungen der wirtschaftlichen Lage bewirkte auch für die Privatrechtsentwicklung einen allmählichen, aber fühlbaren Wandel. Die Statutargesetzgebung trat neben der Judikatur, die nicht immer schnell genug den veränderten Bedürfnissen zu dienen vermochte, als gleich starker Faktor der Rechtsbildung hervor; eine Reihe von Einzelmaterien erhielt eine kodifikatorische Zusammenfassung. Zugleich wurde eine Ausscheidung der veralteten Statuten vorgenommen, und die noch geltenden wurden zum Teil neu redigiert; das Ergebnis dieser Arbeit ist: Second revised Edition of the Statutes, prepared under the direction of the Statutes law Committee, 1888—1900 (für den praktischen Gebrauch sind die noch geltenden Statuten, alphabetisch nach Materien geordnet in Chitty-Lely, The statutes of practical utility London 1894[5], 13 Bände, mit Noten und Indices, dazu jährliche Ergänzung in Annual statutes of practical utility by Lely, von 1881 an).

Anderseits drängt der immer komplizierter werdende Rechtszustand zu einer Vereinheitlichung der nebeneinander stehenden Gerichte und Rechtssysteme, insbesondere zur Verschmelzung des im großen Verkehr immer mehr bewährten Equity-Rechts mit der Common law. Der entscheidende Schritt ist die große Justizreorganisation durch die Judicature-Act von 1873 und von 1875, 1877, 1879, 1881, 1889, 1894. Seither ist ein zentraler einheitlicher Gerichtshof für England, der High Court of Justice zu London, als Gericht erster Instanz geschaffen. Er zerfällt in Divisions: und zwar ist die Kings Bench Division eine Zusammenfassung der alten courts of Kings Bench, Common Pleas und Exchequer, während zugleich ein Richter dieser Division als High Court in Bankruptcy an Stelle der früheren Konkursgerichte sitzt; die Chancery Division entspricht dem alten High Court of Chancery; die Probate, Divorce and Admiralty Division hat die alten Courts of Admiralty, of Probate und for Divorce and Matrimonial Causes in sich aufgenommen; zugleich bilden die Gerichte der Commissioners of Assise, der Reiserichter für die Grafschaften, ebenfalls Glieder des High Court. Berufungsinstanz für den High Court ist der Court of Appeal (zusammengesetzt aus dem Lord Chancellor, dem Lord Chief Justice of England — früher der Präsident der Kings Bench, jetzt der Kings Bench Division —, dem Master of the Rolls, dem Präsidenten der Probate Division und fünf Lords Justices of Appeal); er und der High Court werden unter der Bezeichnung Supreme Court zusammengefaßt. Revisionsinstanz ist das House of Lords (in seinen rechtsgelehrten Mitgliedern) und für gewisse Sachen, besonders für die Kolonien, das Judicial Committee of the Privy Council. An Stelle des alten Untergerichts des Sheriff, das im Laufe der Jahrhunderte durch eine Menge sehr verschiedenartiger Bagatellgerichte ersetzt worden war, waren 1846 wieder für 60 Bezirke County Courts geschaffen worden, die besonders durch die County Courts Act von 1888 ausgestaltet wurden und als Bagatellgerichte erster Instanz (obligationen- und sachenrechtliche Ansprüche, deren Gegenstand 50 £ nicht übersteigt), mit einem Richter besetzt, durch ihr einfaches, schleuniges und minder kostspieliges Verfahren auch den ärmeren und mittleren Klassen die jahrhundertelang fast entbehrte Möglichkeit der Prozeßführung wieder schafften. Untrennbar mit dieser ganzen Gerichtsorganisation verbunden war die Zurückdrängung des Gegensatzes von Equity und Common law: Die Judicature Act von 1873 (36, 37 Vict. cap. 66) bestimmt, daß die bisher nur im Court of Chancery anerkannten Rechtsverhältnisse allgemein anerkannt werden sollen, gibt einer Reihe einzelner Rechtssätze des Equity-Rechts allgemeine Geltung und verordnet (s. 25 n. 11): Generally in all matters not hereinbefore particularly mentioned, in which there is any conflict or variance between the rules of equity and the rules of the common law with reference to the same matter, the rules of equity shall prevail. Die Judikatur des 19. Jahrhunderts ist außerordentlich reichhaltig und wertvoll; an Stelle der privaten Reports werden seit 1865 die Entscheidungen von dem Council of Law Reports, einem Ausschuß der vier Juristeninnungen, herausgegeben (The Law Reports in all the Courts, published under the authority of the Incorporated Council of Law Reporting for England commencing Michaelmas Term 1865, gegen 300 Bände); die Sammlung zerfällt in Abteilungen für die einzelnen Gerichtshöfe bezw. Divisions: House of Lords, Privy Council, Chancery Appeals, Equity cases before the Master of the rolls, Queens Bench, Common Pleas, Exchequer, Crown Cases, Admiralty, Probate and Divorce; seit 1875: Appeals before the House of Lords and Privy Council, Chancery Division, Queens Bench Division einschließlich der alten Common Pleas und Exchequer Division (1876—1880), Probate Division). Daneben erscheinen aber auch private Zusammenstellungen, besonders die Law Journal Reports (seit 1822), die Law Times Reports (seit 1859); eine Verarbeitung gibt J. Mews, The Digest of English Case Law, bis 1897, ca. 300000 Fälle umfassend, 16 Bände, jährlich ergänzt durch J. Mews, The Annual Digest; J. W. Smith, Selection of leading cases, 1901[11].

Die Literatur befaßt sich nach wie vor hauptsächlich mit der Zusammenstellung der Judikatur und der Statuten; die Rechtslexika, Abridgements, Digests, spielen eine hervorragende Rolle (besonders Brown, New Law Dictionary, 1880[2], Sweet, Dictionary

of English Law, 1882, Wharton, Law Lexicon 1882[9], und die Encyclopaedia of the Laws of England, Herausgeber A. Wood Renton, 12 Bände 1897/98); daneben erschienen entsprechende kompilatorische Bearbeitungen einzelner Materien; doch strebt ein großer Teil der Schriftsteller, besonders in neuerer Zeit, mit schönem Erfolg die wissenschaftliche Durchdringung des Stoffes an, in steigender Berücksichtigung der kontinentalen, insbesondere auch der deutschen Rechtswissenschaft und unterstützt durch die Arbeiten hervorragender englischer Juristen auf dem Gebiete der allgemeinen Rechtslehre, der sog. „Jurisprudence" (Austin, Markby, Holland, Fr. Pollock u. s. w.), sowie vor allem auf dem Gebiete der englischen Rechtsgeschichte (Fr. Pollock, F. W. Maitland u. a.).

Zur ersten Orientierung eignet sich der von der Buchhandlung Sweet and Maxwell herausgegebene Catalogue of Modern Law Books, compiled by W. Harold Maxwell, London 1895 mit Supplementen von 1899 und 1901; andere bibliographische Werke weist der Katalog der Reichsgerichtsbibliothek nach. Zeitschriften: Law Quarterly Review, being the combined Law Magazine founded 1828 and the Law Review founded 1848, seit 1856; Law Times, Wochenschrift seit 1843; Solicitors Journal, seit 1856, u. s. w.

Die Ausbildung der Juristen liegt noch heute in den Händen der vier alten Inns of Court (Inner Temple, Middle Temple, Lincolns Inn, Grays Inn). Die Aufnahme als Student erfolgt bei Vorhandensein der nötigen allgemeinwissenschaftlichen Vorbildung durch den Vorstand (die Benchers) der einzelnen Innung auf Empfehlung zweier Barristers wesentlich nach freiem Ermessen; der gesellschaftliche Verkehr in der Innung (Diners während 12 Terms, d. s. Gerichtssitzungsperioden) ist grundsätzlich noch heute die Hauptvoraussetzung für den Erwerb der Barrister-Würde; ein Ausschuß der vier Innungen, das Council of legal Education, leitet die gemeinschaftliche Innungsschule und sorgt für die Abhaltung des nicht allzu schweren Examens; nach Abschluß des Trienniums verleiht die Innung den Grad des Barrister at law, welcher die Voraussetzung für die Erlangung aller juristischen Ämter bildet (Consolidated Regulations of the several Societies of Lincolns Inn etc.); der gesamte Juristenstand geht somit aus der korporativ geschlossenen Anwaltschaft hervor, und in der praktischen Ausübung der Anwaltstätigkeit liegt der Schwerpunkt seiner Ausbildung. Der Einfluß der Universitäten und ihrer Rechtslehrer beginnt daneben zu wachsen, und den Universitätsstudierenden werden einige Erleichterungen für das gleichzeitige Studium an der Innungsschule gewährt. Die Ausbildung der Solicitors, der nichtplädierenden Parteivertreter, die ehedem eine rein handwerksmäßige war, ist heute derjenigen der Barristers in manchen Punkten angenähert, und die Scheidung zwischen den beiden Klassen ist nicht mehr so schroff wie früher.

Besonders seit der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts tritt eine Neigung zur Aufnahme römischer Rechtsgedanken in das englische Privatrecht hervor; ermöglicht wurde dies vor allem durch die Verschmelzung der Gerichtshöfe, welche den alten common law-Gerichten, der Seele des Widerstands gegen das römische Recht, ihre Selbständigkeit raubte; die romanisierende Rechtslehre, vielfach angelehnt an Savigny und die deutschen Romanisten der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts, kommt durch ihre Konstruktionen dem Bedürfnis und Begehren nach schneller Fortbildung des englischen Rechts bequem entgegen. Die hohe Achtung vor den alten Präjudizien, gestützt durch die aufblühende Wissenschaft der englischen Rechtsgeschichte, bildet aber noch einen Damm gegen übermäßige Romanisierung, die dem einsichtigen englischen Praktiker als Gefahr für die ruhmvolle Selbständigkeit des englischen Rechts erscheint.

Hierzu besonders H. Brunner, Rechtsquellen, bei Holtzendorff, I. c.; ferner Gundermann S. 1—109, Güterbock, Bracton, Schuster, Rechtspflege l. c., und die übrigen bereits angeführten Werke über Rechtsgeschichte und Gerichtswesen; Blackstone, Commentaries, introd. s. 3; Stephen, Commentaries, introd. s. 3; Pollock and Maitland, I S. 1—204: Wertheim art. Law; Foss, The Judges of England, 1848—64; Foss, Biographia Juridica, 1870. — Man pflegt noch immer die Institute der equity zusammenfassend zu behandeln: insbesondere sei hingewiesen auf das Buch des Amerikaners J. Story, Commentaries on equity jurisprudence, 1870[10], englische Ausgabe von Grigsby, 1892[2]; ferner Spence, On equitable jurisdiction of Chancery, 1816—49; Jos. W. Smith, Manual of equity jurisprudence, 1900[15]. — Über die Anfänge des normannischen Rechts v. Amira, Histor. Z. 39, 241 ff.

§ 3. Das objektive Recht.

Das Recht ist statute law (Gesetzesrecht) oder common law (Gewohnheitsrecht). 1. Das Statut (Act of Parliament, Statute) kommt zu stande durch den übereinstimmenden Willen des Königs, des Oberhauses und des Unterhauses; die königliche Zustimmung (assent, royal assent) ist seit 1707 nicht mehr verweigert worden und erfolgt persönlich, am Ende der Session, oder by commission, durch schriftlich ermächtigten Kommissar. Eine Promulgation ist nicht erforderlich; am Tage des assent wird die Akte Gesetz; der Geltungsbeginn fällt, wenn nicht besonders im Gesetze bestimmt, zusammen mit dem auf der Akte vermerkten Datum des assent (33 Geo. III c. 13). Für die Auslegung einer Reihe von Ausdrücken der Gesetze ist wichtig die Interpretation-Act von 1889 (52 and 53 Vict. c. 63); dort sind auch in s. 35 Bestimmungen über das Zitieren der Gesetze enthalten; danach ist die oben (§ 2) angegebene Methode des Zitierens nach Regierungsjahr und Kapitel oder aber der für das Gesetz bestehende short title zu wählen; solche short titles setzen die Short Titles Acts von 1892 (c. 10) und 1896 (c. 14) für viele ältere Gesetze fest; neuere legen sie sich gewöhnlich am Schluß selbst bei; dazu gibt es für ältere Gesetze zahlreiche „popular short titles" nach Sitzungsort (st. of Westminster, Gloucester), nach Gegenstand (Bill of Rights), nach Anfangsworten („Quia emptores"), nach dem Antragsteller (Michael Angelo Taylors Act). Die Statuten sind entweder public Acts (und zwar „general" oder für bestimmte Bezirke, „local", oder „personal") oder aber — ohne ganz scharfe Scheidung — private Acts, d. h. auf einzelne Personen oder lokale Verhältnisse bezügliche Gesetze (für diese wird das Kapitel mit römischer Zahl bezeichnet). Eine große Rolle spielt die delegierte Gesetzgebungsbefugnis, nicht nur für die Kolonien, sondern auch als Delegation an einzelne Staatsorgane und Behörden, wie das privy council, die boards of health und education und vor allem die Reichsgerichte, welche ihre rules of procedure selbst aufstellen (Snow, Burney and Stringer, Annual Practice).

2. Das Gewohnheitsrecht (common law) ist entweder gemeines (general customs, common law im eigentlichen Sinne) oder sog. partikulares (particular customs). Für das gemeine Gewohnheitsrecht ist die hauptsächlichste Erkenntnisquelle die Judikatur; „the judges of the land . . . are the depositaries of the laws; the living oracles, who must decide in all cases of doubt, and who are bound by an oath to decide according to the law of the land" (Blackstone). Die Präjudizien (precedents) sind — eine der wichtigsten Eigentümlichkeiten des englisch(=amerikanischen) Rechts — für die gleichgestellten und nachgeordneten Gerichte bindend. Der Satz ist für die common law-Gerichte (s. o. § 2) seit dem 14. Jahrhundert nachweisbar; im Laufe des 19. Jahrhunderts ist die bindende Kraft gleichmäßig für equity wie für common law anerkannt; dabei bindet sich heute der Court of Appeal an die Entscheidungen der alten common law-Gerichte, dagegen nicht absolut an die alten Kanzlerentscheidungen; der Court of Appeal und der High Court sind an die Entscheidungen der Reiserichter (sog. Ni prius-rulings) nicht gebunden. Abweichungen sind überhaupt gestattet, soweit ein Präjudiz der „Vernunft oder der natürlichen Gerechtigkeit widerspricht" (Stephen; nach Blackstone: „der Vernunft oder klar dem divine law"); doch werden Präjudizien nur selten „overruled". Die Fortbildung des Rechts durch die Gerichte geschieht mit großer Vorsicht, vielfach im Wege sorgfältiger Analogie und unter Verwendung der „Natur der Sache"; es handelt sich keineswegs um eine unmethodische Jurisdiktion der Willkür. Neben der Judikatur verwendet man als Erkenntnismittel des gemeinen Gewohnheitsrechts auch die „Kommentare" der berühmten Juristen, insbesondere von Littleton, Coke und M. Hale. — Das sog. partikuläre Gewohnheitsrecht ist teils local custom, Observanz (Schulbeispiele sind: „gavelkind" in Kent, wonach die Grundstücke nicht an den ältesten Sohn, sondern an alle Söhne vererben, ferner „borough english", d. i. der Erbvorzug des jüngsten Sohnes), teils handelt es sich um Gewohnheitsrecht, das, besonders von einzelnen Spezialgerichtshöfen (geistliche Gerichte, Admiralty, Forest Courts) ausgebildet, für einzelne Personenklassen (personal custom) oder Materien gilt; hierher rechnete man vor

allem das Handelsrecht (merchant law), solange und insoweit es sich von dem bürgerlichen Recht als selbständiges Rechtsgebiet abhob, — ein Zustand, der besonders seit der Tätigkeit Lord Mansfields († 1793) aufgehört hat. Für die particular customs hat sich eine eingehende Lehre — hie und da unter Verwendung kanonischer Gedanken — ausgebildet in enger Verknüpfung mit der Lehre von der Akquisitivverjährung, der prescription, die wieder teils auf den Verschweigungsgedanken, teils auf die unvordenkliche Zeit zurückführt. Danach muß die Gewohnheit seit Menschengedanken bestehen, d. h. nach alter common law seit 1189 (1 Richard I), doch wird das ausreichende Alter beim Bestehen durch 20 Jahre präsumiert (dazu die Prescription Act 2 und 3 Will. IV c. 71); sie muß ununterbrochen, unangefochten (peasible) sein, es muß opinio necessitatis vorhanden sein (custom must be compulsory), und endlich darf die Gewohnheit nicht unvernünftig (not irreasonable sein), wofür eine sehr eingehende Judikatur (s. Renton, Encycl. s. v. custom A, 4) existiert; wer sich auf particular custom stützt, muß die Gewohnheit beweisen (regelmäßig durch Geschworene); partikulare Gewohnheiten, welche gemeinem Gewohnheitsrecht derogieren, sind strikt zu interpretieren; anderseits dringen sie gegenüber einem general statute überhaupt nicht durch, was seit dem Anschwellen des statute law die Gewohnheiten sehr eingeschränkt hat. Von den customs scheidet man heute scharf die usages, d. h. die Verkehrssitten, Usancen; über sie ist eine reiche, auch für uns beachtenswerte Judikatur vorhanden; sie brauchen natürlich „not ancient" zu sein, was insbesondere für die schnelle Fortentwicklung der Handelsgewohnheiten bedeutsam ist.

Blackstone, Com. intr. s. 3; Stephen, Com. intr. s. 3; Hardcastle, A treatise on ... statutory law, 1892; Maxwell, The interpretation of statutes, 1896; art. custom und precedents bei Renton, Encykl.; Markby, Elements of Law, 1896, ch. 2; Fr. Pollock A first book of jurisprudence, 1897, ch. VI. — Über Handelsrecht vgl. die Zusammenstellung von Goldschmidt, Handbuch I[2] § 30 und 31; Güterbock, Z. f. H.R. IV S. 13 ff.; Späing, Engl. Handelsrecht l. c.: J. W. Smith, Compendium of mercantile law, 1834[1], 1890[10]; Stevens, Elements of mercantile law, 1900[2]; Slater, Principles of m. l., 1899[2]; Campbell, Principles of m. l., 1890.

§ 4. Der Rechtsschutz.

1. Für den gerichtlichen Rechtsschutz hat das englische Recht ein Aktionensystem ausgebildet, an das sich die Privatrechtsentwicklung aufs engste angeschlossen hat, und das, obwohl vielfach mit dem römischen Aktionenrecht verglichen, durchaus nationalen Ursprungs ist. Den Ausgangspunkt bildet der alte königsgerichtliche Prozeß: das amtsgerichtliche Verfahren wird durch königliche, von der Kanzlei ausgehende Mandate (writs, brevia) eingeleitet (brevia originalia) und fortgeführt (br. iudicialia); auch das volksgerichtliche Verfahren über Grundeigen bedurfte allmählich solcher Einleitung. Diese Mandate haben mit den römischen formulae nichts zu tun, auch andere Funktionen als diese; sie entsprechen vielmehr den indiculi commonitorii, de iustitia, inquisitionis des fränkischen Reichsrechts (Brunner). An die Prozeßeinleitungs-Writs schließt das Aktionensystem an; durch das Writ wird die Klage individualisiert. Das zweite Westminsterstatut von 1285 (13 Edw. I c. 24) bestimmt, daß die Kanzlei in consimili casu neue Writs aufstellen dürfe, dagegen im übrigen die Schaffung neuer Writs dem Parlament zu überlassen sei. An die zahlreichen allmählich feststehenden Writs schlossen sich Rechtsleben und Rechtslehre eng an. Die Prozesse in der Chancery wurden entsprechend durch Bill, bezw. bei Kronsachen durch Information, Gesuche mit formloser Angabe der Klagetatsachen, eröffnet. Im Laufe des 19. Jahrhunderts wurde allmählich die spezielle Individualisierung der Klage durch bestimmte Writs (original writs) beseitigt; seit 1875 genügt in allen Sachen zur Prozeßeinleitung ein allgemein gehaltenes, vom Gericht ausgegebenes writ of summons, ein Ladungsmandat, für das ein „indorsement of claim", d. h. Angabe des Klagantrags und der zur Individualisierung des Klaggrundes erforderlichen tatsächlichen Behauptungen, vorgeschrieben ist; alle Klagen sind seither in factum conceptae, actions on the case (eine Bezeichnung, die, streng genommen, nur den alten in consimili casu aufgestellten brevia magistralia zukommt). Trotzdem spielen die alten

Klagformen in Judikatur und Literatur noch eine große Rolle, und viele Teile des englischen Privatrechts sind ohne Kenntnis von ihnen nicht verständlich. Die Zahl der im praktischen Gebrauch befindlichen Klagtypen war im 19. Jahrhundert allmählich sehr zusammengeschmolzen. Man teilt sie ein in actions real, personal und mixed. Diese Einteilung beruht auf dem gemeingermanischen Gegensatz von Immobiliargut und Fahrhabe. Die actions real dienen dem Schutze des Immobiliarguts (real property); zu ihm gehören die alten petitorischen und possessorischen Grundstücksklagen (writ of right, writ of assise etc.) mit ihren Nebenformen, der Patronatsklage (a. quare impedit) und den Wittums-Klagen (writ of dower, writ of right of dower, wr. of d. unde nihil habet); sie sind heute in der Hauptsache außer Anwendung (s. u. § 6 Nr. 8). Von den actions mixed, gerichtet zugleich auf Schadensersatz und auf Herausgabe von real property, ist die wichtigste die action of ejectment, jetzt action for the recovery of land genannt, ursprünglich bloße Schadensklage, welche schon seit dem 18. Jahrhundert die reinen Realklagen auf Grundstücksherausgabe verdrängt hat. Endlich dienen die personal actions zum Schutze des Personalvermögens (personalty, personal property), wozu alles, was nicht real property ist, gerechnet wird, also Eigentum und dingliche Rechte an Mobilien, Forderungs- und sonstige nicht-dingliche Rechte, ferner aber außer diesen chattels personal im engeren Sinne auch die sog. chattels real, gewisse den Mobilien gleichbehandelte Immobiliarrechte (vgl. u. § 6 Nr. 1). Die personal actions gingen als Klagen vor den common law-Gerichten immer nur auf Schadensersatz, während die Chancery in geeigneten Fällen zu specific performance, zur Realerfüllung, verurteilte und diese erzwang — ein Grundsatz des Equity-Rechts, der heute verallgemeinert ist, so daß grundsätzlich auf jede Klage zu specific performance verurteilt werden kann. Die wichtigsten personal actions sind: action of debt, covenant, assumpsit, detinue, trover, trespass, trespass on the case; die trespass-Klagen sind die eigentlichen Deliktsklagen (actions of tort im Gegensatz zu actions of contract); die actions of debt, covenant, assumpsit sind die Klagen aus Vertragsbruch (breach of contract), und die actions of detinue und of trover versehen die Funktion der Mobiliarvindikation. Über das System der Klagen s. unten § 7 Nr. 3 a. E. — Wegen der Rechtskraft der Urteile s. die guten Ausführungen bei Mendelssohn Bartholdy, Grenzen der Rechtskraft, 1900 S. 199 ff.

Pollock and Maitland II S. 556 ff.; Blackstone III ch. 7 ff.; Stephen b. V ch. 7.

2. Die Verjährung (limitation of action) ist für die einzelnen Klagarten verschieden bemessen. Sie hat sich bei den real actions entwickelt; zur Zeit Heinrichs II. konnte ein writ of right, die Immobilienklage, nicht auf einen Besitzstand, eine seisin gestützt werden, die weiter zurücklag als die Regierung Heinrichs I. (1100—1135); seit dem ersten Westminsterstatut (3 Edw. I) durfte die seisin nicht weiter zurück als 1189 (1 Ric. I; s. o. Nr. 3 a. E.) liegen; nach verschiedenen gesetzlichen Eingriffen in diesen Rechtszustand unter Heinrich VIII. (30 bezw. 50 bezw. 60 Jahre zurück), Jakob I. und Wilhelm IV. (3 und 4 c. 27, 20 Jahre) wurde durch die Real Property Limitation Act (37 and 38 Vict. c. 57, 1874) bestimmt, daß die meisten Immobiliarklagen nach 12 Jahren restlos erlöschen. Die Verjährung der personal actions beruht hauptsächlich auf dem Statut 21 Jac. I c. 16 s. 3 von 1623; danach verjähren die meisten dieser Klagen in 6 Jahren „after the cause of action accrued", während die actions of trespass to the person (assault, menace, battery, wounding, imprisonment) in 4 Jahren, die Ehrenkränkungsklagen (actions on the case for verbal slander) in 2 Jahren verjähren; die Klage aus gesiegeltem Vertrag (a. of debt) wurde durch dieses Gesetz aber nicht getroffen, doch gewährte die Praxis nach 20 Jahren die Vermutung der Erfüllung, bis durch 3 and 4 Will. IV c. 42 s. 3 1833 auch für diese Klage eine Verjährung von 20 Jahren, für einige Fälle von 6 Jahren eingeführt wurde (Stephen, Book V ch. IX).

3. Auf dem Gebiete der Selbsthilfe sind neben dem allgemeinen Rechte der Selbstverteidigung (self-defense) eine Reihe besonderer Institute ausgebildet: recaption (oder reprisal) ist das Recht, ein vorenthaltenes Familienmitglied oder eine vorenthaltene bewegliche Sache eigenmächtig zurückzuholen; entry ist das entsprechende Recht,

ein vorenthaltenes Immobile zu okkupieren; abatement ist das Recht, schädigende Anstalten (nuisance, z. B. eine lichtraubende Mauer) eigenmächtig zu beseitigen, — immer unter Vermeidung eines Friedensbruchs (insbesondere unter Vermeidung des Eindringens in ein geschlossenes Haus); ferner ist das alte Recht der Privatpfändung (distress) eingehend ausgebildet, insbesondere zur Beitreibung eines Grundzinses und zur Sicherung wegen Viehschäden, und zwar ist dabei ein Verkaufsrecht nach alter common law nur für Kronforderungen anerkannt und erst seit dem Ausgang des 17. Jahrhunderts durch die Gesetzgebung allmählich allgemeiner durchgeführt worden; eng verwandt ist das Recht zur eigenmächtigen Wegnahme des verfallenen heriot, des Besthaupts. Eigenartige Selbstbefriedigungsrechte gewähren das Recht des retainer für den zum Exekutor oder Administrator (s. unten § 8) des Schuldners bestellten Gläubiger und das Recht des remitter für den entwerten, aber auf Grund mangelhaften Titels wieder in Besitz gelangten Grundstücksbesitzer. Ein Retentionsrecht an Vermögensstücken des Schuldners (mit Verkaufsrecht nur auf Grund gerichtlicher Ermächtigung) ist das lien; es ist entweder general lien (vom Recht nicht begünstigt und nur nach Maßgabe der Gewohnheiten, insbesondere Handelsgewohnheiten, anerkannt, z. B. zu Gunsten des factor, des Bankiers u. s. w.) oder — mit dem Erfordernis der Konnexität — special lien; und zwar ist zu unterscheiden das — normale — legal oder possessory lien (s. u. bailments § 7 Nr. 2) von der Gruppe der maritime und equitable liens (insbesondere des trustee und des cestuique trust, sowie des Käufers bezw. Verkäufers bei Grundstücksveräußerungen), die, vom Billigkeits- bezw. Seerecht geschaffen, ausnahmsweise keinen Besitz des Retentionsberechtigten erfordern. Endlich hat das Recht des Vergleichs (accord) und des Kompromisses (arbitration) eine sorgfältige Ausbildung gefunden.

Pollock and Maitland II S. 572 ff.: Blackstone III ch. 1; Stephen, b. V ch. 1 Rüttimann, Englischer Civilprozeß §§ 11 ff.; Renton, Encycl. unter den einzelnen Stichworten: Banning, Treatise on the statute law of the limitations of actions, 1892[2]; Hewitt, Treatise on the law of the limitations of actions. 1894; Darby and Bosanquet, Stat. of limit., 1899; über lien vgl. Paine, On bailments, 1901, Salomonsohn (Solmsen), Schutz der Baugläubiger. 1900, S. 49 ff.; über Schiedsgerichte: Inhülsen, Z. f. öff. R. 1897, S. 446.

§ 5. Das Rechtssubjekt.

1. Physische Person. Jeder Mensch ist Rechtssubjekt; für die volle Rechtsfähigkeit entscheidet auch nach englischem Recht die Vollendung der Geburt (birth), und zwar muß das Kind lebendig sein und menschliche Gestalt haben; dagegen wird Lebensfähigkeit nicht gefordert; die bedingte Rechtsfähigkeit des nasciturus ist von der Praxis anerkannt. Eine Todeserklärung kennt das englische Recht nicht; dagegen gibt die Praxis in Analogie zu Statuten Jakobs I. und Karls II. eine Todespräsumption (presumptive proof of Death) bei siebenjähriger kinderloser Abwesenheit, ohne daß damit eine Präsumption für einen bestimmten Todestag gegeben wäre, und ohne daß es ausgeschlossen ist, aus früherliegenden Umständen, welche den Tod wahrscheinlich machen (Schiffsuntergang), auf den erfolgten Tod zu schließen. Präsumptionen für Kommorienten werden nicht aufgestellt. Geburt und Tod und ebenso die Eheschließungen werden jetzt nicht mehr wie früher (dazu noch 52 Geo. III. c. 146, 1812) von der Kirche registriert, sondern es bestehen seit 1836 staatliche Register, die Registration of Birth, Deaths and Marriages (6 and 7 Will. IV c. 86, ferner 7 Will. IV und 1 Vict. c. 22, 1837, sowie Gesetze von 1840, 1858, 1874); unter einem registrar general stehen superintendent registrars für die einzelnen Bezirke.

Fremder (alien) war nach alter common law jeder außerhalb der Lande des Königs von England Geborene, während umgekehrt alle im Lande Geborenen Engländer waren. Das Prinzip ist allmählich gemildert worden; schon im 14. Jahrhundert im Handelsinteresse für gewisse Fälle der Geburt von Kindern englischer Eltern im Auslande: heute hat die Staatsangehörigkeit (allegiance) jeder in England Geborene (auch von fremden Eltern, wenn sie nicht ennemies sind), ferner die im Auslande geborenen Kinder englischer Eltern und die Ausländerin durch Ehe mit einem Engländer. Die naturalization war früher sehr schwierig und nicht voll wirksam; jetzt ist sie durch die Naturali-

zation act von 1870 (33 Vict. c. 14, ferner 35 and 36 Vict. c. 39 von 1872) erleichtert, insbesondere möglich (nach freiem Ermessen) durch Zertifikat des Staatssekretärs (vor allem bei fünfjährigem Aufenthalt in England). Während früher die Fremden sehr ungünstig standen, insbesondere vom Grundbesitzerwerb ausgeschlossen waren, stehen sie jetzt privatrechtlich den englischen Untertanen gleich, doch sind die Bestimmungen des Gesetzes von 1870 (l. c.) nicht rückwirkend, und auch heute noch kann kein alien Eigner eines britischen Schiffs sein.

Die Minderjährigkeit (infancy) reicht bis zum vollendeten 21. Jahre; der Minderjährige (infant) kann nach common law prinzipiell keinen legal act vornehmen, insbesondere keine Grundstücke veräußern oder erwerben und keine bindenden contracts schließen, doch letzteres mit der Maßgabe, daß nur den Minderjährigen offenbar schädigende Verträge (manifestly to the infants prejudice) nichtig (void) sind, dagegen bindend die ihm offenbar vorteilhaften (manifestly for his benefit), die sonstigen Geschäfte aber — und dies scheint das normale — anfechtbar (voidable), falls sie nicht nach erreichter Volljährigkeit ratifiziert werden; als vorteilhaft aber gelten die Verträge über „things necessaries" (z. B. meat, drink, apparel, physic, schooling, necessaries for wife and child), die im Einzelfall nach dem Alter und der tatsächlichen Lage des Minderjährigen zu bemessen sind, und bei deren Feststellung insbesondere zu beachten, ob für den infant im Hause der Eltern Fürsorge getroffen wird. Durch die Infant Relief Act von 1874 (37 and 38 Vict. c. 62) ist aber gegenüber der common law angeordnet, daß alle Geschäfte des Minderjährigen nichtig (absolutely void) sein sollen, außer den necessaries. Ein Infant ist dagegen schlechthin haftbar für torts (es sei denn, daß der etwaige subjektive Tatbestand infolge der Minderjährigkeit in concreto fehlt); der Minderjährige kann als Vertreter fungieren (for the person by whom he is appointed agent is the best judge of his ability); die Heiratsmündigkeit tritt mit 14 bezw. 12 Jahren ein; eine Frau von 17 und ein Mann von 20 Jahren können (seit 18. and 19. Vict. c. 43) einen Ehevertrag schließen; anderseits ist ein Konkurs gegen den infant ausgeschlossen.

Die Lehre vom Domizil (domicile) ist erst seit dem 18. Jahrhundert unter Einfluß der internationalen Rechtsbeziehungen in England von der Judikatur entwickelt; man unterscheidet (leading case Udny v. Udny. 1869) domicile of origin (Domizil des Vaters, nach dessen Tode der Mutter, bei Unehelichen der Mutter) und domicile of choice (Wahl einer residence animo manendi), als dessen Nebenart das domicile by operation of law (z. B. durch Eheschließung der Frau) erscheint; gegen die Wahl eines Domizils seitens eines Engländers in einem Lande mit „political, social and religious institutions altogether different from those of Great Britain" spricht eine Vermutung. (Vgl. noch das bisher unpraktische Statut 24 and 25 Vict. c. 121.) Das Domizil der Korporation ist am Hauptsitz (principal place) der Verwaltung.

Pollock and Maitland I S. 441 ff., II S. 434 ff.; Stephen, b. IV p. 3 ch. 15, b. I, b. IV p. 1 ch. 1, b. III ch. 4; vgl. u. § 9 a. E.

2. Die Korporation. Zu Bractons Zeit erschienen nebeneinander communitates (Gemeinden), universitates (Gilden) und die kirchlichen Anstalten, als deren Subjekt meist Gott oder der Heilige betrachtet wurde. Erst seit Mitte des 15. Jahrhunderts erscheint, ausgebildet vor allem an den kirchlichen Anstalten und daher vom kanonischen Recht beeinflußt, eine Theorie der juristischen Person und zugleich der Name corporacion, corps corporat, corps politik; man unterscheidet incorporated bodies (abbot and convent, dean and chapter, major and communalty) und not incorporated (townships, parishs, gilds); die ersteren müssen durch einen besonderen Akt des Königs oder des Papstes oder beider geschaffen sein; die Korporationen müssen immer ein Haupt haben, das gewöhnlich mit ihnen genannt wird (dean and chapter), und handeln immer nur unter ihrem common seal; die Korporation ist incorporeal, invisible, immortal, entsprechend kanonischen Ideen persona ficta. Die Theorie der Korporation wurde allmählich vernachlässigt, weil infolge der Entwicklung der uses und trusts (s. u. Nr. 3) die Form der common-law-corporation vielfach entbehrlich erschien (Maitland, vgl. Hübner, Z. Sav. St. germ.

22 S. 432 ff.): „Die Juristen lehrten, daß es nach dem common law ein Verbrechen sei, ohne staatliche Konzession eine Korporation zu bilden; sie selbst aber waren alle Mitglieder der unkonzessionierten Inns of court, d. h. eben von Trusts.“ — Die heutige Korporationslehre unterscheidet corporation aggregate (aus einer Mehrheit von Personen zusammengesetzt) und corporation sole. Letzterer dem englischen Rechte eigentümliche Begriff ist seit dem Ausgang des Mittelalters aufgekommen; die c. sole besteht aus einer Einzelperson, vorzugsweise einem Amtsträger: der König (the crown), der Bischof, der Pfarrer ist corporation sole; alle, welche im Verlaufe der Zeit jemals das Amt verwaltet haben, bilden mit dem gegenwärtigen Amtsträger eine Einheit (corporation never dies); es handelt sich nach unserer Betrachtungsweise um Organe von Korporationen und Anstalten. Alle Korporationen bedürfen zur Erlangung der Rechtssubjektivität grundsätzlich königlichen consents, der durch Royal Charter (oder Letter Patent) oder durch Parlamentsakte erteilt wird; dem Prinzip der freien Körperschaftsbildung entsprechend wird aber bei den „corporations existing by common law“ (dahin gehören die corporations sole) und den „corporations by prescription“ (z. B. City von London) der consent ergänzt bezw. präsumiert; anderseits ist man für die Handelsgesellschaften (joint-stock companies) im Laufe des 19. Jahrhunderts zum Normativsystem gekommen (Aufhebung der ihnen entgegenstehenden sog. Bubble act im Jahre 1825). Man erblickt das Wesen der Korporation in ihrer Dauer, perpetuity, und in ihrer (genossenschaftliche Struktur nicht ausschließenden) Einheit, bei der corporation aggregate symbolisiert durch das (für Rechtsakte nur ausnahmsweise entbehrliche) common seal; die Korporation gibt sich Statuten, bye-laws, die nicht im Widerspruch mit dem Landesrecht oder mit der Gründungsurkunde (Zweck) stehen dürfen; sie ist grundsätzlich rechts- und handlungsfähig; ihre Haftbarkeit für tort (malicious prosecution, fraud, deceit, trespass, assault) ist heute anerkannt. Im Immobiliarrecht ist sie durch die Mortmain-Gesetzgebung beschränkt; diese beginnt bereits 1225 (9 Henr. III c. 36) und wird besonders im zweiten Westminsterstatut Edwards I. (7 c. 13) und ferner unter Heinrich VIII. weiter ausgeführt; heute ist maßgeblich die Mortmain and charitable uses act von 1888 (51 and 52 Vict. c. 42, ergänzt 1891—1892): Danach ist der Erwerb von land (d. i. „tenements and hereditaments, corporeal or incorporeal, of any tenure, but not money secured on land or other personal estate arising from or connected with land“) bei Konfiskation verboten und nur mit licence of the crown oder auf Grund besonderen Statuts gestattet; die Statutargesetzgebung hat das Prinzip vielfach durchbrochen, insbesondere für die incorporated Charities, die milden Stiftungen, sowie für die in den Formen der Handelsgesellschaften errichteten Korporationen (doch können idealen Zwecken dienende derartige Korporationen nicht mehr als 2 acres Land ohne Genehmigung des Board of Trade erwerben). Alle Korporationen stehen unter Kontrolle eines visitor (je nachdem König, Bischof, Gründer). Es existiert eine große Menge verschiedenartiger Korporationen; man scheidet von alters die ecclesiastical (spiritual) corporations der Geistlichen (z. B. abbot and convent) von den lay corporations, die wieder in civil corporations (die Kommunalverbände, Universitäten, Handelsgesellschaften) und elemosinary corporations (Colleges, Hospitäler) zerfallen. Besonders zu erwähnen sind die Chartered Companies, entstanden aus der mittelalterlichen korporativen Vereinigung der englischen Kaufleute im Auslande (Ausgangspunkt sind die flandrischen Merchant adventurers of England, denen 1391 die Eastland Company für Preußen und die baltischen Länder folgt); aus ihnen sind in fortlaufender Entwicklung die heutigen großen Kolonialgesellschaften, die North Borneo Company von 1881, die Royal Niger Company Chartered von 1886, die East Africa Company von 1889, die South Africa Company von 1889 hervorgegangen, deren charters ihnen öffentliche Rechte in bestimmten Gebieten übertragen. Anderseits sind qualified corporations die Handelsgesellschaften, die joint-stock companies, deren Rechtsverhältnisse denen unserer Aktiengesellschaften entsprechen, vollständig zuerst durch die Companies acts von 1862 (25, 26 Vict. c. 89) kodifiziert wurden und neuestens durch die Companies act vom 8. August 1900 (63, 64 Vict. c. 48) geregelt sind: sie sind limited, mit begrenzter Haftung der Mitglieder (und zwar

by shares nach Art unserer Aktienhaftung oder by guarantee mit beschränkter Nachschußpflicht der Mitglieder), oder (die ältere Form) unlimited; ihr Kapital, stock, ist in Aktien, shares, geteilt; sie werden registriert und erlangen die Rechtssubjektivität durch die Ausstellung einer Inkorporierungsbescheinigung auf Grund des Zusammenschlusses der gesetzlich geforderten sieben Gründer (vgl. im übrigen Crüsemann und Keyßner in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 50 S. 526 ff., Lehmann, l. c. Schirrmeister, l. c.).

Pollock and Maitland I S. 469 ff.; Blackstone I ch. 18; Stephen b. IV p. 3 ch. 1 ff.; Grant, Practical treatise on the law of corporations, 1850; O. Gierke-Maitland, Political theories of the middle ages, 1900; Maitland, L. Quart. R. 1900 n. 64; 1901 n. 66; Lindley, Treatise on the law of companies, 1902[6]; K. Lehmann, Recht der Aktiengesellschaften S. 83 ff.; zur Companies act von 1900: Mansons, Ruegg and Mossop, Simonson, sämtlich 1900; Palmer, 1901; Schirrmeister, Die englische Aktiennovelle vom 8. Aug. 1900, Berlin 1901, D. J. Z. VI, 350, Z. f. H.R. 53, S. 619.

3. Uses und Trusts. Das gemeingermanische Institut des Treuhänders (vgl. Alfr. Schultze, Dogm. Jhrb. 43, S. 9) hat im englischen Recht eine besonders reiche und eigenartige Ausgestaltung gefunden und durchzieht, wenngleich es im Immobiliarrecht seinen Hauptsitz hat, alle Materien des englischen Privatrechts. Von alters in England bekannt, fand das Treuhandprinzip besonders seit den Tagen Edwards III. (1327—1377) massenhaft — unter dem Einfluß der Geistlichkeit und daher zum Teil mit kanonistischer Färbung — in der Form der uses (vom lat. opus, altfrz. os oder oes, in der Wendung ad opus, dann ad opus et ad usum, oder ad usum, Maitland) Verwendung: zur Ermöglichung von Vergabungen an die tote Hand, zum Schutz gegen Konfiskationen, zur Umgehung der Lehnsgebühr, zur Ermöglichung der nach common law unzulässigen letztwilligen Verfügung über Immobilien wurde Immobiliargut zu treuer Hand (under trust) an einen Vertrauensmann (feoffee to the use, trustee) übertragen, derart, daß dem Vergabenden (cestui que use) und seinen Rechtsnachfolgern die Nutznießung blieb. Indem die Chancery die Innehaltung der Zweckbestimmung gegenüber dem Vertrauensmann und allmählich auch gegenüber dessen Rechtsnachfolgern mit Strafe erzwang, bildete sich neben dem legal estate, dem gemeinrechtlichen Besitzrecht des feoffee, ein Billigkeitsrecht (equitable estate u. § 6, 3) des „cestui que use", das man vielfach mit dem römischen bonitarischen Eigentum verglichen hat, und das formlos übertragen werden konnte. Die hiermit natürlich verknüpften Gefahren, denen man schon durch die Mortmain-Gesetze (s. o. 2) entgegengetreten war, führten zu dem wichtigen Statute of Uses von 1535 (27. Heinr. VIII c. 10): danach sollte jeder cestui que use als legaler Berechtigter (in lawfull seisin, estate and possession) betrachtet werden, die uses also aufhören. Indessen hat die Jurisprudenz im Kampf gegen Krone und Lords durch merkwürdige Interpretationskunststücke das Gesetz alsbald umgangen: man nahm an, daß nur der erste use in ein legales Recht verwandelt (executed) sei, daß dagegen ein use upon the use, also ein den ersten cestui que use belastender use, doch einen equitable estate bilde, und nannte ein solches Treuhandverhältnis trust. Damit ermöglichte man das Fortbestehen des formlosen Immobiliarerwerbs. Anderseits beschränkte man das Anwendungsgebiet des Statute of Uses möglichst und versagte ihm die Anwendung insbesondere auf bewegliches Gut, auf zeitlich beschränkte Übertragungen und auf die unten zu erwähnenden special trusts. Nach heutigem, im Anschluß an die Judikatur zum Statute of Uses entwickelten Recht können trusts (nunmehr in allen Gerichten anerkannt) grundsätzlich von jedermann (unmittelbar) errichtet werden, und zwar im allgemeinen formlos (nach dem Statute of Frauds 29 Car. II c. 3 müssen aber alle declarations of trusts or confidences of any land, tenements, or hereditaments manifested and proved by some writing, signed by the party, or by his last will in writing sein); Gegenstand kann grundsätzlich jedes Vermögensrecht sein; man spricht jetzt in allen Fällen von trust und nur noch bei den Treuhandverhältnissen an freehold daneben von use; unzulässig sind trusts z. B. zu Gunsten unehelicher Kinder in futuro, ferner infolge der Mortmain-Gesetzgebung in vielen, neuerdings aber immer mehr eingeschränkten Fällen zu Gunsten milder Stiftungen. Der Trustee tritt als vollberechtigt hinsichtlich der ihm (legal) anvertrauten Vermögensrechte auf, doch

haften diese heute nicht mehr für seine Schulden; er hat, soweit nichts anderes bestimmt ist, das Vermögen in gesetzlich bestimmter Form anzulegen und zu verwalten (56 and 57 Vict. c. 53 von 1893), er haftet für Verschulden; bei breach of trust durch Veräußerungen des Vermögens entgegen der Zweckbestimmung geht die Klage auch gegen den dritten Empfänger, doch nicht gegen den entgeltlichen bona fide-Erwerber; mit anderen Worten: der trust wirkt in germanischer Weise dinglich. Es können mehrere trustees nebeneinander bestellt sein, die dann füreinander haften, und der cestui que trust kann auch selbst trustee (insbesondere co-trustee) sein. Der cestui que trust kann über das durch die Befugnisse des trustee eingeschränkte Recht grundsätzlich frei verfügen, doch können ihm auch (besonders bei Familienstiftungen häufig) Beschränkungen auferlegt sein. Man unterscheidet simple trusts, bei denen der trustee nur ein „passiver Depositar" ist, während der cestui que trust selbständig die Nutzung zieht, und anderseits special trusts, bei denen der trustee „aktive Pflichten" hat, also selbständig die Nutzung zieht und sie nur dem Destinatär zuzuführen hat; letztere nähern sich unseren Stiftungen (dazu Kohler, Arch. f. B. R. 3 S. 273); und eine besondere Art derselben sind die häufigen discretionary trusts mit weitgehender Bestimmungsgewalt des trustee. Ein Anwendungsfall des trust sind auch die modernen, als Trusts bezeichneten Handelsvereinigungen (E. Kempin, Arch. f. B. R. 7 S. 334 ff.).

Pollock and Maitland II 226 ff.; Blackstone II ch. 7; Stephen, b. II p. 1 ch. 9; Renton, Enc. sub uses und trusts; Lewin, Treatise on the law of trusts, 1898[10]; Godefroi, Principles of trust, 1891[2]; Underhill, Trusts 1894[4]; Pollock-Schuster, Grundbesitz 123 ff.; Holdheim in seiner Wochenschrift III 379 ff.

§ 6. Das Sachenrecht.

1. Dieses hat die germanische Scheidung zwischen Immobiliar- und Fahrnisrecht schärfer als irgend eines der kontinentalen Rechte bewahrt. Man teilt das Vermögen, property, in Immobiliargut (hereditament, real property, tenement, things held) und Mobiliargut (personalty, personal property, goods and chattels, letzterer Ausdruck von catalla = Vieh). Hereditament, real property zerfällt dabei, entsprechend der römischen terminologischen Scheidung von res corporales und res incorporales (Güterbock, Bracton S. 55), in corporeal und incorporeal hereditaments. Zu den corporeal hereditaments gehören die Grundstücke (land), (richtiger die an diesen begründeten Hauptrechte freehold-estates; s. u.), sowie gewisse immobilisierte Fahrnisstücke, die heirlooms, d. s. der Familienrepräsentation dienende Pertinenzen des manor, der Gutsherrschaft (manerium), z. B. Familiengemälde, Equipagen u. s. w.; anderseits sind incorporeal hereditaments gewisse beschränkte Rechte an Immobilien, „rights and profits issuing out of the land", zerfallend in dingliche Anwartschaften auf corporeal hereditaments, sog. estates in expectancy (s. u. Nr. 5), und die sog. purely incorporeal hereditaments (s. u. Nr. 4e), gewisse begrenzte dingliche Rechte geringerer Bedeutung, insbesondere Servituten und Reallasten. Das Recht am corporeal hereditament kann man dabei nicht etwa mit unserem Immobiliareigentum identifizieren; es handelt sich vielmehr um verschieden starke Rechte, die freehold-estates (s. u. Nr. 3, 4a, b), die allerdings sämtlich ein totales Gebrauchsrecht (unbedingt oder bedingt) an der Sache gewähren, aber nur in ihrer stärksten Erscheinungsform, dem fee simple (feodum simplex) — wenn man von dessen lehnrechtlicher Färbung absieht (s. u. Nr. 2) —, dem Eigentum gleichzustellen sind, wie denn auch schon Bracton nur das feodum simplex als proprietas, dominium bezeichnete, zu seiner Zeit noch nicht einmal mit vollem Recht. Die gemeinsame Eigentümlichkeit aller hereditaments ist die, daß sie der Immobiliarerbfolge an den heir at law unterliegen (s. u. § 8), soweit sie überhaupt vererblich sind (freehold of inheritance im Gegensatz zum fr. not of inheritance, u. Nr. 4b).

Personal property anderseits umfaßt die chattels personal, d. s. die beweglichen körperlichen Sachen, corporeal chattels, choses in possession, und ferner die choses in action, d. s. ursprünglich die Forderungsrechte auf Sachherausgabe, heute alle Forderungsrechte, ferner die Aktien- und die Erfinderrechte; daneben gehören zur personal

property die sog. chattels real, gewisse, grundsätzlich (z. B. nicht im internationalen Privatrecht) dem Mobiliarrecht unterstellte Rechte an Immobilien, nämlich die sog. estates less then freehold, insbesondere Miete und Pacht (u. Nr. 4 c.), gewisse genommene Pfänder, insbesondere die Judikatshypothek (estate by elegit, ferner by statute merchant und staple s. u. 4d a. E.), die Lehnsvormundschaft (wardship) u. s. w. Eigentümlich ist also der englischen Gruppierung vor allem die Aufnahme der heirlooms in das Immobiliargut und die der chattels real in das Mobiliargut.

Pollock and Maitland I ch. 3, II ch. 4; Blackstone, b. II; Stephen, b. II; Th. Littleton, Tenures, french and english, ed. Tomlins, 1841, kommentiert von Coke, Institutes p. I, als Coke upon Littleton ed. (Hargrave and) Butler, 1832[19]; Williams, Principles of real property, 1901[19]; Williams, Principles of personal property, 1900[15]; Smith, Compendium of the law of real and personal property, 1884[6]; ferner über real property: Goodeve, 1899; Kelke, 1899[2]; personal property: Goodeve, 1899; Shearwood, 1882; Gundermann S. 137 ff.; Pollock-Schuster, Grundbesitz in England, 1889; Solly, Grundsätze, l. c., 1853; Güterbock, Bracton, § 10—15. Über Besitz (seisin und possession): Pollock and Wright, Possession in common law; Markby, El. ch. IX; A. Heusler, Gewere, 336 ff.; vgl. u. Nr. 8.

2. Tenure. Das Immobiliarrecht hat seine vom kontinentalen sehr abweichende Gestaltung dadurch empfangen, daß seit der normannischen Zeit und grundsätzlich noch heute alles Land als Lehn, tenementum, tenure, behandelt wird (s. o. § 1): nur der König hat Allod, und er ist — unmittelbar oder mittelbar — „Lord Paramount" of every parcel of land within the realm". Wie aber schon die nach der Eroberung durch redemption erlangten Besitzungen eigentlich keine Lehn gewesen waren (s. o. § 1 S. 797), hat sich der Gedanke des Allods trotz des Lehnprinzips immer mehr durchgesetzt und ist heute tatsächlich wieder zur Herrschaft gelangt.

Unter dem Gesichtspunkt der vom Beliehenen zu gewährenden Gegenleistung unterscheidet man im Mittelalter die tenures in Ritterlehn (feuda militaria, military tenures, knights service), in geistliche Güter (in libera elemosyna, später frankalmoign), in freie Bauer- und Bürgerlehn (socagia, free socages, hervorgegangen meist aus den alten kleinen Allodien und nicht mit Kriegsdienst, sondern nur mit Rente belastet) und in den Hinterfassenbesitz (villenagia), seit Anfang des 15. Jahrhunderts als copyholds bezeichnet (nach der Abschrift copy über die Eintragung in die Gutsrolle des manor). Besonders geartete Fälle der socagia sind übrigens tenures of ancient demesne an den alten Krongütern, die alte städtische Hausleihe (bourgage tenure mit ihrer Unterart borough english) und der partikulär gefärbte gavelkind in Kent. — Besonders für die Ritterlehn und die socagia wurden die Lehnslasten allmählich sehr gesteigert; neben der Heerfahrt des Ritters lasteten auf ihm als sog. incidents: Hoffahrt (suit of court, als deren besondere Fälle die grand und petty serjeanty erscheint), Lehnseid (fealty), Huldigung (homage) und laudemium (relief and primer seisin), ferner das Recht des Herrn auf Hilfsgelder (aids), besonders schwer empfunden sein Recht auf Erteilung des Heiratskonsenses (marriage) und auf Führung der Lehnsvormundschaft (wardship), sowie schließlich das Recht auf den Heimfall (escheat); die socagia anderseits sind belastet außer mit der Rente (der grundsätzlichen Hauptlast, an deren Stelle aber auch freie Dienste oder sogar der bloße Treueid stehen können), als incidents mit suit of court, fealty, relief, aids und escheat, während marriage und wardship hier fortfielen.

Die erste starke Einschränkung erhielt das Lehnssystem schon 1290 durch das statutum quia emptores (18 Edw. I c. 1), welches für feodum simplex unter Zurückdrängung der subinfeudatio die freie Veräußerlichkeit schuf, und dessen Grundgedanken dann unter Edward III. und später durch 12 Karl II. c. 24 voll durchgeführt wurden. Anderseits wurden die feudalen Lasten 1660 durch das ebenerwähnte Statut 12 Karl II. c. 24 im großen und ganzen beseitigt: der Heer- und Hofdienst, sowie die an Stelle des Heerdienstes vielfach gezahlten Schildgelder (scutagia) wurden aufgehoben, ebenso die incidents der Ritterlehen, und diese wurden sämtlich in socagia, „free and common socage" verwandelt (vom 24. Febr. 1645 an); bestehen blieben nur die Leistungen der grand serjeanty (Ehrendienste bei der Person des Königs, besonders auch bei der Krönung); die free socages anderseits wurden gleichzeitig von den aids befreit. Die heutige Gestaltung ist infolgedessen

die, daß die den unfree tenures, d. i. dem copyhold gegenüberstehenden free tenures (auch freehold genannt; vgl. aber über den technischen Begriff freehold unten Nr. 3) in der Hauptsache sich als free socage darstellen, da die tenures by grand serjanty praktisch keine erhebliche Bedeutung haben und die geistlichen tenures by frankalmoign (die 1660 ebenfalls unberührt blieben, aber bereits seit 1290 nicht mehr von Untertanen begründet werden können) nur für Kirchengüter und Wohlfahrtseinrichtungen in Betracht kommen; die free socages sind noch heute mit einer fixierten Rente und den sonstigen incidents belastet; doch ist die Rente nur noch ein Rekognitionszins, das relief beim Tode des tenant ist nur in Höhe eines Jahresbetrages dieser Rente zu leisten, suit of court ist in aller Regel unpraktisch geworden, der Treueid wird nicht mehr geleistet, und da das Heimfallsrecht (escheat), abgesehen vom Falle erbloſen Todes, beseitigt ist (besonders durch Gesetze von 1814 und 1870), ist das in free socage befindliche Land tatsächlich von den alten Lasten fast ganz befreit.

Das copyhold auf der anderen Seite trägt noch heute Merkmale des Hörigkeitsverhältnisses: als copyhold ist derjenige Teil eines manor, d. i. einer Gutsherrrschaft alten Stils (Neubildungen seit dem Statut quia emptores grundsätzlich untersagt), parzellenweise zur bäuerlichen Bestellung ausgeliehen, der nicht (als demesne, dominicum) in Eigenwirtschaft steht; die Verleihungen sind in der Rolle des Hofgerichts (manorial court) verzeichnet, und die Besitzverhältnisse richten sich im einzelnen nach den Gewohnheiten des manor; der copyholder hat gewöhnlich weder die Nutzung des Waldes noch das Bergbaurecht auf seinem Grundstück, er zahlt einen Zins (heute meist Rekognitionszins), er hat Gebühren (fines) bei einer (ihm freistehenden) Veräußerung und beim Mannfall (selten beim Herrenfall) zu zahlen, denen sich beim Mannfall das Besthaupt (heriot) zuzugesellen pflegt, er ist zu fealty and homage, sowie zum Gerichtsdienst im Hofgericht verpflichtet und verwirkt bei Pflichtverletzungen sein Gut. Copyhold kann grundsätzlich nicht mehr neu begründet werden; dagegen ist umgekehrt Verwandlung in free socage möglich, und die Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts (seit 1841, abgeschlossen durch die Copyhold Act von 1894, 57 and 58 Vict. c. 46) hat sowohl dem Herrn wie dem copyholder ein Recht auf die Ablösung (enfranchisment) gegen Entschädigung gewährt. Zu den copyholds im weiteren Sinne rechnet man heute auch die dem copyhold entsprechend behandelten sog. customary freeholds und das ancient demesne. — Die alte lehnsrechtliche Verwirkung (forfeiture), die bei jeder Art von tenure im Falle von treason und felony galt, ist heute im allgemeinen beseitigt und nur noch bei der tatsächlich unpraktischen Ächtung (outlawry) in Geltung. —

Gegenstand einer tenure kann nicht nur land sein, sondern jedes Tenement, d. i. außer land „rents, commons, and other rights and interests issuing out of or concerning land". Für land wird von der Jurisprudenz der Satz aufgestellt: cuius est solum, eius est usque ad coelum, und entsprechend soll die Herrschaft bis zum Mittelpunkt der Erde reichen; doch bestand (spätestens seit der Eroberung) das königliche Bergregal, das erst allmählich durch Parlament und Judikatur auf Gold und Silber beschränkt worden ist; daher können Erdoberfläche und Bergwerk (Mine) in verschiedener Hand sein. (Zum Bergrecht jetzt besonders die Statuten Victoria 35, 36 c. 77, 38, 39 c. 39, 50, 51 c. 58, 57, 58, c. 42 und c. 52.) Bestandteile des land sind die mit dem Boden fest verbundenen Gegenstände, die fixtures; darüber Kohler, Dogm. Jahrb. 26, 1 ff., Biermann, daselbst 34, 244 ff.

Pollock and Maitland III S. 205 ff.; Blackstone II ch. 4—6, cf. 11; Stephen. b. II p. 1 ch. 2; Littleton s. o. zu Nr. 1; Wright, Introduction to the law of tenures, 1792[4]; Gilbert, Law of tenures, 1824; Elton, Treatise on copyholds, 1893; Mac Swinney, Law of mines, 1897[3].

3. Die Estates. Das System der einzelnen Immobiliarrechte ist dadurch abweichend vom kontinentalen gestaltet, daß einerseits — wie das eben Gesagte ergibt — das englische Immobiliarrecht infolge seines Ursprungs aus dem Lehnrecht grundsätzlich nur dingliche Rechte an fremder Sache (genauer beschränkte dingliche Rechte) kennt, und daß anderseits alle diese Rechte unter den einheitlichen Begriff des estate (estate in land,

status, état, Besitzstand) gebracht werden. Estate „bezeichnet jedes Verfügungs- und Benutzungsrecht an Grund und Boden, von welchem Umfange immer" (Gundermann); dabei fallen unter den Begriff des estate nicht nur diejenigen Rechte, welche (unbedingt, unbefristet oder in den verschiedensten Abstufungen bedingt oder befristet) die „volle Eigentumsausübung" gewähren, sondern grundsätzlich auch die incorporeal hereditaments, welche nur Teilbefugnisse, einzelne Nutzungen bieten; diese letztere Kategorie wird aber nach germanischer Art vorzugsweise (unter dem Gesichtspunkte des unkörperlichen Gutes) als Gegenstand von estates verschiedenster Abstufung betrachtet, und die Besitzstände, estates, sind infolgedessen (entsprechend dem kontinentalen Gewerecht in seinen Anfängen) in der Hauptsache als Spezialfälle eines qualitativ einheitlichen, dinglichen Herrschaftsrechts an Immobilien zu bezeichnen. Der Aufbau ist dann folgender: man unterscheidet vor allem freehold estates (freehold im eigentlichen technischen Sinne, liberum tenementum, frank tenement, der eines Freien würdige Besitzstand, Hauptrechte, Vollrechte) und estates less then freehold (Realrechte niederer Bedeutung und daher chattels real); Unterscheidungsmerkmal ist die Dauer der Rechte (quantity of interest), insofern freehold stets von unbeschränkter oder doch von unbestimmter Dauer sein muß, während die chattels real Rechte von bestimmter Dauer (und wenn auch für 1000 Jahre) darstellen; dieser Kategorie tritt hinzu die Kategorie der estates upon condition (conditional estates); es sind das bedingte Besitzstände der beiden ersten Arten; grundsätzlich stehen sie also nicht im Gegensatz zu diesen (Stephen-Blackstone, ch. VI init.), wohl aber dadurch, daß einzelne Anwendungsfälle sich zu besonderen wichtigen Rechtstypen entwickelt haben; als vierte Kategorie werden die incorporeal hereditaments genannt, als Immobiliarrechte geringsten Umfangs, die im Gegensatz zu den vorgenannten Klassen eben nicht die volle Sachherrschaft, auch nicht bedingt, gewähren.

Unter einem ganz anderen Gesichtspunkt, nämlich dem des Zeitpunkts des Genusses, unterscheidet man die estates in possession, in deren Genuß sich der Berechtigte in praesentia befindet, und estates in expectancy, deren Genuß er erst künftig erlangen soll, also bloße Anfallsrechte (s. u. Nr. 5).

Schließlich werden unter einem dritten Gesichtspunkt die estates nach der Zahl der Berechtigten (tenants) gruppiert in Einzelrechte (severalty) und Rechte mehrerer, die sich wieder spalten in joint tenancy, coparcenary und tenancy in common (s. u. Nr. 6).

Dem Dualismus von common law und equity (o. § 2 sub 2b) entspricht die Unterscheidung von legal und equitable estates; unter letzteren haben die größte Bedeutung das Recht des cestui que use (o. § 5 Nr. 3), sowie die equity of redemption des mortgagor (u. Nr. 4d).

4. Die einzelnen Estates. Unter den einzelnen, nach dem ersterwähnten Gesichtspunkt der quantity of interest gruppierten dinglichen Rechten steht im Vordergrund das freehold, als freehold of inheritance und not of inheritance.

a) Der Hauptfall des vererblichen freehold, das Grund- und Fundamentalrecht des englischen Sachenrechts, das fee simple (fee absolute, feodum simplex) entspricht heute tatsächlich unserem Eigentum. Die fast völlige Beseitigung der Lehnslasten ist bereits erwähnt, ebenso die Einführung der freien Veräußerlichkeit, 1290 (s. o. Nr. 2); die freie Vererblichkeit durch letztwillige Verfügung wurde durch das Statute of wills 32 Heinrich VIII. c. 1 und 34 Heinrich VIII. c. 5 eingeführt; anderseits ist das gesetzliche Erbrecht nicht auf eine bestimmte Erbenklasse beschränkt, sondern alle als heir-at-law in Betracht kommenden Personen sind nach der gesetzlichen Ordnung berufen, so daß erst bei Erschöpfung aller Erbklassen Heimfall (escheat) eintritt, und zwar regelmäßig an die Krone, da ein anderer Verleiher fast niemals mehr zu ermitteln ist. Für die gesetzliche Erbfolgeordnung hat sich das Prinzip der Individualsuccession, und zwar der Primogenitur erhalten: Immobilien gehen zunächst auf den ältesten Sohn über (s. u. § 8).

Vererbliches freehold sind weiterhin fee simple qualified (oder fee base), sowie fee-tail; hier bestehen aber Beschränkungen der Sachherrschaft: das erstere ist unter einer Resolutivbedingung verliehenes fee simple (z. B. solange der Erwerber oder seine Erben ein anderes Gut besitzen, solange St. Pauls steht); bei fee tail (feodum talliatum =

restrictum) entail, dem Stammgut, ist die Erbfolge auf die Erben des Erwerbers in gerader Linie beschränkt, und das Gut fällt in Ermanglung solcher an den Verleiher zurück (the estate ceases). Das fee tail ist vor allem die Form für die vielerörterten englischen Fideikommisse geworden (vgl. die Darstellungen bei Pollock-Schuster l. c., ferner bei L. Brentano, Die Entwicklung des englischen Erbrechts, u. s. w.). Von den Grundherren bei ihren Lehnsvergabungen dem feodum simplex wegen des leichteren Heimfalls vielfach vorgezogen, konnte das fee tail ursprünglich allerdings vom Vasallen bei der Geburt eines Leibeserben frei veräußert und damit zum feodum simplex umgestaltet werden; indessen setzten die Barone unter Eduard I. das statutum de donis conditionalibus von 1285 (II. Westminsterstatut) durch, wonach durch Veräußerungen des Vasallen weder das Heimfallsrecht (reversion) des donors, noch die Rechte der Lehns-Deszendenz gekränkt werden konnten. Damit aber wurde das fee tail die Form für die Familienbesitzungen des englischen Adels überhaupt, der durch sie gesichert der Krone gegenüberstand: ebensowenig wie durch Veräußerungen konnte durch Verwirkung bei Hochverrat oder durch Belastungen mit Schulden, insbesondere mit solchen aus rechtswidriger Amtsführung, der jeweilige Inhaber die Familiengenossen beeinträchtigen. Das allmählich erstarkende Königtum suchte daher mit Hilfe des Reichsgerichts die Fideikommisse wieder zu entfesseln, und dies gelang seit der Zeit Eduards IV: in dem berühmten Taltarum's case von 1472 wurde anerkannt, daß der tenant in tail, der jeweilige Fideikommißbesitzer, durch den Scheinprozeß der sog. common recovery sowohl der Deszendenz wie dem donor das entail versperren (bar) und dieses in fee simple verwandeln kann; entsprechend wurde auch eine Aussperrung der Deszendenz allein (unter Wahrung der Rechte des donor) mittelst des prozessualen Aktes des fine (finis litis) von der Praxis zugelassen. Seit Heinrich VIII. ist auch die endgültige Verwirkung wegen Hochverrats möglich (seit 1870 allerdings unpraktisch); ferner wurde die unbeschränkte Verhaftung für Forderungen der Krone ebenfalls von Heinrich VIII. festgelegt; seit Jakob I. fällt das entail sogar in die Konkursmasse des jeweiligen Inhabers, und in neuester Zeit ist sogar die Exequierbarkeit von Judikatsschulden in das entail zu Besitzzeiten des Schuldners schlechthin durchgeführt; die barocken Scheinprozeduren der recoveries und fines endlich sind 1833 durch die Act for the Abolition of Fines and Recoveries beseitigt worden: durch einfachen, beim Reichsgericht zu registrierenden Akt (disentailing deed) kann der tenant in tail das Stammgut in fee simple umwandeln; ausgenommen sind nur einige wenige Fälle, insbesondere gewisse Kronlehn und vor allem die „estates tail after possibility of issue exstinct" (d. h. wenn Geburt folgefähiger Deszendenz ausgeschlossen ist, was besonders praktisch wird, wenn das entail — als sog. e. special — zu Gunsten der Deszendenz von einer bestimmten, nun verstorbenen Frau verliehen ist). Trotz dieser Entfesselung sind die Fideikommisse in England aber bekanntlich nicht verschwunden; vielmehr hat nach der Vertreibung der Stuarts das Bedürfnis der zur Herrschaft gelangten gentry nach gesichertem Familienbesitz zu einer Neubelebung geführt, und zwar waren es die Juristen (Orlando Bridgman), welche unter Verwendung des gegebenen Rechtszustandes eine sinnreiche und schmiegsame Form für die Errichtung von Familienstiftungen, nun settlements genannt, ersannen: der Stifter, gewöhnlich der Vater des zunächst Bedachten, verleiht diesem, dem Sohne, das Gut zum bloßen lebenslänglichen Nießbrauch (estate for life), dessen erstgeborenem Sohn aber als fee tail; hier kann erst dieser Enkel, und zwar erst wenn er tenant in tail geworden ist, also erst nach seines Vaters Tode (vorher nur mit Genehmigung des sog. protector of the settlement, eines Vertrauensmanns des Stifters), das entail zum fee simple machen; tatsächlich zieht er es aber schon im Augenblick der erreichten Volljährigkeit vor, mit dem Vater gegen Gewährung einer Leibrente einen Vertrag dahin zu schließen, daß die Stiftung wieder auf drei Leiber, nämlich für seinen Vater, ihn selbst und seinen künftigen Sohn, erneuert wird. So wird das Fideikommiß von Generation zu Generation nach Bedürfnis neu gestiftet, und jedesmal können Modifikationen, besonders zu Gunsten jüngerer Geschwister und der Witwe, getroffen werden.

b) Nicht-vererbliches freehold (fr. not of inheritance) entsteht durch Rechtsgeschäfte (conventional) oder tritt von Gesetzes wegen auf Grund anderer Tatbestände ein

(legal); bei der ersteren Gruppe handelt es sich hauptsächlich um Vergabungen auf Lebenszeit des Empfängers, also um den eben schon beim entail erwähnten Fall des estate for life; daneben erscheinen auch Vergabungen auf Lebenszeit eines Dritten (estate pur autre vie). Ein estate for life gewährt auf Lebenszeit das volle Herrschaftsrecht, der Leibzüchter ist aber, ohne übrigens kautionspflichtig zu sein, den Anfalls- und Heimfallsberechtigten verantwortlich für waste (voluntary und permissive) und hat anderseits an dem Gute, dem settled land, das Recht der Verfügung und Belastung, insbesondere der Verpachtung, nur im Rahmen seines Rechts; indessen sind in letzterer Beziehung durch die settled estate act von 1877 und die settled land act von 1882 im Interesse der Landeskultur und einer freieren Gebarung der Fideikommißinhaber, die ja nach dem oben Gesagten in aller Regel ihr Familiengut in der Form der Leibzucht nutzen, sehr weitgehende Erleichterungen gewährt worden; danach kann im Prinzip der rechtliche Bestand des Guts angegriffen werden, wenn nur der Wert des Rechts (durch entsprechende Meliorationen) dem Successor erhalten bleibt (cf. Pollock, Grundbesitz S. 248). — Als legal estates for life kommen in Betracht die estates by the courtesy of England, in dower und of tenant in tail after possibility of issue exstinct; der letztere Fall ist bereits oben beim entail erwähnt; die beiden ersten gehören dem ehelichen Güterrecht an, und zwar ist die courtesy of England das Leibzuchtrecht des Mannes am gesamten Immobiliarnachlaß der Frau bei beerbter Ehe, dower (doarium, dos) die gesetzliche Leibzucht der Frau an einem Teil (maximal 1/3) der Immobilien des verstorbenen Mannes (s. u. § 9).

c) Eine untergeordnete Art der estates bilden, als estates less then freehold, die drei Formen der estates at will, estates by sufferance und estates for years; sie sind chattels real (s. o. u. 1) und unterstehen im Gegensatz zum freehold dem Mobiliarrecht, was praktische Bedeutung besonders für die rechtsgeschäftliche Begründung dieser Rechte (nicht livery of seisin, sondern formloser Vertrag, neuerdings deed, d. i. gesiegelter Vertrag), für ihre Vererbung und in Einzelpunkten auch für ihre Verfolgung hat. Der tenant at will steht in einem dinglichen, aber sowohl von seiner Seite wie seitens des Vergabenden jederzeit willkürlich lösbaren Verhältnis zum Gut; doch gilt zu seinen Gunsten gegenüber dem Herrn der Satz: „wer säet, der mähet," und andererseits kann er nicht durch vorzeitige Aufgabe des Gutes der Zahlung der laufenden halb- oder vierteljährlichen Zinsraten sich entziehen. Charakteristisch für das englische Immobiliarrecht ist, daß sogar der tenant at sufferance einen estate, also ein dingliches Recht hat, obwohl es sich dabei nur um Personen handelt, welche über die Dauer eines ihnen eingeräumten, zeitlich begrenzten Rechts hinaus in possession geblieben ist; freilich kann dieser tenant jederzeit entfernt werden, doch unterliegt er nicht der trespass-Klage (u. Nr. 8). Weit wichtiger als diese beiden Arten der chattels real aber sind die estates for years; in ihrem Wesen von einheitlicher Gestaltung, zerfallen sie in der praktischen Anwendung doch wieder in zwei Gruppen. Einerseits stellen sie die regelmäßigen Formen der englischen Immobilienmiete und -Pacht (lease) dar; hier wird der estate auf eine mäßige Anzahl von Jahren begründet: die Gebäudemiete vielfach auf 99 Jahre, neuerdings auf 80 Jahre, die Landpacht auf 21 Jahre oder sehr häufig von Jahr zu Jahr, d. h. mit Kündigung von Jahr zu Jahr, bei Bergwerken auf 60 Jahre; der leaseholder hat dingliches Recht und unterliegt dem außergerichtlichen Selbstpfändungsrecht des Vermieters bezw. Verpächters; er muß die Regel superficies solo cedit gegen sich gelten lassen (ein Anwendungsfall sind die großstädtischen building leases, d. h. die Verpachtung großstädtischer Grundstücke an Bauunternehmer zur Besetzung mit Gebäuden, die nach 99 Jahren in möglichst verfallenem Zustande dem Verpächter verbleiben); das Ersatzrecht des tenant wegen Verwendungen ist nur unvollkommen geregelt, obwohl besonders für die ländliche Pacht, die reguläre ländliche Wirtschaftsform Englands, neuere Gesetze (Agricultural Holdings Acts von 1875, 1883) die Stellung des tenant gegenüber dem landlord nach den verschiedensten Richtungen zu bessern suchten. Auf der andern Seite werden die estates for years, besonders bei Familienstiftungen, zu Sicherungszwecken verwendet: ein estate for years wird auf 300, 400, 999, 1000

Jahre für trustees bestellt, welche aus dem Erlöse eine Rente auszahlen, den Rest dem Eigner des Grundstücks belassen; das Verhältnis kann außer durch Erledigung des Stiftungszwecks vor allem durch Konsolidation (merger) enden.

d) Unter den bedingten estates (e. upon condition) hat sich vor allem das mortgage, das Pfandrecht, zu einem besonderen Rechtsinstitut ausgewachsen. Obwohl schon dem angelsächsischen sowie dem anglonormannischen Recht ein als dingliches Recht an fremder Sache erscheinendes Nutzungspfand nach Art der deutschen älteren Satzung bekannt ist, hat sich doch das geltende englische Pfandrecht aus dem ebenfalls früh auftretenden Proprietätspfand, der Sicherung durch resolutiv bedingte Übereignung, entwickelt und zeigt noch heute deutlich die Spuren dieses Ursprungs. Das moderne Immobiliarmortgage ist die formgerechte Übertragung des Immobiles an den Gläubiger (mortagee) mit der Beredung, daß es bei rechtzeitiger Zahlung der Schuld an den Verpfänder (mortgagor) zurückfällt, sowie mit der weiteren Beredung, daß der Schuldner bis zum Stichtage im Besitze des Pfandes bleibt. Das schwer zu konstruierende Verhältnis (vgl. dazu Franken, Franz. Pfdr. 163[1], Brunner, Sav.-Z. 17, 132) entspricht praktisch einer Hypothek mit Verfallklausel. Doch ist diese gemeinrechtliche harte Form seit der Zeit Jakobs I. allmählich durch das Equity-Recht, allerdings in sehr verwickelter Weise (s. die Beurteilung bei Pollock, Grundbes. 181) gemildert worden: der Schuldner hat auch nach dem Verfalltage die „equity of redemption", das unverzichtbare Recht auf Wiedereinlösung des verfallenen Pfandes durch Zahlung der Schuld, und zwar 12 Jahre (vor 1874 20 Jahre), gerechnet von der (fakultativen) Besitzergreifung des Pfandes durch den Gläubiger oder auch von einem bloßen Anerkenntnis an; der Gläubiger wiederum ist ebenfalls 12 Jahre lang (von der letzten Teilzahlung an) zur Besitzergreifung berechtigt; er kann außerdem aber auch innerhalb der Redemptionsfrist — bei Nichtzahlung von Kapital bezw. Zins innerhalb reasonable time — ein judgement for foreclosure erwirken, welches (bedingt, d. h. bei Nichtzahlung innerhalb kurzer Frist, als „rule nisi") den Verfall ausspricht, und an dessen Stelle auch der Verkauf des Pfandes angeordnet werden kann. Letzteres Ergebnis kann übrigens auch durch eine von vornherein in den Vertrag aufgenommene Distraktionsklausel (power of sale) erreicht werden. — Dem Schuldner wird bis zur endgültigen Lösung des Verhältnisses nur ein equitable estate neben dem legal estate des Gläubigers zugesprochen. Kraft dieses equitable estate ist es ihm aber dauernd möglich, weitere Pfandrechte — und zwar formlos, insbesondere durch bloße Hinterlegung seiner Erwerbsurkunden — zu bestellen, so daß also immer nur der erste Pfandgläubiger ein legal estate, die folgenden nur equitable mortgages haben. Für den Rang der Pfandrechte gilt der Satz prior tempore potior iure. An Offenkundigkeit des Pfandrechts fehlt es; nur in sehr geringem Umfange wird von der Möglichkeit einer Registrierung Gebrauch gemacht (s. u. Nr. 7). Doch besteht zum Schutz gegen heimliche Pfandbestellungen das eigentümliche Recht des tacking: ein nachstehender Pfandgläubiger hat das Recht, den ersten Pfandgläubiger auszuzahlen und damit unter Verdrängung aller ihm unbekannt gewesenen Zwischenhypotheken mit seiner eigenen Forderung an die erste Stelle zu rücken, ebenso wie der erste Pfandgläubiger selbst, sofern er von nachfolgenden Hypothekaren nichts wußte, jederzeit durch Neukreditierung an den Schuldner seine Hypothek zum Schaden der Nachhypothekare erweitern kann (vgl. Salomonsohn, Der ges. Schutz der Baugläubiger S. 27 ff.).

Als „nicht gesetztes sondern genommenes mortgage" (Franken) erscheint (seit dem II. Westminsterstatut Edwards I.) der estate by elegit, d. i. die durch Einweisung seitens des Sheriffs entstehende Judikatshypothek am schuldnerischen Immobiliarvermögen, — und zwar seit 1 and 2 Vict. c. 110 am ganzen, früher nur am halben Vermögen (vgl. Schuster, Rechtspflege 216). Das vifgage, das besonders als sog. welsh mortgage auftretende Nutzungspfand mit Amortisationswirkung, ist heute nicht mehr üblich, ebensowenig seine alten „genommenen Nebenformen", die estates by statute merchant und by st. staple, die ursprünglich zur Sicherung von Handelsforderungen, seit Heinrich VIII. zur Sicherung auch anderer Forderungen bestimmt waren.

e) Von den incorporeal hereditaments (o. Nr. 1 und 3) sind hier —

im Gegensatz zu den bloßen Anwartschaften — die purely inc. her. zu erwähnen, dingliche Rechte, welche nicht die volle Sachnutzung gewähren. Es handelt sich dabei zunächst um die Prädialservituten; diese sind entweder easements, welche lediglich zur Benutzung des fremden Grundstücks berechtigen (rigths of way, light etc.) oder profits à prendre, welche zugleich zur Substanzentnahme berechtigen. Zur letzteren Kategorie pflegte man die commons zu rechnen, die alten genossenschaftlichen Mitgliedsrechte bezw. mitgliedschaftlichen Sonderrechte auf Weide (pasture), Fischerei in Privatgewässern (piscary), Holzung (estover, estouvier) u. s. w.; seit dem Statut von Merton (20 Henr. III. c. 4, 1236) hatten die Gutsherren das gefährliche Recht, durch Einhegungen (inclosure) die commons (of pasture) zu beseitigen, und sie haben zur Zeit der gentry-Herrschaft davon den rücksichtslosesten Gebrauch gemacht; erst durch neuere Gesetze (41 Geo. III. c. 109, 8/9 Vict. c. 118 von 1845) ist eine geordnete Form der Einhegung und Verkopplung geschaffen. — Des weiteren gehören zur Gruppe der incorporeal hereditaments aber auch die Reallasten, und zwar neben dem im 19. Jahrhundert abärierten und auf die Getreidepreise reduzierten Kirchenzehnt (tithe) und den alten Hörigkeitslasten (rents-service) vor allem die rents-charge, d. s. die vorbehaltenen und die — häufigen — gekauften Renten an freiem Gut, begründet durch Testament, Ehevertrag oder Registrierung, und heute grundsätzlich, auch ohne besondere Klausel, mit dem Selbstpfändungsrecht ebenso ausgestattet wie von alters die — durch den eventuellen Rückfall gesicherten — rents-service. Ferner werden hierher die nutzbaren Regalien und Hoheitsrechte (franchises oder liberties) gerechnet, d. h. außer dem Recht zur Abhaltung von Märkten (fair, market), und dem Fährrecht (ferry) vor allem das Jagdrecht in seinen verschiedenen Formen (forest, chase, park, freewarren), insofern es auf Grund der noch aufrechterhaltenen königlichen Einforstungen gewisser Bezirke an Private vergeben ist, während außerhalb dieser Einforstungen an Stelle des alten normannischen, in der carta de foresta 1217 gemilderten Jagdregals, das allmählich in ein Jagdrecht der gentry übergegangen war, seit 1831 (1. and 2. Will. IV. c. 32) die freie Jagd der Grundbesitzer besteht; auf königlicher Vergabung beruht ebenfalls das hierhergehörige Fischereirecht in öffentlichen Gewässern (free-fishery). Schließlich sind incorp. her. das in England sehr häufige Patronat (advowson), sowie eine Reihe dem öffentlichen Recht angehöriger Gerechtsame (pensions, offices etc.). — Die incorporeal hereditaments sind, wie erwähnt, nicht estates, sondern Gegenstand von estates. Sie sind regelmäßig subjektiv dinglich, und zwar entweder appendant, d. i. notwendig und immemorial mit einem Grundstück verbunden, oder appurtenant, d. i. zufällig durch Rechtsgeschäft verbunden; sie erscheinen aber zum Teil auch „in gross", d. h. als subjektiv-persönliche Rechte, z. B. die rents-charge.

Pollock and Maitland II S. 1 ff.; Blackstone, II besonders ch. 2, 3, 8—11; Stephen, b. II p. 1 ch. 3—6; Chambers, On estates, 1824; Preston, On estates, 1821—27; Leake, Digest of property in land, 1888; Lightwood, Treatise on possession of land, 1894; Woodfall-Lely, Landlord and tenant, 1898[6]; Fisher, Law of mortgage, 1883[4]; Coote, Treatise on mortgage, 1884[5]; Robbins, Treatise on mortgage, 1897.

5. Die Anfallsrechte (estates in exspectancy). Im Gegensatz zu den estates in possession, den präsenten Rechten (kraft deren man natürlich nicht in actual possession of the land zu sein braucht, so daß selbstverständlich im Falle der Dejektion das right of possession fortbesteht) stehen, wie erwähnt, die Anfallsrechte: reversion und remainder, dem mittelalterlich-deutschen anevelle entsprechend. Reversion ist das Recht auf den Rückfall des Guts für den Fall der Beendigung eines aus dem estate im Wege konstitutiver Succession abgezweigten estate minderen Inhalts (z. B. Rückfall an den Inhaber des fee simple nach dem Tode des Leibzüchters). Ein remainder anderseits entsteht, wenn der Bestelter eines minderen estate (particular estate) die reversion nicht für sich behält, sondern gleichzeitig an eine dritte Person — eben als remainder — überträgt: z. B. der Inhaber des fee simple überträgt zugleich mit Bestellung einer Leibzucht zu Gunsten des A für die Zeit nach deren Beendigung dem X und dessen Erben das fee simple; dann sind X bezw. seine Erben remaindermen, Anwärter. Die Bedeutung des remainder-Instituts erklärt sich aus dem Satze der alten common law, daß ein

freehold-estate (oben Nr. 4 ad a und b) nur durch Inveſtitur (livery of seisin, ſ. u. Nr. 7) begründet werden kann: dieſe ließ ihrer Natur (als reale Beſitzeinweiſung) nach die Beſtellung eines ſuspenſiv bedingten oder befriſteten freehold-estate nur zu, wenn gleichzeitig unbedingt und unbefriſtet ein minderer estate, der particular estate, beſtellt wurde, ſo daß der remainderman ſeinen estate ebenfalls ſofort erwarb, nur eingeſchränkt durch den particular estate; zugleich iſt die Folge dieſer Geſtaltung, daß nicht zwei estates in remainder von gleichem Umfange (alſo z. B. zwei verſchieden bedingte Anwartſchaften auf fee simple) nebeneinander gleichzeitig beſtehen können, mehrere remainders vielmehr nur in Abſtufungen vom Weiteren zum Engeren ſich vertragen, und daß ferner der auf eine ungewiſſe Tatſache abgeſtellte remainder (ſog. contingent remainder, z. B. der remainder für einen nasciturus) grundſätzlich nichtig iſt, wenn ſein particular estate (z. B. die Leibzucht eines andern) vor Eintritt des ungewiſſen Ereigniſſes endet. Alle dieſe ſtarren Sätze ſind aber durch die formlos beſtellbaren uses und trusts (ſ. o. § 5 Nr. 3) gemildert, welche vor allem das Nebeneinanderbeſtehen mehrerer verſchieden bedingter, gleichartiger estates (des einen als legalen des Treuhänders, anderer to the use Dritter) ermöglicht und in Verbindung mit der modernen Geſetzgebung (11 Wilh. III. c. 16; 8/9 Vict. c. 108; 40/41 Vict. c. 33) und der milderen Behandlung der in letztwilligen Verfügungen beſtellten remainders insbeſondere auch eine favorablere Auslegung der contingent remainders herbeigeführt haben. Das komplizierte remainder-Inſtitut — bei uns zum größten Teil durch Grundbucheintragungen und Vormerkungen erſetzt — zeigt wie wenig andere die Fortentwicklung der alten common law durch das Billigkeitsrecht und das Unausgeglichene des daraus reſultierenden modernen Rechtszuſtandes.

Pollock and Maitland II, 21 ff.; Blackstone II, ch. 13; Stephen II, 1, ch. 7; Renton, Encycl., und Wertheim, s. v. remainder; Gundermann, S. 233 ff.; Fearne, Contingent remainders, 1844[10]; dazu Coote, Analysis of Fearne, 1814.

6. Die Mitberechtigungen, im Gegenſatz zum Einzelrecht (estate in severalty), entſprechen dem deutſchen Geſamthandverhältnis, zumal in der Hauptform, der joint-tenancy. Dieſe iſt Geſamtberechtigung auf Grund einheitlichen, als Parteiakt ſich darſtellenden (ſ. u. Nr. 7 purchase) Titels; ſie ſchließt zwar die Veräußerung des ideellen Anteils ſeitens eines Mitberechtigten unter Lebenden nicht aus, wohl aber teſtamentariſche Verfügung; denn ſie iſt grundſätzlich mit dem ius accrescendi (right of survivorship) ausgeſtattet; Teilung konnte nach alter common law nicht verlangt werden, wohl aber ſeit Einführung des writ of partition (1539/40). Eine jüngere, etwas freiere Form iſt die tenancy in common, die Gemeinſchaft auf Grund verſchiedener Titel (verſchiedener Art, Alters u. ſ. w.) ohne ius accrescendi: als tenants in common gelten in allen Fällen geſamtberechtigte Kaufleute (ius accrescendi inter mercatores locum non habet). Endlich iſt eine beſondere Form des Geſamtrechts, die coparcenary, die Gemeinſchaft von Miterbinnen nach common law, nach lokaler Gewohnheit (gavelkind) auch von männlichen Miterben, ſchon im Mittelalter auf einſeitiges Verlangen teilbar, ohne Akkreszenz. (Gundermann, 246 ff., Stephen, II, 1 ch. 8, Lexika s. v. joint tenancy.)

7. Die Erwerbsformen der dinglichen Rechte werden herkömmlich geteilt in die titles by act of law, d. ſ. descent, Inteſtaterbfolge, escheat, Heimfall, und die familienrechtlichen Fälle courtesy und dower, und anderſeits die titles by act of the party oder die Fälle der purchase (perquisitio), d. ſ. außer der occupancy und der forfeiture (Verwirkung) die alienation (conveyance, voluntary transfer), und zwar rechnet man zur alienation nicht nur die Übertragung unter Lebenden, ſondern auch die conveyance by devise, d. h. durch Teſtament. Obwohl descent und devise herkömmlich beim Erwerb der dinglichen Rechte behandelt werden — das Blackſtoneſche Syſtem ähnelt hier wie in manchen anderen Punkten den gleichzeitigen naturrechtlichen Syſtemen, deren Niederſchlag auch das preußiſche Allgemeine Landrecht bildet — ſind ſie hier beim Erbrecht zu betrachten (ſ. u. § 8); escheat und forfeiture ſind bereits erwähnt (ſ. o. Nr. 2); letztere iſt unpraktiſch, und escheat nur noch bei erbloſem Tod und zwar in aller Regel nur als Heimfall an die Krone noch praktiſch (ſ. u. § 8); die Okkupation,

occupancy, ist infolge des mit der Eroberung durchgeführten Lehnsgedankens im englischen Recht nur in sehr geringem Umfange von Bedeutung, und der einzige hierhergehörende Fall (Okkupation in der Zeit nach dem Tode eines tenant pur autre vie bis zum Tode des cestuy que vie) ist durch neuere Statuten (welche eine letztwillige Verfügung in diesem Falle zulassen) tatsächlich beseitigt (29 Karl II. c. 3; 7 Will. IV. und 1 Vict. c. 26), während die Sätze über Alluvion, Avulsion, insula nata zwar herkömmlich im Zusammenhange mit der Okkupation behandelt werden, aber als selbständige Fälle des Rechtserwerbs, zum Teil in Anlehnung an Azos Lehre (Güterbock, Bracton 70 ff.), sich geregelt haben. Eine Ersitzung tritt für corporeal hereditaments lediglich infolge der restlosen Verjährung (limitation) der Immobiliarklagen (o. § 4, 2) zu Gunsten des Besitzers ein (adverse possession vgl. Gundermann 179), so daß die Verjährung zugleich konstitutiv wirkt; dagegen gibt es eine Immemorialersitzung (prescription) der incorporeal hereditaments, abweichend von der alten common law geregelt durch die prescription act von 1832 (2/3 Will. IV. c. 71).

Die wichtigste und praktisch bedeutsamste Erwerbsform ist, abgesehen vom Erbgang, hiernach auch für das englische Recht die freiwillige rechtsgeschäftliche Übertragung, die alienation. Sie erfolgte nach englisch-normannischem Brauch, der in dem alten angelsächsischen, vom kanonischen Urkundenwesen beeinflußten Rechtszustand (Brunner, Urkunde 149 ff.) wichtige Anknüpfungspunkte finden mußte, in der Form des feoffment, der Belehnung. Diese zerfällt entsprechend der kontinentalen Gestaltung in die Herstellung des persönlichen Treuverhältnisses durch das feierliche homage oder die einfachere (besonders bei Verleihung von socage [s. o. Nr. 2] anwendbare) fealty und in die Herstellung des dinglichen Verhältnisses durch die gewöhnlich mit homage bezw. fealty zusammenfallende (Gundermann, 202) Übertragungserklärung, die Investitur; an diese muß sich nach englischer Auffassung aber grundsätzlich stets die reale Besitzeinweisung, die livery of seisin schließen, so daß man sich (eine Frucht vorübergehender Einwirkung der röm. Traditionslehre) mit der Herstellung bloß ideeller Gewere durch Symbole nicht begnügte. Die livery of seisin erfolgte in deed, d. h. unter feierlicher Überreichung der über das Geschäft aufgenommenen Urkunde (deed, von alters gebräuchlich, obwohl Schriftlichkeit erst 1677 essentiell wird) nebst Investitursymbolen auf dem Grundstück (vgl. Brunner, Forsch. 618 f., auch 4 ff), oder (formloser) in law durch bloße Erklärung angesichts des Grundstücks, der aber die reale entry später folgen mußte. Nicht in Betracht kam die livery of seisin bei Übertragung der estates an incorporeal hereditaments (oben Nr. 3 und 4e), da sie nicht die seisin gewähren: hier genügte schon im Mittelalter die bloße traditio cartae, die Veräußerung (grant) durch Urkunde. Die allmähliche Verallgemeinerung dieser Form wurde — abgesehen von dem Schwinden des Lehnsgedankens, insbesondere nach der persönlichen Seite — angebahnt durch das Statute of Uses von 1535 (s. o. § 5 Nr. 3). Nach diesem gab nämlich die Übertragung eines use den legalen Besitzstand; der Rechtserwerb wäre daher durchaus formlos und geheim (durch bloßes bargain and sale) möglich gewesen; um dies zu vermeiden, wurde aber gleichzeitig angeordnet (27 Henr. VIII. c. 16), daß die Übertragung der freehold estates (falls nicht das alte feoffment mit livery of seisin gewählt wurde) nur durch Übergabe einer gesiegelten Urkunde (deed) und enrolment dieser Urkunde in Westminster oder beim Grafschaftsgericht erfolgen könne. Hierin lag der Keim zu einem Buchsystem; er wurde aber von dem auf seine Notariatspraxis erpichten Juristenstand erstickt: da die Übertragung eines estate less than freehold (s. o.) auch ohne enrolment möglich geblieben war, ließ man den Veräußerer eines freehold estate dem Erwerber zunächst durch einfaches deed einen term for years (lease) bestellen und erst am Tage darauf auch seine reversion — und zwar als incorporeal hereditament lediglich durch Übertragung eines anderen deed — an den Erwerber übertragen; der term for years ging damit durch Konsolidation (merger) unter. Dieses Verfahren, als lease and release bezeichnet, seit Anfang des 17. Jahrhunderts endgültig anerkannt, verdrängte allmählich die beiden andern Formen des feoffment und enrolment (sog. bargain and sale enrolled) tatsächlich fast ganz und wurde zur möglichsten Sicher-

stellung des Erwerbers immer freier entwickelt. Im Jahre 1845 (8/9 Vict. c. 106) wurde dann bestimmt, daß nicht mehr zwei Urkunden, lease und release, übergeben zu werden brauchten, sondern daß eine einzige gesiegelte Urkunde auch zur Übertragung von freehold estates genügt. Die Publizität der Rechtsübertragung fehlt hiernach regelmäßig in England, da feoffment und enrolment nur selten praktisch sind; die Notariatspraxis (conveyancing) hat die Entwicklung von Grundregistern, die seit 1503 in Schottland und seit 1707 in Irland bestehen, zurückgehalten; nur für die copyholders der Gutsherrschaften bestehen seit alters die Gutsrollen (rotuli curiae; s. o. Nr. 2) und für York, sowie — ohne Erfolg — für Middlesex wurden im Anfang des 18. Jahrhunderts, für Bedford 1663 Registrierungen eingeführt. Erst im 19. Jahrhundert begann man eine allgemeine Grundbuchgesetzgebung anzustreben (vgl. Pollock-Schuster, Grundbesitz 224 ff.). Dies führte zu den Land Transfer Acts von 1875 (38/39 Vict. c. 87) und 1897 (60/61 Vict. c. 65): das Land Registrar Office registriert danach alle Rechtsveränderungen, jedoch ist der Antrag fakultativ, und nur die Eintragung der gerichtlichen Exekutionsverfügungen ist obligatorisch. Für einzelne Grafschaften aber kann mit Zustimmung des Grafschaftsrates die Eintragung obligatorisch gemacht werden. Von einem durchgeführten Grundbuchsystem ist keine Rede; die traditio per cartam herrscht in der Praxis durchaus. — Über die besonderen Rechtserwerbsformen: record, exchange, partition, confirmation, release, surrender, assignement s. Stephen II, 1 ch. 17 und 21, Gundermann, 225 ff.

Pollock and Maitland, besonders II S. 80 ff.; Blackstone II ch. 15 ff.; Stephen, b. II p. 1 ch. 10 ff.; Wharton, Principles of conveyancing, 1851; Elphinstone, Introduction to conveyancing, 1900[5]; Hood and Challis, Conveyancing and settled land acts, 1898[5]; Cherry and Marigold, Land transfer acts, 1899.

8. Die Immobiliarklagen haben sich nach der Eroberung im Anschluß an das normannische Recht entwickelt (Brunner, Schwurgerichte 293 ff.), und zwar erschienen neben den petitorischen auch possessorische Klagen, die unabhängig von den römischen Interdikten ausgebildet und höchstens im Grundgedanken durch das kanonische Recht beeinflußt worden sind. Unter den petitorischen Klagen ist die wichtigste das breve de recto (writ of right), der dinglichen Klage des m.-a. deutschen Rechts entsprechend (ein Anwendungsfall ist writ of r. of dower); die wichtigste possessorische Klage ist die assissa novae disseisinae (assise of novel disseisin), gestützt auf frische Dejektion aus der Gewere: daneben erschien die assissa mortis antecessoris (des Erben), assisa de consanguinitate u. s. w., sowie die iuratae, „fortgebildete Besitzklagen", namentlich die Wittumsklagen (writ of d. unde nihil habet), die possessorische Patronatsklage (quare impedit) und vor allem das breve de ingressu (writ of entry; über diese Klagen s. Gundermann 318 ff., Brunner l. c.). Das schwerfällige Verfahren aller dieser Klagarten führte indessen seit Heinrich VII. dazu, daß man an Stelle dieser Realklagen eine petitorische mixed action, die bequemere actio de eiectione firma, action of ejectment anwendete: Ursprünglich nur personal action auf Schadensersatz, wurde sie allmählich daneben auch auf Besitzrestitution gewährt, und zwar war sie zunächst nur die Klage eines dejizierten Pächters, wurde aber durch die merkwürdige Fiktion, daß sie sich zwischen einem dejizierten und einem dejizierenden Pächter abspiele und die eigentlichen Parteien nur in deren Parteirolle succedierten, auch für die Entziehung (ouster) anderer chattels real und aller corporeal hereditaments verwendbar. Das Verfahren ist dieser Fiktion erst 1852 (15/16 Vict. 76) und durch die Judicature Act von 1873 völlig entkleidet worden, nachdem die meisten Realklagen auch formell durch 3/4 Will. IV. c. 27 (1833) beseitigt waren; die Klage wird jetzt als action for the recovery of possession of land bezeichnet. Auch die alten Wittumsklagen und die Patronatsklage quare impedit, welche die übrigen Realklagen überdauert hatten, sind durch die common law procedure act von 1860 (23/24 Vict. c. 126) dem ordentlichen Verfahren unterworfen und jetzt petitorisch. — Die der actio negatoria entsprechende action of nuisance (als action on the case an Stelle der alten assise of nuisance und des writ of right quod permittat prosternere getreten) ist lediglich Schadensklage. Zur Sicherung gegen schädigende Hand-

lungen des Inhabers eines particular estate (s. o. Nr. 5) dient ebenfalls eine an Stelle der alten mixed action of waste getretene reine Schadensklage (a. on the case for damages), und auch zur Sicherung von incorporeal hereditaments dienen — abgesehen von der Patronatsklage — bloße Schadensklagen (a. on the case of disturbance): auch diese sämtlich jetzt dem ordentlichen Verfahren unterworfen.

Pollock and Maitland II S. 29 ff., S. 510 ff.; Blackstone III ch. 10 ff.; Stephen, b. V ch. 6 und bes. ch. 7; Güterbock, Bracton § 19, 20; Gundermann, Brunner l. l. c. c., Hensler, Gewere S. 419 ff.

9. An den beweglichen Sachen (movable goods, choses in possession als Teil der personal property) besteht seit alters in England volles Privateigentum; der germanische Charakter dieses Fahrniseigentums zeigt sich dabei besonders in der Entwicklung der Fahrnisklage: dem angelsächsischen und anglonormannischen Recht ist der Satz „Hand wahre Hand" bekannt, und der zu Bractons Zeit zur Vindikation ausgewachsenen Diebsklage kann der Erwerb auf offenem Markt entgegengehalten werden, freilich nur zur Vermeidung der Diebstahlsstrafe, nicht auch der Sachherausgabe; diese dingliche Klage wird aber noch im 13. Jahrhundert durch eine bloß persönliche Schadensklage gegen den Dieb selbst (action of trespass de bonis asportatis) abgelöst, während anderseits anvertraute Sachen vom Vertrauensmann (bailee) lediglich mit der Vertragsklage (action of detinue) herausgefordert wurden, so daß es gegen Dritte zunächst in keinem Falle eine Klage mehr gab; erst allmählich wurde dies durch Ausdehnung der detinue-Klage und (16. Jahrhundert) Gewährung der ebenfalls persönlichen Fundklage (trover) gegen dritte Erwerber gebessert. Daher gibt es im englischen Recht noch heute keine Realklage zum Schutz des Fahrnisrechts, sondern nur personal actions, die allerdings seit Beseitigung der alten Klagformen und seit Durchdringen des Gedankens der specific performance (s. o. § 2, b) bei sehr erleichterter Klagebegründung zum gleichen Resultat wie Realklagen führen.

Für den Erwerb des Fahrniseigentums kommt in Betracht die Okkupation (occupancy), zu der man außer der occupatio bellica und dem Jagderwerb (game s. o. Nr. 4 e) auch die in Anlehnung an das römische Recht geregelten Fälle der accession (insbesondere Fruchterwerb und Spezifikation) und der confusion rechnet; der Funderwerb hat dagegen keine selbständige Bedeutung, weil die von Dieben aufgegebenen Sachen (waifs), das Strandgut (wreck), verlaufene Tiere (estrays) ebenso wie der Schatzfund der Krone gebühren (Stephen, b. IV, 1 ch. 7) und im übrigen die Fundklage (action of trover) des Verlierers gegen jeden Fundbesitzer gegeben ist. Am wichtigsten ist natürlich auch für Mobilien die freiwillige Übertragung; sie erfolgte im alten Recht nur durch livery of seisin, also durch körperliche Tradition, neben die dann allmählich die Veräußerung durch gesiegelte Urkunde (deed) und die praktisch wichtigste durch einfachen Kaufvertrag (sale) getreten ist. Die Veräußerung durch körperliche Tradition (gift and delivery) ist im übrigen formlos und kann auch durch Anweisung an den Verwahrer, durch warrant (vgl. Hecht, Warrants 1884) oder Konnossement vollzogen werden; die Veräußerung mittelst deed erfolgt durch die bloße Aushändigung der formgerechten Urkunde. Der bloße Kaufvertrag überträgt das Eigentum sofort, wenn er unbedingt und unbefristet ist (sale im Gegensatz zu dem bedingten oder befristeten agreement to sell); der Abschluß des Kaufs erfolgt durch Einigung über Ware und Preis, wozu — wie schon Glanvilla hervorhebt — entweder Teilleistung oder Teilzahlung oder ein Handgeld (earnest) treten muß; auch das für diese Materie sehr wichtige Statute of Frauds von 1677 (29 Car. II c. 3 s. 17) fordert für Kaufverträge mit dem Preise von 10 Pfund Sterling einschließlich aufwärts diese Abschlußformen oder aber einfache Schriftlichkeit. Diese Bestimmung ist in der die ganze Materie kodifizierenden Sale of Goods Act von 1893 (56/57 Vict. c. 71) s. 4 wiederholt. Der sofortige Eigentumsübergang kann ausdrücklich oder stillschweigend ausgeschlossen werden; bei nachträglicher Aussonderung, Herrichtung u. s. w. erfolgt er übrigens im Zeitpunkt der Kenntnisnahme dieser Vorgänge seitens des Käufers. Eigentum kann grundsätzlich nur der Eigentümer übertragen, doch ist Erwerb vom Nichteigentümer seit

alters möglich, vor allem in dem (jetzt s. 22 l. c. anerkannten) Fall des gutgläubigen Kaufs auf offenem Markt (market over, wozu die offenen Läden der City von London gehören), sofern nicht die Sache durch kriminell bestraften Diebstahl abhandengekommen ist, ferner bei Erwerb vom Verkäufer mit anfechtbarem, aber noch nicht angefochtenem Erwerbstitel, endlich (auf Grund der Factors Act 1889, 52/53 Vict. c. 45) beim gutgläubigen Erwerb von kaufmännischen Agenten oder Kommissionären, die ihre Verfügungsbefugnis überschreiten, sowie bei gutgläubigem entgeltlichem Erwerb von Geld, Banknoten und Inhaberpapieren. Der Verkäufer hat das right of stoppage in transitu. (Im übrigen vgl. Stephen, book II, 2 ch. V s. 7, ch. IV; Renton, Wertheim, s. v. sale.) Die Mitberechtigungsformen der joint-tenancy und der tenancy in common (s. o. Nr. 6) kehren auch beim Fahrniseigentum wieder.

Ein Pfandrecht an Fahrnis kann in zwei Formen bestellt werden. Einmal als mortgage, also durch bedingte Eigentumsübertragung mittelst deed (bill of sale) mit Verbleib des Pfandes in der Hand des Schuldners, Mobiliarhypothek mit Verfallklausel. Die gefährliche Natur dieses Geschäfts hat die Gesetzgebung zu einschränkenden Bestimmungen, im 19. Jahrhundert zu den Bills of Sale acts von 1854, 1878, 1882 (45/46 Vict. c. 43), ergänzt 1890 und 1891, geführt; danach bedarf die bill of sale, die Verpfändungsurkunde, der Registrierung beim Bill of Sale Department der Zentraloffice des Supreme Court; nicht formgerechte und nicht registrierte bills sind nichtig. Anderseits kann die Verpfändung durch pawn (pledge) zum Faustpfand erfolgen: hier entsteht für den Gläubiger (pledgee) nur ein dingliches Recht an fremder Sache (sog. special property, mit trover- und detinue-Klage); bei Nichtzahlung zum vereinbarten Termin oder nach erfolgloser Mahnung im Falle der Nichtvereinbarung eines Termins kann er zum Privatpfandverkauf schreiten; die Hyperocha, surplus, gebührt dem Schuldner. Das Gewerbe des Pfandleihers (pawnbroker) ist gesetzlich (jetzt Pawnbrokers Act 1872, 35/36 Vict. 93) streng geregelt. — Über bailments vgl. u. § 7 Nr. 2.

Pollock and Maitland II 148 ff.; Blackstone II ch. 28 ff.; Stephen III p. 2, besonders ch. 2—5; Benjamin, Treatise on . . sale of personal property, 1888; Blackburn, Treatise on sale, 1885[2]; Newbolt, Sale of goods act, 1897; Reed, Bills of sale acts, 1897[11]; Kohler, Arch. f. B. R. 18, 50 ff., Linckelmann daselbst 7, 230 ff.

10. Zur personal property werden auch alle Erfinderrechte gerechnet. Patente für technische Erfindungen wurden schon früh vom Kanzler als Privilegien erteilt; das Statut 21 Jakob I, c. 3 von 1623 (die magna charta des Erfinderrechts, Kohler) regelte den Gegenstand aber zum ersten Male gesetzlich und führte die noch heute bestehende Patentfrist von 14 Jahren ein; jetzt ist maßgebend die Patents, Design and Trade Marks Act von 1883 (46/47 Vict. c. 57), ergänzt durch die gleichnamigen Gesetze von 1885, 1886, 1888, 1901, 1902 und zwar wird das patent right nach Prüfung und Veröffentlichung (mit Einspruchfrist von zwei Monaten für Besserberechtigte) durch das Patent Office dem true and first inventor erteilt und kann veräußert sowie (durch licence) zur Ausübung übertragen werden, wovon im Register Vermerk zu nehmen ist. Dieselben Gesetze haben den Schutz der Muster (Designs) und der Handelsmarken (Trade Marks) auf Grund des Prinzips zentraler Registrierung beim Patentamt neu geregelt. Für das Urheberrecht an Geisteswerken (copyright), zuerst gesetzlich geregelt 1709 durch 8 Anna c. 21, ist jetzt maßgebend die Copyright Act von 1842 (5, 6 Vict. c. 45) mit ihren Ergänzungen von 1862 (fine Arts), 1882 und 1888 (musical compositions), sowie die International Copyright Acts von 1844, 1886, 1896; der Schutz wird für Druckwerke und Kompositionen 42 Jahre, sowie mindestens 7 Jahre nach dem Tode des Autors gewährt (für Werke der bildenden Kunst und Photographie gelten besondere Bestimmungen). Die Rechtsverfolgung ist abhängig von der Eintragung des Werks in die von der Londoner Buchhändlerzunft (Stationers Hall) geführten Register.

Blackstone II ch. 29; Stephen, b. II p. 2 ch. 3; Terrell, Law and practice relating to letters patent, 1895[3]; Edmunds, Copyright in designs, 1895; Derselbe, Law and practice of letters patent, 1897; Kerly, Law and practice relating to letters patent, 1895[2]; Kohler,

Patentrecht; 1901; Derselbe, R. des Markenschutzes, 1885; Derselbe, Arch. f. B. R. 7, 95 ff. Bei Kohler, dem ich auch einige Bemerkungen zum Erfinderrecht verdanke, weitere Literatur.

§ 7. Forderungsrecht.

1. Die Obligationen aus Rechtsgeschäften im allgemeinen. a) Die Entstehungsgründe sind der sog. contract of record, der contract under seal und der simple contract. Die Rekordschulden beruhen auf Gerichtsprotokollen, und zwar handelt es sich (nach dem Obsoletwerden von statute merchant und statute staple; s. o. § 6 Nr. 4d) besonders um die Fälle der Judikatsschuld (judgement) und der recognizances; letztere sind gerichtlich abgegebene Schuldversprechen, resolutiv bedingt durch Vornahme einer bestimmten Handlung (appear at the assise, keep the peace), so daß sie als Mittel der Kautionsbestellung dienen. Die eigentlichen Schuldverträge fallen daher unter die beiden Kategorien des contract under seal, abgeschlossen mittelst Übergabe einer gesiegelten Urkunde (deed), und des simple contract, formlos abgeschlossen, aber einer Gegenleistung, consideration, einer „sachlichen Erwägungsgrundlage" (Hartmann) bedürftig. Das mittelalterlich englisch-normannische Recht kannte in germanischer Weise zunächst nur Formal- und Realkontrakte. Für erstere waren die älteren Abschlußformen (fides facta) bereits zu Beginn des 14. Jahrhunderts durch die Form des gesiegelten Vertrages verdrängt, und es entsprang aus ihnen die action of covenant (breve de conventione, seit Heinrich III, † 1272), während aus den Realverträgen die — ursprünglich für alle Schuldverträge gegeben gewesene — action of debt gewährt wurde. Die action of debt setzte als Realvertragsklage eine Gegenleistung des Versprechensempfängers, ein „quid pro quo", voraus, insbesondere Leistung des Kaufgegenstandes oder umgekehrt Vorauszahlung des Preises, Übergabe einer rückzugewährenden Sache u. s. w.; es genügte aber auch bloße Zahlung eines Handgelds (earnest). Allmählich wurde die Vorleistung in immer weiterem Sinne genommen; man begnügte sich schließlich damit, daß der Gläubiger irgend ein detriment erlitt; diese Entwicklung wurde dadurch unterstützt, daß die alte action of debt immer mehr durch eine prozessualisch leichter durchführbare Deliktsklage, die action of trespass on the case of assumpsit, verdrängt wurde: die a. of assumpsit, eine Abart der wichtigsten Deliktsklage (s. unten Nr. 3), gründete sich ursprünglich auf die Übernahme (daher assumpsit) einer Sache zur Bearbeitung oder sonstigen bestimmten Behandlung, wurde aber allmählich in allen Fällen des Bruchs formloser Verträge gegeben und entwickelte sich dadurch zur wichtigsten Vertragsklage; ihr deliktischer Ursprung hat entscheidend dazu beigetragen, daß im englischen Recht bis in die neueste Zeit aus Verträgen nur auf Schadensersatz und nicht auf Realerfüllung geklagt werden konnte. Immer aber erhielt sich für die simple contracts das Onerositätsprinzip, und zwar bezeichnete man die dem Verpflichteten gewährte Gegenleistung des Berechtigten im Anschluß an die Terminologie der Billigkeitsgerichtshöfe (beim use) als consideration. Seit dem 16. Jahrhundert beherrscht die consideration-Doktrin das englische contract-Recht völlig; keiner consideration bedarf der gesiegelte Vertrag (sealing imports consideration), doch läßt die Praxis auch hier die Einrede einer unlawful oder immoral consideration zu; vermutet wird die consideration beim Wechsel und den sonstigen negotiabeln Papieren (s. u. Nr. 2), sowie beim Vorliegen eines Schuldscheins. Dagegen ist der berühmte Versuch des Lord Mansfield, die schriftlichen Verträge des Handelsverkehrs von dem Erfordernis der consideration zu befreien, erfolglos geblieben. (Vgl. Schuster, in Buschs Arch. f. d. Hand.-Recht 45, 317 ff., 46, 111 ff.; G. Hartmann, im Arch. f. d. civ. Pr. 77, 161 ff.; Grueber, Z. f. vergl. R.-W. 11, 253 ff.; Neubecker, Arch. f. Bürgerl. Recht 22, S. 51 ff.)

Der contract under seal wird durch Ausstellung und Übergabe einer gesiegelten, in herkömmlichen Formen abgefaßten Urkunde (deed) geschlossen. Der Hauptanwendungsfall des deed ist das Immobiliarrecht (s. o. § 6 Nr. 7), wo die Praxis der conveyancer für seine Abfassung eingehende Regeln entwickelt hat; für Schuldkontrakte erscheint er als covenant oder bond (über letzteren unter Nr. 2); er bedarf stets der Siegelung (seal, von den Normannen nach England gebracht); dagegen ist die Unter-

zeichnung (sign) gebräuchlich, aber nicht wesentlich; er muß im Interesse der Beweiskraft durch einen oder zwei Zeugen attested sein. Die Übergabe (delivery) erfolgt in der Praxis zusammen mit der Siegelung durch Auflegen des Fingers auf das Siegel unter entsprechender Übergabeerklärung. Contracts under seal sind besonders für die Rechtsgeschäfte der Korporationen grundsätzlich vorgeschrieben (vgl. o. S. 810).

Der simple contract erfordert consensus und consideration. Die letztere besteht in der Hingabe einer Sache (z. B. der gekauften Ware) oder einem andern Tun zu Gunsten des Versprechenden. Seit dem Ende des 16. Jahrhunderts begnügt man sich aber auch mit einem bloßen bindenden Versprechen des Gegners, so daß das bloße Vorhandensein des Synallagmas genügt. Daher entbehren der Wirkung: das reine Schenkungsversprechen, die unentgeltliche Verbürgung, Verpfändung, Schuldübernahme, aber auch Erlaß und selbst Stundung sowie anderseits nachträgliche Erweiterung der Verpflichtung (z. B. Übernahme nicht vereinbarter Dienstleistung neben der vereinbarten) mangels besonderen Entgelts, und der abstrakte Vertrag ist dem englischen Recht fremd (Neubecker l. c.). Im einzelnen wird gefordert, daß die consideration von dem das Versprechen empfangenden Berechtigten selbst ausgegangen ist (must move from the plaintiff), so daß das englische Recht, von einigen Ausnahmen abgesehen, grundsätzlich keine Verträge zu Gunsten Dritter kennt. Die consideration muß im Kausalzusammenhange mit dem Versprechen stehen und nicht schon aus anderen Gründen (z. B. in Erfüllung einer bereits bestehenden Verbindlichkeit) zu gewähren sein; sie darf grundsätzlich nicht der Vergangenheit angehören (sog. past consideration), doch wird hiervon tatsächlich eine Ausnahme gemacht durch Anerkennung der bindenden Kraft des Versprechens, gewisse sog. imperfect obligations zu erfüllen (insbesondere eine verjährte oder im Konkurs erledigte Forderung zu bezahlen), weil hier nicht sowohl neu versprochen als nur „dem Privileg einer Singulardisposition (z. B. des Verjährungsgesetzes) entsagt" wird; dagegen ist die besonders zu Ausgang des 18. Jahrhunderts zu Lord Mansfields Zeit auftauchende Lehre, daß das Vorhandensein einer moralischen Verbindlichkeit des Versprechenden (als sog. moral consideration) schlechthin genüge, mit Recht als dem Grundgedanken der consideration-Doktrin widersprechend aufgegeben (Eastwood v. Kenyon, 1840). Eine wirtschaftliche Proportionalität zwischen Versprechen und consideration wird an sich nicht gefordert, die consideration braucht sogar einen greifbaren Wert überhaupt nicht zu haben; es genügt, daß sie von den Parteien als benefit oder detriment empfunden wird; doch steht in der heutigen Praxis — unserem Wucherprinzip entsprechend — fest, daß ein Vertrag nichtig ist bei auffallender Unangemessenheit der Gegenleistung, insbesondere bei Ausbeutung der Not des Versprechenden. Die consideration, eine der bedeutsamsten und wertvollsten Eigentümlichkeiten des englischen Rechts, ist verschieden von der römischen causa und entspricht dem germanischen Onerositätsgedanken; sie hat das englische Recht vor den Gefahren völliger Formlosigkeit des Vertragsschlusses bewahrt und steuert vor allem den unbedachten Willenserklärungen (eine eingehende Darstellung der Lehre bei Schuster l. c. Bd. 46; vgl. Hartmann l. c., Wertheim s. v. consideration, Neubecker l. c.). — Der consensus kommt zu stande durch Antrag (offer) und Annahme (acceptance); Offerten in incertam personam kommen vor (Auslobung, reward public offered, Kreditbrief); bindend ist die Offerte nicht, da es notwendigerweise bei ihrer Abgabe noch an einer consideration fehlt; die Offerte muß, falls nicht eine Frist bestimmt ist, innerhalb reasonable time angenommen werden; der Vertrag ist perfekt mit der Annahme, und diese ist erfolgt, sobald die Annahmeerklärung in der vom Offerenten gewünschten Form (Brief, Telegramm, jedoch nicht bloßes Schweigen) aus der Gewalt des Oblaten gekommen ist (vgl. Näheres bei Schuster l. c. Bd. 45). — Für den simple contract ist außer dem consensus und der consideration in gewissen Fällen einfache Schriftlichkeit (note, memorandum im Gegensatz zum deed) vorgeschrieben, vor allem durch das wichtige Statute of Frauds von 1677 (29 Karl II. c. 3) für Versprechen mit Rücksicht auf künftige Heirat, Immobiliarkauf, Schuldübernahme durch Testamentsvollstrecker, Administrator oder einen Dritten, für Verträge über ein Jahr hinaus; ferner ist Schriftlichkeit vor allem für Wechsel vorgeschrieben (s. unten Nr. 2).

Der Inhalt einer Einigung und die Frage der sachlichen Konkordanz der Erklärungen wird beurteilt nach derjenigen Auslegung, welche die Erklärungen durch einen reasonable man, d. h. eine mit Durchschnittseinsicht begabte Person, finden mußte, und nach dem gleichen objektiven Maßstabe wird festgestellt, ob eine Erklärung zu den Geschäftserklärungen gehört (Schuster l. c. 45, 331, Hartmann l. c. 205). In der Lehre vom Irrtum (mistake) unterscheidet man, ob der Irrtum herbeigeführt wird durch das irreführende Verhalten der Gegenpartei (sog. misrepresentation) oder nicht. Ersterenfalls kann es sich um innocent misrepresentation handeln oder um fraudulant m., d. i. Betrug, fraud. Vom Betrug zunächst abgesehen ist Irrtum — bei sehr freier Gebarung der Equity-Praxis in Einzelheiten (vgl. Markby, El. Nr. 750) — Anfechtungsgrund, wenn er bei verkehrsmäßiger Übereinstimmung der Erklärungen die wirkliche Einigung gehindert hat; und zwar wird beachtet der Irrtum über die Geschäftsart (nature of the obligation), über die Person des Gegners, soweit diese nicht verkehrsmäßig unerheblich ist, und über den Gegenstand (subject-matter of the contract, worüber viel Judikatur); die innocent misrepresentation macht dabei charakteristischerweise den Vertrag nur dann anfechtbar (voidable), wenn der Irrende sich nicht über die Frage erkundigen konnte, wenn ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart war, daß es gerade auf den betreffenden Punkt ankommt, und endlich bei den sog. Verträgen uberrimae fidei (Versicherung, partnership, Familienverträge, agency, Gesellschaftsgründungen), wo strenge Aufklärungspflicht dem Gegner gegenüber besteht; im übrigen trägt der Irrende die Folgen unterlassener Erkundigung. Für die Auslegung schriftlicher Verträge hat die Judikatur eingehende Regeln entwickelt und gewährt eine sog. rectification irrtümlich abgefaßter Vertragsbestimmungen. — Betrug (fraud) macht den Vertrag in allen Fällen anfechtbar: „fraud cuts down everything", ebenso Zwang (duress, coercion). Bei Autoritätsverhältnissen (Eltern, Vormund u. s. w.) wird der Beweis von Betrug und Zwang erleichtert durch die Vermutung von undue influence der im Geschäft begünstigten Autoritätsperson. Die verletzte Partei hat in allen Fällen der Willensmängel die Wahl zwischen Anfechtung und Affirmation des Geschäfts; letztere kann nicht nur ausdrücklich erfolgen, sondern auch durch Handeln auf Grund des nichtangefochtenen Geschäfts, sowie durch bloße acquiescence, d. h. durch Nichtanfechtung innerhalb reasonable time dem Gegner oder gutgläubigen Dritten gegenüber. Vgl. Kohler, Dogm. Jahrb. 28, S. 247 ff.

Unerlaubt und nichtig sind Geschäfte gegen die öffentliche Ordnung (public policy, z. B. zum Zweck der Justizverschleppung), gegen common law (dahin gehören vor allem die Geschäfte mit Staatsfeinden und zur Begehung eines civil wrong), sowie gegen die besonderen Statuten, insbesondere gegen die Sonntagsheiligungsgesetze. Neben den express contracts werden von der Praxis seit alters auch sog. contracts implied by law anerkannt. Im weiteren Sinne umfassen sie unsere stillschweigenden Vertragsschlüsse, sowie die aus dispositivem Rechte oder anderweiten Parteierklärungen ergänzten; im engeren Sinne gehört hierher aber nur eine Reihe wichtiger Fälle, in denen ein Vertrag tatsächlich gar nicht vorliegt: vor allem money received for the use of another, d. s. die Fälle der ungerechtfertigten Bereicherung, und zwar condictio indebiti, ob iniustam causam und causa data, ferner money paid for the use of another (z. B. Zahlung des Bürgen; doch muß Zwang zur Zahlung vorliegen, daher nicht der Fall der negotiorum gestio), endlich Anerkennung eines Rechnungsabschlusses (account stated). (Schuster l. c. Bd. 45 S. 326 ff., Hartmann l. c. 210, 222).

Direkte Vertretung beim Geschäftsschluß (agency) ist seit dem 13. Jahrhundert zulässig; Bestellung des Vertreters (agent) ist formlos möglich, mit einigen Ausnahmen auf Grund des Statute of Fraud (lease of land for above three years etc.), sowie besonders bei Vollmacht zur Ausstellung eines deed, die ebenfalls durch deed erteilt werden muß. Die Vollmacht endet mit dem Tode des Vollmachtgebers und ist, abgesehen von einigen Ausnahmefällen (z. B. wenn sie by way of security gegeben ist) frei widerruflich. Der general agent ist auf das Gewöhnliche bevollmächtigt; der special agent „is strictly bounded by the express authority he has received". Ratifikation einer Vollmachtsüberschreitung ist unbeschränkt zulässig; unterbleibt sie, so haftet der Vertreter persönlich auf Erfüllung oder Schadensersatz.

b) Die Leistungspflicht konnte nach gemeinem Recht nicht unmittelbar erzwungen werden; die Klage ging vor den Gerichtshöfen des gemeinen Rechts immer nur auf Schadensersatz (damages), während die Equity-Gerichte innerhalb ihrer Zuständigkeitsgrenzen auf specific performance, auf Realerfüllung erkannten. Seit 1854 wurde letzteres in gewissen, dem öffentlichen Recht nahestehenden Fällen auch bei den vor den common law-Gerichten schwebenden Klagen zulässig, und durch die Judicature acts von 1873 und 1883 ist es ganz allgemein nach dem Ermessen des Gerichts für zulässig erklärt. Im Konkurs (geordnet durch die Bankruptcy acts von 1883 46/47 Vict. c. 52 und 1890 53/54 Vict. c. 7, sowie Ergänzungen von 1884, 1885, 1887, 1888; vgl. Kohler, Konkursr., bes. § 11; Köhne, Z. f. vgl. R.W. V 445; VI 88; Güterbock, Z. f. H.R. I 84, II 19; Inhülsen, L.-L. II, 877) sind nur wenige Forderungen (insbesondere Lohnforderungen) privilegiert, und das Verfahren endet bei leidlichem Ausfall mit einem Entlastungsbeschluß des Gerichts (order of discharge). — Die Vertragshaftung ist im allgemeinen streng: der Verpflichtete wird von der Erfüllung befreit (non-performance is excused), wenn die Leistung nachträglich illegal wird, wenn der Gegner schuldhaft die Erfüllung hindert, wenn bei wechselseitiger Verpflichtung — sei es, daß die Leistung des Gegners die Suspensivbedingung für die Leistungspflicht des Schuldners bildet (condition precedent) oder Zug um Zug zu leisten ist (reciprocal oder concurrent condition) — der Gegner einen Vertragsbruch (breach of contract) begeht; doch ist es Interpretationsfrage, ob in letzterem Falle die Parteien die Verpflichtungen als independent promises gewollt haben, so daß aus dem Vertragsbruch lediglich die Schadensklage zu gewähren ist. Dagegen befreien bloße Schwierigkeiten der Erfüllung und grundsätzlich auch Unmöglichkeit (impossibility) nicht, falls dies nicht besonders bedungen ist; selbst höhere Gewalt (act of God; siehe über diesen Begriff Biermann, Arch. f. Bürg. R. 10, 29 ff.) befreit grundsätzlich nur von gesetzlichen, nicht von vertragsmäßigen Verbindlichkeiten; doch läßt man Entschuldigung mit act of God zu, wenn eine Konventionalstrafe (penalty) vereinbart war; ferner stellt die neuere Praxis die Vermutung auf, daß Befreiung des Schuldners nach dem Parteiwillen eintreten soll bei Unmöglichkeit infolge zufälligen Untergangs, Nichtexistenz (bei Irrtum) und Nichtentstehung einer speziellen geschuldeten Sache, sowie infolge Tod und Krankheit desjenigen, welcher einen persönlichen Dienst leisten sollte. Im übrigen haftet der Schuldner nach der von den Billigkeitsgerichten in Anlehnung an die römische culpa-Lehre entwickelten Praxis für Verschulden (negligence, eingeteilt in slight, ordinary und gross), und zwar gilt der wichtige Satz, daß bei Übernahme jeder Pflicht, welche besondere Kenntnis erfordert, für diese eingestanden werden muß (spondet peritiam actis, spondet diligentiam gerendo negotio parem, imperitia culpae adnumeratur), während in anderen Fällen nach dem Maßstabe eines ordinary, unskilled, intelligent citizen eingestanden wird. Doch wirkt das alte, strengere germanische Haftungsprinzip noch in dem Satz (dazu Biermann l. c.), daß der Frachtführer (common carrier) bei Sachtransporten und der Gastwirt (innkeeper, ähnlich auch der common farrier) bis zum act of God and the kings ennemies haften. Die Haftung für Gehilfen ist — laut der Maxime „respondeat superior" — durchgeführt.

Eine Zession der Forderungsrechte (choses in action) war nach common law in germanischer Weise unzulässig. Das Resultat der Zession konnte nur durch Erteilung einer Vertretungsmacht (power of attorney) erreicht werden. Die Billigkeitsgerichte ließen aber allmählich die Übertragung (assignement) der Forderungen innerhalb ihrer Zuständigkeit (als trust) zu, und diese Regel ist — nachdem bereits für einige spezielle Fälle die Zession in die common law eingeführt worden war — durch die Judicature Act von 1873 (36/37 Vict. c. 66) verallgemeinert worden: die Zession muß schriftlich und unbedingt erfolgen und dem Schuldner denunziert sein. Unabhängig hiervon hat sich durch Gerichtsgebrauch und Gesetz die Indossabilität des Wechsels und der sonstigen indossabeln kaufmännischen Papiere entwickelt. (Vgl. Brunner, Forsch. S. 603 f.)

Eine gemeinschaftliche Haftung kann in der Weise begründet sein, daß die Forderung gegen die mehreren Schuldner nur gemeinschaftlich geltendgemacht werden

kann (joint liability), oder so, daß jeder einzelne auf das Ganze haftet (several l.), oder so, daß jeder auf das Ganze und auch alle gemeinschaftlich in Anspruch genommen werden können (joint and several liability).

c) Das Ende (discharge) des Forderungsrechts wird normalerweise durch Erfüllung (performance) herbeigeführt; im Zweifel sind die Schulden Bringschulden, und sofort bezw. in reasonable time zu tilgen; unter Umständen genügt zur Lösung der Obligation das bloße Leistungsangebot (tender). Im übrigen pflegt man unter dem Begriff der discharge — abgesehen von den bereits erwähnten Fällen der befreienden Unmöglichkeit und der Befreiung durch breach of contract seitens des Gegners — noch eine Reihe von Tilgungssurrogaten zu behandeln. Vor allem gehören hierher die Fälle des agreement of the parties before performance, des Erlasses: er erfolgt entweder als release under seal oder aber durch formlosen Vertrag; letzterenfalls ist er consideration-bedürftig (doch liegt bei Erlaß eines Synallagmas ohne weiteres wechselseitig consideration vor); die Novation anderseits bedarf in der Regel der gleichen Form wie die Neubegründung der Forderung (übrigens versteht man unter novation im technischen Sinne nur den besonderen Fall der substitution of a new debtor). Ferner gehören hierher die Fälle der sog. Endigung durch operation of law, namentlich die Konsolidation (merger) und die Befreiung durch order of discharge im Konkurs. Schließlich die Kompensation (set-off): sie war nach common law und grundsätzlich auch vor den Billigkeitsgerichten — abgesehen von der Aufrechnung mit Gegenforderungen aus dem Synallagma — noch im Anfang des 18. Jahrhunderts unzulässig und wurde zunächst für den Fall des Konkurses, dann 1728 und 1734 durch 2 Geo. II c. 22 und 8. Geo. II c. 24 allgemein zugelassen; das set-off ist danach gegeben bei allen wechselseitigen liquiden Forderungen, ungeachtet „that such debts might be deemed in law to be of a different nature". Durch die Judicature Act von 1875 (c. 59) ist außerdem generell die Widerklage für alle Gegenansprüche schlechthin zugelassen, so daß das alte gemeinrechtliche, schwerfällige Verfahren der cross action in besonderem Prozeß nur noch ausnahmsweise zur Anwendung kommt.

Pollock and Maitland II 182 ff.; Blackstone II ch. 33, 34; Stephen, b. II p. 2, bes. ch. 4, 5 s. 1, ch. 6; Pollock, Principles of contract, 1897[6]; Anson, Principles of contract, 1899[9]; Chitty, Treatise on contracts, 1896[13]; Parsons, On contract, 1896[8]. Kohler, Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz, 1883, S. 28 über die 1869 beseitigte Schuldhaft; Kohler, Arch. f. B. R. I 283 ff., V 171 ff., 214 ff. und Z. f. Civ.Proz. 20, S. 49. Über Spiel und Differenzgeschäft: Wittmaack, Z. f. H.R. 51 S. 83 ff.

2. Von den einzelnen Vertragsobligationen ist der Kauf (sale) bereits oben (§ 6 Nr. 9) erwähnt worden; hinzugefügt sei hier noch, daß auf Seiten des Verkäufers im Zweifel die stillschweigende Übernahme der Gewährschaft (implied warranty) für das Eigentum an der Ware bezw. für das Verfügungsrecht, für quiet enjoyment und für Freiheit von Rechten (charge or encumbrance) Dritter angenommen wird, dagegen nicht für Fehlerfreiheit (soundness), hier gilt vielmehr der Satz caveat emptor, der nur in einigen besonderen Fällen (Kauf zum besonders erkennbar gemachten Zweck, Kauf nur beschriebener Waren vom Händler in Waren dieser Art u. s. w., Sale of Goods Act 1893 s. 14) Ausnahmen leidet. Die Gefahr trägt bis zum Eigentumsübergang der Verkäufer, aber es trägt bei Distanzkauf, auch wenn der Verkäufer die Übersendung auf eigene Gefahr übernommen hat, der Käufer doch die notwendigen Transportfolgen (deterioration necessarly incident to the course of transit); vgl. auch Späing l. c. S. 725 ff.

Eine besonders wichtige Gruppe der Vertragsobligation bilden die bailments, d. h. sämtliche Fälle der anvertrauten beweglichen Sache im Sinne des deutschen Rechts. Es gehören hierher das Faustpfand (pledge, pawn), die entgeltliche Sachüberlassung (locatio rei), das commodatum, das depositum, der Werkvertrag mit Sachüberlassung (locatio operis faciendi der Handwerker u. s. w., insbesondere auch die custodia-Übernahme, zumal des Lagerhalters; über die Warrants s. o. § 6 Nr. 9), das Mandat (mandate), das agisment, d. i. die entgeltliche Übernahme von Vieh zur Weide; besondere Fälle sind der des innkeeper und carrier. In allen Fällen erwirbt der bailee mit der possession ein dingliches Recht (qualified property) und die dinglichen Klagen, während die absolute property beim bailor zurückbleibt. Der bailee hat in der Regel an der Sache ein

Retentionsrecht, lien (s. o. § 4 n. 3), nach der Maxime, daß ein lien besteht, wo eine Sache zur Arbeitsleistung an ihr übergeben ist; dies lien schützt als particular lien nur die konnexen Entgelt-, Auslagen- u. s. w. Forderungen, und berechtigt nur ausnahmsweise (z. B. den Bankier) zum Verkauf; daneben wird von der Praxis in gewissen Fällen auch ein general lien zur Sicherung des Abrechnungssaldos einer generellen Abrechnung der Beteiligten als stillschweigend, insbesondere auf Grund der Handelsusancen, vereinbart angenommen (implied). Der bailee haftete nach mittelalterlichem Recht unbeschränkt, auch für höhere Gewalt; dies hat sich in der bereits erwähnten strengen Haftung des innkeepers und common carriers erhalten; im übrigen haftet er im neueren Recht bei Verträgen im beiderseitigen Interesse für ordinary negligence, bei einseitigem Interesse des bailors (Depositum, Mandat) für gross und bei einseitigem Interesse des bailee (Kommodat) für slight negligence.

Das Darlehn (loan), ursprünglich ebenfalls unter die Kategorie der bailments gebracht, wird ihnen später begrifflich gegenübergestellt; als seine Unterart wird das depositum irregulare betrachtet, ferner sind wichtige Unterarten der Bodmereivertrag (bottomry), die respondentia und das foenus nauticum, sowie die annuities for lives. Die letzteren gefährlichen Geschäfte waren seit alters von den Zinsbeschränkungen befreit, die an Stelle der kanonischen Wucherverbote durch Gesetze Heinrichs VIII., der Elisabeth, Jakobs I., Karl II. (12 c. 13 von 1660, 6 %) und der Anna (13 c. 15 von 1714, 5 % Maximum) getreten waren. Diese Wuchergesetze (usurary law) sind durch 17/18 Vict. c. 90 von 1854 beseitigt (vgl. aber oben Nr. 1 S. 825).

Das Recht der Gesellschaft (partnership), von der Judikatur allmählich entwickelt, ist im 19. Jahrhundert kodifiziert worden (besonders 28/29 Vict. c. 86), und zwar gilt jetzt die Partnership Act von 1890 (53/54 Vict. c. 39, Späing, Z. f. H.R. 43 S. 222 ff.). Die partnership, unserer offenen Handelsgesellschaft entsprechend, ist „the relation wich subsists between persons carrying on business in common with a view of profit", sie darf nicht mehr als 20 und bei Bankbetrieb nicht mehr als 10 Personen umfassen, da sonst die Form der registered Company zu wählen ist (s. o. § 5 Nr. 2); sie ist nicht juristische Person, besitzt aber eine Firma (firm-name), unter der sie gerichtlich auftritt; sie entsteht durch formlosen, üblicherweise aber schriftlichen Vertrag und bedarf ebensowenig wie der Einzelkaufmann einer Registrierung; jeder Gesellschafter vertritt die Gesellschaft nach außen unbeschränkt, und alle Gesellschafter haften gemeinschaftlich (joint-liability), und zwar auch für Gesetzwidrigkeiten des Vertretungsberechtigten; alle Gesellschafter sind im Zweifel zur Geschäftsführung berechtigt und verpflichtet, es gilt Konkurrenzverbot; beendigt wird die Gesellschaft durch Erreichung des Endtermins bezw. Zwecks, durch Tod, Konkurs und Kündigung eines Teilhabers, durch Konkurs der Gesellschaft und durch Zwangsvollstreckung in den Anteil eines Gesellschafters für eine Sonderschuld. Ein stiller Gesellschafter (dormant partner) haftet wie ein offener, ebenso ein jeder, der, ohne Gesellschafter zu sein, sich als solcher geriert.

Die Bürgschaft (contract of guarantee or of suretyship) muß nach dem Statute of Frauds schriftlich eingegangen werden; sie ist selbstschuldnerisch, ohne Einrede der Vorausklage. Der Bürge hat den Regreß gegen den Hauptschuldner und gegen seine Mitbürgen.

Schriftlichkeit ist erforderlich für den Wechsel, den gezogenen, bill of exchange, wie den eigenen, promissory note (vgl. Bill of Exchange Act, 1882, dazu Pappenheim, Go.Z. 28, 545, Späing, Französisches u. s. w. Wechselrecht; Heinsheimer, Die englische Wechselordnung, 1882), für die Versicherungsverträge, insurance (maritime, fire, life insurance, Wertheim h. v., Emminghaus, Hdwb. d. Staatswiss. 7, 446 ff.), für die charter parties, sowie für die bonds. Letztere sind gesiegelte Urkunden (deeds), in denen sich der Aussteller (obligor) dem berechtigten Inhaber (obligee) zur Zahlung einer bestimmten Summe verpflichtet, und zwar entweder — die seltnere Form — unbedingt (sog. single bond) oder bedingt (sog. double bond), derart, daß nur bei Eintritt einer Bedingung zu zahlen ist; da als Bedingung die Nichtzahlung einer Geldsumme oder die Nichtvornahme einer anderen Leistung (z. B. Geschäftsbesorgung) angegeben werden

kann, wirkt der bond wie die Stipulierung einer Konventionalstrafe (penalty), und zwar ist, wie bei der Konventionalstrafe überhaupt (soweit die als solche fixierte Summe nicht lediglich als von vornherein liquidatet damage gemeint ist) bei der Verurteilung aus dem bond immer nur auf den wirklichen Schaden zu erkennen und die stipulierte Summe entsprechend zu reduzieren (auf Grund eines Gesetzes Williams III. wiederholt in der Comm. Law Proc. A. von 1852). Der bond gehört ebenso wie Wechsel, Schecks; bankers circular notes, exchequer bills in blank, Konsols (stock), Inhaberobligationen englischer Gesellschaften, Interimsschein auf den Inhaber (scrip) u. s. w. zu den negotiable instruments, welche — je nachdem durch Übergabe (delivery) unter Indossament oder bloße Übergabe — auf denjenigen das verbriefte Recht übertragen, der sie im guten Glauben an Eigentum oder Verfügungsrecht des Veräußerers erwirbt; der Kreis der negotiable instruments kann durch die Verkehrssitte erweitert werden und wird tatsächlich durch sie bestimmt, obwohl die Möglichkeit der negotiability by custom für die inländischen (englischen) Papiere bestritten ist.

Der Dienstvertrag (master and servant) wird herkömmlich nicht unter den obligatorischen Verträgen behandelt, sondern unter der Kategorie der rights in private relations zusammen mit Ehe, Kindschaft und Vormundschaft, zu denen er als Anwendungsfall der Munt gehört. Dementsprechend treten im Verhältnis der Beteiligten die Gehorsamspflicht des Dienenden und die Protektionspflicht des Herrn, sowie seine Haftung für den servant stark hervor, und die Normen von master and servant finden keine Anwendung, wo das Abhängigkeitsverhältnis fehlt (wie beim kaufmännischen Kommissionär und Agenten, factor und broker, und beim solicitor, bei denen bailment vorliegt). Das Verhältnis wird heute — nach Untergang der alten villeinage — stets durch Vertrag begründet, und zwar scheidet man die drei Gruppen der menial servants (intra moenia, Gesinde, zu dem aber nicht der clerk und die governess gerechnet wird), der labourers (landwirtschaftliche Arbeiter) und workmen (Industriearbeiter, Angestellten des Handels) und der apprentices (der Lehrlinge). Die Verhältnisse sind durch eine alte und reiche Judikatur ausgestaltet und daneben auch seit Ausgang des 18. Jahrhunders durch die an Bedeutung schnell anwachsende Sozialgesetzgebung, zum Teil zwingend, geregelt (Frauds by Workmen Act 1748, 1777, Servants Characters Act 1792, Truck Act 1831, jetzt 1896, Master and Workmen Act 1837, Wages Attachment Abolition Act 1870, Trade Union Act 1871, Employers and Workmen Act von 1875, Factory and Workshop Act 1878 und 1895, Merchant Seamen Act 1880, Employers Liability Act 1880, Shop Hours Act 1892 und 1895, Workmens Compensation Act 1897). Der Dienstvertrag (c. of hiring and service) ist formfrei, die consideration besteht regelmäßig in dem vereinbarten Lohn (wages); nach dem Statute of Frauds bedarf aber ein Vertrag mit Dauer über ein Jahr der Schriftlichkeit (memorandum); außerdem bedürfen die Engagementsverträge einer Korporation wie grundsätzlich alle ihre Geschäfte der Form des gesiegelten Vertrages (deed); ebenso ist eine Form für die Heuer auf größeren Schiffen vorgeschrieben (Merch. Ship A. 1894 s. 113 ff.) und für die Lehrlingsverträge die Schriftform (indenture). Der servant hat außer seinem Lohn auch den Ersatz aller Auslagen und Verluste bei Durchführung seiner Pflichten zu fordern, als menial servant auch Wohnung und Verpflegung, dagegen nicht medical attendance; das alte Züchtigungsrecht des master ist von der Praxis beseitigt worden und wird nur noch dem parentis loco stehenden master gewährt; der servant hat kein gesetzliches Recht auf Zeugnis (character), aber gegen ein mala fide ausgestelltes unzutreffendes Zeugnis die action of defamation; die Haftpflicht des Unternehmers (employer) für Betriebsunfälle war nach common law auf Fälle des Verschuldens beschränkt, und im Jahre 1837 wurde im Exchequer (Pristley v. Fowler) sogar entschieden, daß das Verschulden eines Mitservants den Unternehmer niemals haftbar macht (die Regel des sog. common employment); durch die Employers Liability Act von 1880 ist aber die Haftpflicht auf die Verschuldung des gesamten Aufsichtspersonals ausgedehnt, und durch die Compensation Act von 1897 wurde für gewisse größere Betriebe die Haftpflicht ohne jede Rücksicht auf Verschulden des Unternehmers aufgestellt und fixiert. Anderseits ist der master Dritten grundsätzlich haftbar nicht nur für die dem servant

aufgetragenen Rechtsgeschäfte, sondern nach der Judikatur schlechthin auch für seine torts im Rahmen seiner Beschäftigung, selbst wenn er ihm die betreffende Handlung ausdrücklich verboten hat; ja, in gewissen Fällen haftet er sogar für criminal acts. Das Verhältnis wird grundsätzlich sowohl durch Tod des Herrn wie des servant beendet, ebenso durch Veränderung oder Auflösung der als Prinzipal auftretenden partnership, ferner bei breach of contract und bei Ablauf oder vertragsmäßiger Beendigung; für die labourers und workmen gilt regelmäßig Kündigung (notice) mit Monatsfrist; der servant kann wegen grober Pflichtverletzung, Unfähigkeit, andauernder Krankheit auch ohne Kündigung entlassen werden. Klage auf specific performance seitens des servant ist natürlich ausgeschlossen.

Blackstone II ch. 33; Stephen, b. II p. 2 ch. 5 s. 2 und 3; Story, On bailments; Paine, On bailments, 1901; Folkard, Guide to the law of loans, 1876; Lindley, On partnership, 1893[6]; Pollock, Digest of the law of partnership, 1900[7]; De Colyar, Law of guarantees, 1897[2]; Byles, Law of bills of exchange, 1899[6]; Smith, Master and servant, 1885[4]; Ruegg, Employers liability act and workmens compensation act, 1900[5] u. a. m.

3. Die privatrechtliche Haftung für die unseren unerlaubten Handlungen entsprechenden torts hat sich allmählich aus der kriminalrechtlichen Haftung losgelöst. Entscheidend war vor allem die Ausbildung einer Schadensklage wegen Verletzung des königlichen Friedens vi et armis, die action of trespass (breve de transgressione) zu Ausgang der Regierungszeit Heinrichs III. († 1272); daneben erschien in den königlichen Gerichten früh die action of deceit (fraud) und of nuisance (nocumentum, ein der actio negatoria entsprechender Tatbestand). Die Klage wegen trespass vi et armis, die den Zusammenhang mit der kriminalen felony-Klage deutlich zeigt, wird allmählich für alle rechtswidrigen Einwirkungen auf den Körper des Klägers oder seine Sachen gewährt; daneben erscheint als besonderer Fall die action of trespass quare clausum fregit wegen Betretens eines fremden Grundstücks, die bald sehr weit ausgedehnt wurde (z. B. gegen den Verführer eines Mädchens, der sich widerrechtlich einschleicht); ferner wurde durch das zweite Westminsterstatut (13 Edw. I c. 24; s. o. § 4 Nr. 1) von 1285 es dem Kanzleigerichtshof möglich, in einer großen Reihe von Fällen die trespass-Klage in consimili casu zu gewähren und durch Schaffung zahlreicher actions of trespass on the case Schutz gegen sehr verschiedene Delikte, nun torts genannt, zu gewähren, die vorher nur in den Untergerichten und den geistlichen Gerichten oder gar nicht zur Klagebegründung sich eigneten; so entstanden die action for slander (defamation, Ehrverletzung), for libel (Pasquill), for false and malicious prosecution. Ergänzungen haben sich dann durch die Praxis der prohibitorischen Interdikte des Kanzleigerichts (injunctions) und durch einzelne Statutarbestimmungen ergeben.

Die alten Klageschemata haben heute natürlich auch auf diesem Gebiete ihre prozessualische Bedeutung verloren, doch wirkt die alte Gliederung hier noch besonders nach, und es wird hier überhaupt besonders stark von Fall zu Fall entschieden. Eine allgemeine Lehre über torts ist erst im Werden. Grundsätzlich fordert man für jeden tort das Vorliegen von iniuria, injury, d. h. Verletzung eines Rechts oder doch eines Rechtsgutes, und damnum, damages, d. h. Schadenszufügung. In einigen Fällen wird jedoch seit alters her vom Vorliegen eines damnum abgesehen (sog. iniuria sine damno), insbesondere bei trespass gegen Eigentum; es wird dann nur auf sog. nominal damages (1 sh.) erkannt, was vielfach im praktischen Resultat auf eine verkleidete Feststellungsklage hinauskommt (Markby, El. 343; Seng, Arch. f. B. R. V 354 ff.); in anderen Fällen (z. B. bei Ehrenkränkungen) fingiert man einen Vermögensschaden in wunderlicher Weise. Anderseits darf die iniuria niemals fehlen; selbst schikanöse Ausnutzung des eignen Rechts begründet grundsätzlich die tort-Klage nicht. Für die injury wird heute im Gegensatz zum Recht des Mittelalters in der Regel Verschuldung erfordert, negligence; bisweilen muß auch maliciously, intentionally gehandelt sein; daneben tritt aber in der neueren Judikatur auch das Veranlassungsprinzip für einzelne Fälle wieder hervor, insbesondere in dem 1838 vom Hause der Lords (L. R. H. of L. III 330) entschiedenen Falle Rylands v. Fletcher (unverschuldete Schädigung des Nachbars durch Ausschachtungen, die der Grabende nur at his peril

vornehmen kann), ferner z. B. in Babroch v. Larvon (L. R. Q. B. D. IV 394: unverschuldete Veranlassung einer von einem Dritten verübten Schädigung). Die iniuria muß für die Schädigung kausal gewesen sein, doch darf die causa nicht „too remote" sein, sondern die Schädigung muß flow directly and naturally from the injury, worüber vielfältige Judikatur besteht. Die Klagen gehen normal auf ordinary damages (damnum emergens und lucrum cessans), in gewissen schweren Fällen auf exemplary damages (unter Umständen das Doppelte und Dreifache). Die tort-Klagen waren ehemals unvererblich; dies wurde auf der Aktivseite für Klagen wegen trespass on personal property schon 1330 (4 Edw. III c. 7) beseitigt, dagegen allgemein aktiv wie passiv für alle Verletzungen personal wie real property erst 1833 (3/4 Will. IV c. 42); für Verletzung von personal rights (slander, assault etc.; s. u.) besteht die Unvererblichkeit noch fort, doch hat hier eine Lord Campbell's Act von 1846 (9/10 Vict. c. 93; dazu 27/28 Vict. c. 95) wenigstens für den Fall der schuldhaften Tötung die Verfolgung zu Gunsten der Hinterbliebenen gesichert, und entsprechend verhalten sich die oben (Nr. 2 a. E.) erwähnten neueren Haftpflichtgesetze für Unternehmer.

Die einzelnen tort-Fälle gruppiert man heute nach der Art des verletzten Rechtsguts; der Kreis der so geschützten Rechtsgüter ist sehr weit gezogen, und er ist nicht geschlossen, da immer noch in consimili casu Rechtsschutz gewährt werden kann. Man unterscheidet injuries affecting personal rights und private relations, affecting real property, affecting personal property und affecting public rights. Als personal rights kommen in Betracht: das Leben (life, und zwar in den Fällen der soeben erwähnten Statuten), die Glieder (limbs and body), und zwar unterscheidet man hier mündliche Drohung (threat), tätliche Drohung (assault, z. B. Aufheben eines Stocks), Prügel (battery), Verwundungen (wounding), schwere Verwundung (mayhem, d. i. Unbrauchbarmachen eines Kampfgliedes, nämlich Arm, Bein, Finger, Auge, Vorderzahn), sowie einzelne Fälle verschuldeter Körperverletzung; ferner kommt als personal right in Betracht die Gesundheit (health, hierher gehören z. B. ärztliche Mißgriffe, schädliche Nachbaranlagen, Weigerung der ehelichen Pflicht), ferner die Freiheit (liberty, false imprisonment) und endlich die reputation, die wieder durch einfache Beleidigung (defamation, slander, stets eine Vermögensbeschädigung erfordernd, mit Ausnahme der Verletzung weiblicher Geschlechtsehre nach der Slander of Women Act, 1891) oder durch libel (mittelst Schrift, Bilds, Gesangs, mit Vermutung des Vermögensschadens) gekränkt werden kann. Unter den injuries affecting private relations sind die Verletzungen der Munt zu verstehen, und zwar kommen hier besonders in Betracht die Verletzungen des ehemännlichen Rechts durch abduction der Frau (uxor rapta et abducta, durch Gewalt, List oder Überredung), durch adultery und durch beating (Mißhandlung der Frau aller Art), sowie die Verletzung des Rechts des Dienstherrn auf die Dienste seines servant (per quod servitium amisit). Als injury gegen real property kommt vor allem jede Besitzstörung im weitesten Sinne (auch durch Vieh) in Betracht; sodann gehören hierher die bereits erwähnten (s. o. § 6 Nr. 8) Fälle von nuisance, waste, disturbance, sowie der Fall der subtraction (geschuldeter Dienste und Renten); injuries gegen personal property können erfolgen, soweit körperliche Sachen (things in possession) in Frage kommen, durch Fortnehmen (taking; hingegen ist zur Wiedererlangung unrechtmäßig gepfändeter Sachen die action of replevin gegeben, im übrigen die oben [§ 6 Nr. 9] erwähnte action of trover und de bonis asportatis) oder durch Vorenthalten (detaining, hiergegen die action of detinue und auch die vorgenannten Klagen, alle heute keine reinen tort-Klagen mehr), ferner durch Betrug (fraud) und endlich durch abuse or damage (alle sonstige Schädigung, hierher wird auch Verletzung von copyright und patent gerechnet); bereits gehandelt ist (s. o. Nr. 1) über die Fälle des Vertragsbruchs und die Vertragsklagen (actions of covenant, debt, assumpsit), die unter dem Gesichtspunkt der injury affecting choses in action hierher gehören, aber wegen der Möglichkeit einer Verurteilung zu specific performance ebenfalls keine reinen Schadensklagen mehr sind und in Gegensatz zu den eigentlichen tort-Klagen gebracht werden. Als Fall einer Verletzung öffentlicher Rechte kommt z. B. Wahlhinderung in Betracht.

Man braucht nur noch (bei den injuries affecting real property) die Immobiliarrechtsstörungen (ouster; s. o. § 6 Nr. 8) in dieses soeben gegebene System von Rechtsverletzungen und entsprechenden Klagen einzufügen, um das allgemeine englische System der vermögensrechtlichen Ansprüche überhaupt vor sich zu haben (vgl. Blackstone III ch. 7 ff., Stephen, b. V ch. 7): ein Zeichen, wie stark im englischen Recht der ursprüngliche deliktische Charakter aller Ansprüche und Klagen bewahrt worden ist, und wie stark er auf die Gruppierung des Rechtsstoffes noch einwirkt.

Pollock and Maitland II 447 ff.; Blackstone III ch. 7 ff.; Stephen, b. V ch. 6 ff.; Addison, Treatise on torts, 1893[7]; Pollock, Law of torts, 1901[8]; Clerk and Lindsell, Law of torts, 1896[2]; Bigelow, Leading cases on the law of torts, 1875; Brunner, Forsch. 487 ff.; Kohler, Goldtd. Arch. 47, S. 113 ff.

§ 8. Erbrecht.

Das englische Erbrecht trägt besonders altertümlichen Charakter und wird vollkommen beherrscht von der Unterscheidung zwischen unbeweglichem und beweglichem Vermögen (vgl. oben § 6 Nr. 1). Es erscheint dementsprechend auch als Teil des englischen Sachenrechts: Blackstone behandelt bei der real property den title by descent, Intestaterbrecht an Immobilien, und die alienation by devise, die letztwillige Verfügung über Immobiliarvermögen, während er bei der personal property die entsprechenden Gegenstände unter dem Gesichtspunkt des title by testament and administration bespricht. Der kirchliche Einfluß auf die Entwicklung des Fahrniserbrechts ist in England stärker gewesen, als irgendwo sonst in Europa.

1. Die gesetzliche Erbfolge a) in Immobiliarvermögen (inheritance) beruht durchaus auf dem anglonormannischen feudalen Erbrecht. Dieses (Brunner, Das anglonormannische Erbfolgesystem 13 ff., Gundermann 157 ff.) ging von dem lehnrechtlichen Gedanken aus, daß ein feudum immer nur an Leibeserben des ersten Erwerbers (purchaser) übergehen könnte, so daß eine Kollateralenerbfolge immer nur beim feudum antiquum möglich war, d. h. nur, wenn der Erwerb bereits durch einen Vorfahren des Erblassers erfolgt war; doch wurde allmählich für das feudum novum fingiert, daß es ein feudum antiquum von unbestimmter Zeit her sei, so daß man auch hier die Kollateralen zum Erbe zuließ; die Verwandtschaft mit dem letzten Lehnsbesitzer genügte: seisina facit stipitem (eine Regel, die verwickelte Ausnahmen erforderte, wenn der Erblasser reversioner oder remainderman ohne actual seisin war); die Fiktion des feudum antiquum führte im späteren gemeinen Rechte zu der Gestaltung, daß man bei der Kollateralenerbfolge nicht mehr nachprüfte, ob das Lehn von der Vater- oder Mutterseite des letzten Besitzers herrührte, sondern schlechthin dem Kollateralen vom männlichen Vorfahr (male stock) den Vorzug vor demjenigen der Weiberseite (female stock) gewährte. Im übrigen sind die Grundgedanken der Successionsordnung des anglonormannischen Rechts: die Parentelenordnung mit Ausschluß der Aszendenten (hereditas numquam ascendit), allmählich unter konsequenter Durchführung des Eintritts(Repräsentations-)rechts (Güterbock, Bracton 101, Brunner l. c. 33), der Ausschluß des Halbblutes von der Kollateralenerbfolge, die Bevorzugung der Männer vor den Weibern gleichen Grades und — zuerst nur für feuda militaria (knights fee), schon zu Bractons Zeit aber auch für die socagia (socage) durchgesetzt — der Grundsatz, daß zwei gleich nahe Weiber zusammen erben (coparceners), dagegen unter gleich nahen Männern der ältere (infolge des Eintrittsrechts also die ganze Linie des älteren der Linie des jüngeren) vorgeht, das Recht der Erstgeburt. Diese Erbfolgeordnung hat über 500 Jahre unverändert bestanden und ist erst 1833 durch 3/4 Will. IV c. 106, Inheritance Act kodifiziert; nach diesem Gesetz ist die alte, schwierige Regel seisina facit stipitem aufgegeben und als Ausgangsprinzip die Regel aufgestellt, daß gesetzlicher Erbe (heir-at-law) nur sein kann, wer mit dem Erwerber, purchaser, verwandt ist; und zwar ist purchaser derjenige, welcher das Gut anders als durch Intestaterbfolge (descent) erworben hat (also durch Vertrag unter Lebenden oder durch Testament), und falls der ursprüngliche Erwerber — wie besonders bei altem Familienbesitz oft — nicht mehr zu ermitteln ist, gilt der letzte Eigner, the

last entitled to the land, als purchaser, so daß dann dessen Verwandtschaft unbeschränkt succediert; ferner hat das Gesetz im Gegensatz zur alten common law ein Erbrecht der Aszendenten und des Halbblutes statuiert, so daß sich jetzt folgende Ordnung ergibt: es wird nach Parentelen geerbt; innerhalb der Parentel gilt unbeschränktes Eintrittsrecht; ferner geht innerhalb der Parentel das männliche Parentelenhaupt mit seiner Deszendenz dem weiblichen mit dessen Deszendenz vor, so daß die väterliche vor der mütterlichen, die großväterliche vor der großmütterlichen Linie zur Succession gelangt; es geht anderseits das Vollblut innerhalb der Parentel dem Halbblut unbedingt vor; endlich gilt Ausschluß der Weiber (mit ihren Linien) durch die Männer (mit deren Linien), und es gilt für die Männer (mit ihren Linien) das Recht der Erstgeburt. Besondere Grundsätze bestehen, wie bereits erwähnt (s. o. § 6 Nr. 4), für die entails. Über escheat o. § 6 Nr. 7.

b) Die Erbfolge in den Mobiliarnachlaß folgt anderen Grundsätzen. Wegen des ursprünglich mit begrabenen, später der Kirche zum Seelenheil verfallenden Totenteils, deads part (Brunner, Sav. Z. 12, 107 ff., s. u. Nr. 2.), kam es seit dem 12. Jahrhundert dazu, daß der Bischof in allen Fällen den Mobiliarnachlaß übernahm und verwaltete: er ist (soweit nicht ein executor im Testament bestimmt ist) der geborene executor bezw. administrator; er verteilt den Nachlaß an Pflichtteilsberechtigte, Gläubiger (13 Edw. I c. 19) und etwaige Legatare; ein residuum verwendet er in pios usus; als dann (31 Edw. III c. 11) der Ordinarius gezwungen wurde, bei Nichtbenennung eines executor durch letztwillige Verfügung den nearest of the kin des Verstorbenen zum administrator zu bestellen, fiel das residuum an diesen. Dieser Rechtszustand ändert sich nur langsam zu Gunsten einer gerechten Verteilung unter die Familienmitglieder; erst das Statute of Distribution von 1670 (22/23 Carl. II c. 10) setzte endgültig für den Fall der intestacy (und unter gewissen Voraussetzungen auch für das residuum nach Erledigung eines Testaments) die heute noch bestehende Mobiliarerbfolgeordnung fest: es erben zunächst die Deszendenten mit Eintrittsrecht, sodann der nächste Verwandte, next of the kin; die Witwe erbt neben den Kindern ein Drittel, neben sonstigen Verwandten die Hälfte, während der Ehemann alle sonstigen Erben ausschließt; der next of the kin wird (nach alter Berechnung) unter Zugrundelegung der römischen Gradualzählung ermittelt, doch gelangen die Geschwister vor den Großeltern zur Succession, und für die Geschwister und Geschwisterkinder (nicht aber für deren Kinder) gilt das Eintrittsrecht, so daß wenigstens bis zu den Geschwisterkindern einschließlich die Parentelenordnung auch in der zweiten Parentel bewahrt ist; dabei gilt zu Gunsten des Vaters unbedingter Schoßfall, zu Gunsten der Mutter Schoßfall nur bezüglich der Hälfte des Nachlasses (1 Jac. II c. 17). Das Halbblut steht hier dem Vollblut gleich. Nach einem Gesetz von 1890 (53/54 Vict. c. 29) erhält die Witwe eines deszendentenlos verstorbenen Mannes bis zum Werte von 500 Pfund den Nachlaß (personal und real property) als Voraus.

2. Verfügungen von Todes wegen sind bereits dem angelsächsischen Recht geläufig (s. Brunner, Urkunde 199); für das Immobiliarrecht zunächst durch das Lehnswesen verdrängt (solus deus heredem facere potest), werden sie unter dem Schutze der Kirche für den Mobiliarnachlaß bewahrt und und von ihr unter Verwertung römischer Gedanken fortgebildet. Doch war zunächst nur ein Drittel des Mobiliarnachlasses für letztwillige Verfügungen frei (deads part); der Rest gebührte der Witwe und den Kindern (wifes part, bairns part); falls nur Witwe oder nur Kinder hinterlassen wurden, konnte über die Hälfte des Nachlasses verfügt werden; dieses in der Magna charta anerkannte Pflichtteilsrecht hat, von der Kirche nicht besonders unterstützt, allmählich einen lokalen Charakter angenommen und ist um die Wende des 17. und 18. Jahrhunderts ganz aufgehoben worden. Anderseits kam das alte Testament über Immobilien — infolge des Statute of Uses (27 Henr. VIII c. 10) — durch das sog. alte Statute of Wills von 1540 (32 Henr. VIII c. 1) wieder zur Geltung: es wurde Testierfreiheit für das gesamte socage und für zwei Drittel der military tenures des Erblassers gewährt; dies wurde durch 12 Charl II c. 24 auf den gesamten Immobiliarnachlaß mit Ausnahme des

copyholds erstreckt und auch für dieses dann 1815 (55 Geo. III c. 192) durchgeführt.

Ein für real und personal property im wesentlichen gleichförmiges Testamentsrecht wurde dann durch die New Wills Act von 1837 (1 Vict. c. 26) festgelegt. Danach besteht völlige Testierfreiheit ohne irgend welche Beschränkung durch ein Pflichtteilsrecht, — ein Satz, der das Fortbestehen verschiedener gesetzlicher Erbfolgeordnungen für Mobilien und Immobilien verständlich macht; die Testamentsmündigkeit — früher für Männer mit 14, für Frauen mit 12 Jahren eintretend — beginnt jetzt einheitlich mit 21 Jahren; die Ehefrau — früher beschränkt — kann seit 1882 bezw. 1893 (56/56 Vict. c. 63) frei über freies Vermögen testieren; die Form des Testaments (will) — früher für die Immobiliartestamente den Regeln der Immobiliarurkunden unterworfen, während man sich für Mobiliartestamente mit einfacher Schriftlichkeit begnügte — ist jetzt einheitlich Schriftlichkeit unter Zuziehung zweier Zeugen; mündliches Testament genügt nur für Seeleute und Soldaten. Die Verfügung erfolgt nicht durch Erbeinsetzung, sondern nur durch Anordnung von Vermächtnissen über Immobiliargut (devise) oder über Mobiliargut (legacy); wird der Überrest, das residuum, jemandem vermacht, so ist auch dieser Bedachte ebenfalls nur Legatar (residuary legacy); regelmäßig wird ein Testamentsexekutor (executor) ernannt. Das Testament erhält nach dem Tode des Erblassers volle Wirksamkeit erst durch die gerichtliche Anerkennung seiner Gültigkeit im Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit, probate; seit dem 13. Jahrhundert für die Mobiliartestamente durch die Kirche entwickelt, lag das Verfahren — im Zusammenhang mit der bereits erwähnten Nachlaßverwaltung des Ordinarius — in den Händen der kirchlichen Behörden, bis es 1857 (20/21 Vict. c. 77) weltlichen Behörden (District Probate Registries, Principal Registry in London, Court of Probate, jetzt Probate Division) übertragen worden ist; das Verfahren besteht, soweit es nicht zum Rechtsstreit kommt, in der Eintragung einer Abschrift des in Gerichtsverwahrung zu nehmenden Testaments in das Register und Aushändigung einer Abschrift an den executor oder administrator, der eidlich die Echtheit zu versichern hat (vgl. Schuster, Rechtspflege 245 ff.).

3. Der Eintritt des Erbfalls hat den unmittelbaren Anfall des Immobiliarvermögens an den heir-at-law bezw. die Vermächtnisnehmer (devisees) zur grundsätzlichen Folge. Das Mobiliargut dagegen fällt grundsätzlich weder den Vermächtnisnehmern noch den nach Erschöpfung der Vermächtnisse Berufenen unmittelbar an; vielmehr erhalten diese alles aus den Händen des executor oder administrator, und zwar wird der executor durch das Testament bestimmt, der administrator dagegen von der Behörde ernannt, wenn die Frage im Testament übergangen oder kein Testament vorhanden ist. Der executor wird schon im Mittelalter von den geistlichen Gerichten als ipso iure eintretender Universalsuccessor des Erblassers behandelt. Dagegen findet eine Universalsuccession des administrator erst statt durch seine Bestellung seitens des Ordinarius bezw. jetzt seitens der weltlichen Behörde; dementsprechend behandelte man früher den Ordinarius, jetzt den Judge of Probate als den zunächst eintretenden Successor des Verstorbenen (21/22 Vict. c. 95 s. 19); doch wird die Succession des administrator für gewisse dem Nachlaß günstige Handlungen auf den Todesmoment nachträglich zurückbezogen, eine Gestaltung, die der neueren romanisierenden Jurisprudenz den Gedanken einer hereditas iacens naheliegend erscheinen läßt.

Zum executor kann im Testament wirksam jeder Testamentsfähige ernannt werden, aber auch infants. Als administrator müssen seit 1857 (31 Edw. II c. 11) die next and most lawful friends bestellt werden; dies ist durch 21 Henr. VIII c. 5 weiter ausgeführt, und der heutige Rechtszustand ist der, daß für die verstorbene Ehefrau der Witwer (und zwar ohne grant seitens des Gerichts ipso jure) administrator ist, ferner wird im umgekehrten Fall die Witwe zum administrator ernannt, sodann der nächste Verwandte nach dem oben für die gesetzliche Mobiliarerbfolge bezeichneten Maßstabe; zwischen gleich nahen Verwandten hat das Gericht die Wahl; es können auch mehrere gemeinsam ernannt werden; fehlt es an einem zur Übernahme bereiten Verwandten, so kann ein Gläubiger ernannt werden, äußerstenfalls ein vom Gericht auszuwählender geeigneter Dritter (auch

ein fremder Konsul, 24/25 Vict. c. 121). Die gleichen Grundsätze gelten bei der Ernennung eines administrator für ein Testament, in dem entweder kein executor ernannt war, oder dessen executor, etwa durch Ablehnung, fortgefallen ist (administration cum testamento annexo); ist der geborene administrator ein infant, so wird sein guardian ernannt, oder seine Mitadministratoren verwalten allein. Die Einzelexekution und Administration wird der Verwaltung durch mehrere (joint administration) in der Praxis der Gerichte vorgezogen. Jeder administrator muß durch bond (s. o. § 7 Nr. 2) Kaution für pflichtmäßige Verwaltung leisten, und zwar zu Gunsten eines Treuhänders der Interessenten (20/21 Vict. c. 77, 21/22 Vict. c. 95).

Durch die Land Transfer Act von 1897 (60/61 Vict. c. 65) ist, im schroffen Gegensatz zu dem bis dahin geltenden Recht, der Exekutionsgedanke auch auf Immobiliarvermögen ausgedehnt: für alle real estates des Verstorbenen ist, soweit nicht Akkreszenzrechte begründet sind, der zur Verwaltung der personal property Berufene Verwalter; doch ist er nicht Universalsuccessor, sondern als trustee nur Verfüger über fremdes Recht, so daß der Gedanke des ipso iure-Anfalls an den Immobiliarerben hier unberührt geblieben ist. Im übrigen gelten für die Verwaltung die gleichen Grundsätze.

Der administrator oder executor hat den Erblasser zu beerdigen, sein Testament bestätigen zu lassen (prove the will); er hat ein Inventar zu errichten, den Nachlaß, event. durch Klageanstellung, zu „sammeln" (collect) und nötigenfalls zu versilbern, sodann die Schulden zu tilgen, die Vermächtnisse zu erfüllen bezw. die real estates den Berechtigten herauszugeben und schließlich den Rest zu verteilen (distribution).

Was die Schuldenhaftung anlangt, so haftet der administrator bezw. executor für die sämtlichen überhaupt vererblichen Schulden des Erblassers seit alters mit dem gesamten Mobiliarnachlaß (personal assets), dagegen über diesen hinaus nur im Fall der Pflichtverletzung in Höhe der Verschlechterung des Nachlasses (devastavit, wasting the assets). Anderseits bestand für den Immobiliarnachlaß (real assets), den lehnrechtlichen Anschauungen entsprechend, überhaupt keine Schuldenhaftung: zu Eduards I. Zeit wird eine Haftung des gesetzlichen Immobiliarerben nur anerkannt, soweit er in einem Formalkontrakt (specialty, d. i. record- oder deed-Schuld) des Erblassers ausdrücklich mit verpflichtet war; erst 1690 (3 Will. und Mary c. 14, ergänzt durch 1 Will. IV c. 47) wurde dies auch für den Testamentserben (devisee) angeordnet; die Haftung für formlos begründete Schulden wurde zuerst in equity im Handelsrecht, dann allmählich allgemein anerkannt (11 Geo. IV und Will. IV c. 47, 3/4 Will. IV c. 104), und zwar bedarf es heute nicht mehr der Kontrahierung zu Lasten des Successors; durch Hinde Palmer's Act von 1869 (32/33 Vict. c. 46) ist der alte Vorrang der Schuld aus deed vor der Schuld aus simple contract endgültig beseitigt. Die beschränkte Haftung des gesamten Nachlasses für die Schulden des Erblassers besteht sonach heute ausnahmslos, und zwar werden die Gläubiger in folgender Reihenfolge befriedigt: Beerdigungskosten und Verwaltungskosten, Forderungen der Krone (auf Grund von specialty), durch Statut privilegierte Forderungen (income-tax, poor-rates), record-Forderungen (judgement, recognizance; s. o. § 7 Nr. 1), sodann pari passu (mit Vorzugsrecht des Verwalters für eigene Forderungen, retainer) die übrigen Schulden. Der Verwalter ist nach ordnungsmäßiger Schuldentilgung gegen den sich verspätet meldenden Gläubiger geschützt (plea of plene administravit).

Die Legate werden nötigenfalls pro rata gekürzt (abatement), doch gilt dies zunächst nur von den general legacies im Gegensatz zu den specific und demonstrative legacies auf bestimmte Gegenstände; durch Tod des Legatars (legatee) vor dem Erblasser tritt Verfall des Legats ein (the legacy lapses), ausgenommen Legate zu Gunsten eines Deszendenden des Erblassers, falls der Legatar Nachkommenschaft hinterläßt (Wills Act von 1837).

Stirbt ein Erblasser insolvent, so findet Konkurs über den Nachlaß statt (Bankruptcy Act von 1883, 46/47 Vict. c. 52 s. 125 ff.).

Pollock and Maitland II 237 ff.; Blackstone II ch. 16 und 26, 35; Stephen, b. II p. 1 ch. 11 und 20, b. II p. 2 ch. 7; Renton, Encycl. s. inheritance, executor und will;

Wertheim, s. h. v.; Gundermann S. 157 ff.; Böhm, Internationale Nachlaßbehandlung, § 43 ff., 1895[2]; Campbell bei Leske-Löwenfeld, Rechtsverfolgung I 314 ff.; Inhülsen, daſ. II, 899 ff.; vgl. die oben angeführten Werke über real und personal property; Jarman, Treatise on the law of wills, 1893[5]; Theobald, Treatise on . . wills, 1900[5]; Hayes and Jarman, Forms of wills, 1898[10]; Wood, On administrations, executorships, 1894; Powles and Oakley (Browne), Practice of the court of probate, 1892[2]; Williams, Law of executors, 1893[9].

§ 9. Das Familienrecht.

1. Das Eherecht hat sich in England durchaus unter kirchlichem Einfluß entwickelt, und noch heute steht das englische Eherecht unter dem Zeichen seiner kanonischen Grundlagen. Bereits seit dem 7. Jahrhundert macht die Kirche ihren Einfluß geltend, in der Mitte des 12. Jahrhunderts gehören die Ehesachen vor das kirchliche Forum, seit Glanvillas Zeit ist das kanonische Recht das englische Eherecht. Seit der Kirchenreformation ergingen mehrfach staatliche Ehegesetze und modifizierten das kirchliche Recht, aber die kirchliche Gerichtsbarkeit in Ehesachen wurde erst 1857 (20/21 Vict. c. 85) beseitigt und durch die Jurisdiktion des Court of Divorce and Matrimonial Causes (seit 1873 Teil des High Court) ersetzt.

a) Der Eheschluß erfolgte im mittelalterlichen England nach kanonischem Recht durch sponsalia de praesenti oder durch sponsalia de futuro mit copula carnalis; die alten germanischen Formen wurden unwesentlich und verschwanden; später wurde zwar das Tridentinum nicht aufgenommen, aber trotzdem entwickelte sich in der common law der Satz, daß die Ehe nur gültig sei, wenn sie vor einem ordained clergyman geschlossen war (26 Geo. II c. 33), und noch 1823 (4 Geo. IV c. 76) wurde gefordert, daß die Ehe — außer für Quäker und Juden — nach den Regeln der Kirche von England geschlossen sein müsse. Durch die Marriage Act von 1836 (6/7 Will. IV c. 85, die später wiederholt ergänzte Hauptquelle des geltenden formellen Eherechts) wurde die fakultative Zivilehe eingeführt. Danach kann der Eheschluß in dem (ebenfalls seit 1836 bestehenden) Standesamt, und zwar im Amtsraum des superintendent registrar, vor einem registrar (s. o. § 5 Nr. 1) stattfinden oder aber kirchlich, und zwar wird hier unterschieden der Abschluß vor der Kirche von England, nach den Gebräuchen der Quäker und Juden und endlich in einem Gebäude „certified as a place of religious worship and registered for the solemnization of mariages", hier aber ebenfalls nur in Gegenwart des Distriktsregistrars. Im letzteren Fall und ebenso bei Abschluß auf dem Standesamt ist die Gegenwart von mindestens zwei Zeugen vorgeschrieben und die Erklärung beider Nupturienten, daß der eine den andern zum wedded wife bezw. hushand nimmt. Dem Eheschluß vorangehen muß ein Aufgebot; dieses bestand noch gemäß 4 Geo. IV c. 76 (1823) lediglich im Aufgebot, ban, seitens der Kirche, der durch Dispensation, licence, des Ordinarius (common licence) oder des Erzbischofs von Canterbury (special licence) ersetzt werden konnte; durch die Marriage Act von 1836 ist daneben ein standesamtliches Aufgebot (einundzwanzigtägiges Aushängen im Standesamt nach Registrierung im Marriage Notice Book) eingeführt, über das ein Zertifikat als Grundlage der Trauhandlung ausgestellt wird; auch vom standesamtlichen Aufgebot kann dispensiert werden (certificate with licence), doch ist eine solche staatliche Dispensation hinsichtlich einer vor der Kirche von England vorzunehmenden Trauhandlung unwirksam; im übrigen wirkt das staatliche Aufgebot für die Staatskirche, Quäker und Juden, während sonst die Ehe auf Grund des standesamtlichen Zertifikats in einem Religionsgebäude, insbesondere in einer katholischen Kirche, nur geschlossen werden kann, wenn die kirchliche Behörde zustimmt. Jede Ehe ist zu registrieren; die Religionsdiener haben regelmäßig über ihre Registrierungen an den Superintendent registrar zu berichten. Für außerhalb Englands geschlossene Ehen gilt der Satz locus regit actum, doch wurde dem Schmied von Gretna Green, der die Formlosigkeit des schottischen Eheschlusses ausnutzte, 1856 (19/20 Vict. c. 96) das Handwerk gelegt.

Die kanonischen Ehehindernisse sind sehr zusammengeschmolzen; als canonical disability im technischen Sinne kommen hauptsächlich Sterilität und Impotenz in Betracht,

während man als sog. civil disabilities aufzuzählen pflegt: α) bereits bestehende Ehe; β) Unzurechnungsfähigkeit (insanity, want of reason); der lunatic kann auch im lichten Augenblick die Ehe nicht schließen; γ) unzulässige Verwandtschaft oder Schwägerschaft (undue proximity of relationship), d. s. in Anlehnung an das kanonische Recht (32 Henr. VIII c. 38, 5/6 Will. IV c. 54) Verwandte und Verschwägerte in gerader Linie schlechthin, sowie in den Seitenlinien bis einschließlich zum dritten Grade römischer Zählung, so daß die Ehe mit der Schwester oder der Nichte der verstorbenen Frau noch immer verboten ist (dazu Rathenau, Z. f. vgl. R.W. 15, 309 ff.); δ) mangelndes Alter, und zwar ist entsprechend dem kanonischen Recht der Mann mit 14, die Frau mit 12 Jahren ehemündig; eine Ehe zwischen jüngeren Personen ist, falls sie nur über 7 Jahr alt sind, nicht nichtig, sondern inchoate und imperfect und kann nach erreichter Ehemündigkeit durch Konsens geheilt werden; im übrigen führen die Impedimente zur nullity of marriage und ebenso Betrug, Zwang, Irrtum über die Person, sowie der Verstoß gegen bestimmte Formvorschriften (Ort, Gegenwart des Geistlichen bezw. Standesbeamten, Aufgebot, während unzutreffende Versicherungen und Eide zwecks Erlangung des Aufgebots nur güterrechtliche Folgen haben). Die Zustimmung (consent) von parent bezw. guardian zum Eheschluß einer (nichtverwitweten) Person unter 21 Jahren hat dagegen unmittelbare Bedeutung lediglich für das Aufgebotsverfahren: rechtzeitiger Widerspruch des Konsensberechtigten macht die Publikation nichtig; im übrigen bedarf es vor Einleitung des Aufgebots bezw. vor Erteilung des Dispenses nur der feierlichen Versicherung (bei kirchlichem Aufgebot des Eides), daß der Konsens erteilt oder mangels eines Konsensberechtigten nicht erforderlich ist.

Bei Verlöbnisbruch (breach of promise, sc. to marry) wird dem Verletzten eine Schadensklage wegen Vertragsbruchs gegeben, über die eine Fülle von Präjudizien besteht; das Verlöbnis bindet aber Personen unter 21 Jahren nicht (vgl. Dernburg, B.R. IV, 23).

b) An Stelle des germanischen Ehetrennungsrechts der Angelsachsen hat die Kirche die Unlösbarkeit der Ehe im anglonormannischen Rechte durchgesetzt, und die common law kannte daher bis 1857 nur eine Trennung a mensa et thoro, sowie die als divorce a vinculo bezeichnete Nichtigkeitserklärung; doch entwickelte sich nach der Kirchenreformation eine — schwer durchzusetzende — Ehescheidung mittelst private act des Parlaments. Erst die Matrimonial Causes Act vom 28. Aug. 1857 (20, 21 Vict. c. 85) führte eine gerichtliche Scheidung a vinculo matrimonii (dissolution) in engen Grenzen ein, behielt aber daneben die Trennung von Tisch und Bett als judicial separation bei. Letztere ist danach zulässig wegen einfachen Ehebruchs, cruelty (einschließlich seelischer Verletzung, z. B. durch Drohung, Mißhandlung der Kinder) und zweijähriger grundloser desertion, auf Antrag des Mannes wie der Frau; die dissolution anderseits kann der Mann wegen einfachen Ehebruchs fordern, die Frau aber nur wegen incestuous adultery (d. i. Ehebruch innerhalb der im Fall des Todes der Frau verbotenen Grade), bigamy with adultery, rape (Notzucht), sodomy, bestiality und wegen adultery, verbunden mit cruelty oder mit zweijähriger desertion, derart, daß Teilnahme, Konnivenz oder Verzeihung des Klägers bezüglich des Ehebruchs ebenso wie Kollusion der Parteien die Klage ausschließt, während sie wegen gewisser Fälle der Verschuldung auf seiten des Klägers (insbesondere adultery, cruelty, desertion etc.) nach freiem Ermessen abgewiesen werden kann. Die Praxis sucht hier und da dieses strenge Scheidungsrecht zu Gunsten der Frau etwas zu erweitern (z. B. D. Jur. Z. VII S. 113). — Die nullity of marriage wirkt entweder so, daß die Ehe void ab initio, d. h. nichtig, oder nur voidable, d. h. anfechtbar ist; die Nichtigkeit kann in jeder beliebigen Weise, auch als Inzidentpunkt und insbesondere auch nach dem Tode der Parteien geltendgemacht werden; dagegen bedarf es bei Anfechtbarkeit stets einer sentence of nullity, die nach dem Tode eines der Gatten nicht mehr herbeigeführt werden kann; zur ersteren Gruppe gehören die Fälle des Formmangels und der civil disabilities, zur letzteren die canonical disabilities.

Pollock and Maitland II 362 ff.; Blackstone I ch. 15; Stephen, b. III ch. 2; Lexika s. v. marriage und divorce; Bishop, Commentaries on marriage, 1881[6]; Geary, Law of marriage, 1892; Browne and Powles, Law and practice in divorce, 1897[6]; Dixon,

Law and practice in divorce. 1900²; Friedberg, Recht der Eheschließung, Leipzig 1865; Neubauer, Z. f. vgl. R.W. VII 297 ff.

c) Im Ehegüterrecht ist vom englischen Recht der Gedanke einer Gütergemeinschaft abgelehnt und der alte germanische Gedanke der ehemännlichen muntschaftlichen Gewere, der sog. Verwaltungsgemeinschaft, durchgeführt worden; die Einzelheiten haben seit der Eroberung ihre eigenartige und überaus harte Ausgestaltung dadurch erhalten, daß man den Muntschaftsgedanken mit der Sentenz, daß Mann und Weib eine Seele und ein Leib sind (quasi una persona), kombinierte und weitgehende Folgerungen aus diesem Grundsatz zog, daß sich ferner infolge der geistlichen Gerichtsbarkeit über die Mobiliarerbsachen früh auch das eheliche Güterrecht an Fahrnis und an Immobilien zweite, und endlich, daß bis zur neuesten Zeit die Bedürfnisse der oberen Klassen allein für die Entwicklung maßgebend blieben. Der Gedanke der una persona zunächst hatte in der common law u. a. zu den Sätzen geführt, daß Übereignungen, Verträge und Klagen unter den Ehegatten ausgeschlossen waren, und daß — bis in neueste Zeit — weder in Zivil- noch in Strafprozessen die Eheleute für- oder gegeneinander Zeugnis ablegen konnten. Im übrigen aber blieb das Prinzip der ehemännlichen Muntschaft, im Sinne eines nutzbaren Rechts, der leitende Grundgedanke; die Frau ist in der Gewalt des Mannes: femina viro cooperta, feme covert, und wie diese sog. coverture der Frau auf persönlichem Gebiete zu dem erst seit Karls II. Zeit bezweifelten ehemännlichen Züchtigungsrechte führte, als dessen Rest noch heute die Befugnis zur Freiheitsbeschränkung bei gross misbehaviour besteht, ist die coverture im Vermögensrecht zur fast völligen Beherrschung des Frauenvermögens durch den Mann ausgestaltet worden. Der Ehemann hat danach an allen Immobilien der Frau (auch den während der Ehe erworbenen) Besitz, Nutznießung und Verwaltung; die freehold estates (s. o. § 6 Nr. 3, 4) konnten nach alter common law während der Ehe überhaupt nicht veräußert werden; erst durch die Einführung der fines (s. o. § 6, 4 a) wurde die Veräußerung möglich, und erst seit neuerer Zeit konnte sie durch gemeinsam von Mann und Frau ausgestellte gesiegelte Urkunde erfolgen; über leasehold der Frau kann dagegen der Mann unter Lebenden beliebig allein verfügen; bei fruchtbarer Ehe hat der Mann die lebenslängliche Nutznießung an allem fee simple und fee tail der vorverstorbenen Frau, die anglonormannische (dazu Brunner, Sav.-Z. 16 S. 98) tenure by the curtesy of England. Am gesamten Mobiliarvermögen, personal chattels, anderseits erhält der Ehemann unbeschränktes Eigentum (absolute property); er verfügt unter Lebenden und von Todes wegen vollkommen frei darüber, und es gehört zu seinem Mobiliarnachlaß; eine Besonderheit besteht für die sog. paraphernalia, die Kleider und Schmucksachen der Frau (das letzte Überbleibsel der alten Gerade), die zwar ebenfalls seiner Verfügung unterliegen und für seine Schulden haften, aber nicht zu seinem Nachlaß gehören; ferner unterliegen besonderer Behandlung die Forderungen der Frau, choses in action, die bis zu der — dem Mann während bestehender Ehe allein zukommenden — Einziehung Vermögen der Frau bleiben. Der Mann haftet während der Ehe für alle vorehelichen Geschäfts- und Deliktsschulden der Frau und für ihre zur Ehezeit begangenen torts; nach Lösung der Ehe beschränkt sich diese Haftung dagegen wieder auf das Frauenvermögen. Die Frau kann sich während der Ehe durch Verträge nicht verpflichten, hat aber — by an implied agency — die Schlüsselgewalt zur Beschaffung der necessaries. Zum Ausgleich hat die Frau außer dem Anspruch auf standesgemäßen Unterhalt während der Ehe ihr — schon von der Magna Charta anerkanntes — Wittum, dower (dotarium), d. h. Nutznießung an dem ihr schon während stehender Ehe verfangenen Drittel des fee simple und fee tail des Mannes nach dessen Tode; entsprechend hat sie an einem nach der Gewohnheit des betreffenden manor bemessenen Teil seines copyhold (o. § 6, 2) die sog. freebench, an der Hälfte seines gavelkind land (s. o. § 6, 2) und an seinem ganzen städtischen Erblehn (borough english; s. o. § 6, 2) ebenfalls die entsprechende Nutznießung; endlich hat sie das im Erbrecht bereits erwähnte Intestaterbrecht am Drittel bezw. an der Hälfte seines Mobiliarnachlasses, in welchem freilich ihr gesamtes ursprüngliches Mobiliarvermögen enthalten ist. (Vgl. Brunner, Forschungen S. 708 ff.)

Dieses auf die Bedürfnisse des Lehnsadels zugeschnittene Ehegüterrecht genügte mit zunehmender Bedeutung der Fahrhabe und mit steigender kapitalistischer Wirtschaftsweise seit der Zeit der Elisabeth den besitzenden Klassen nicht mehr, und die Equity-Gerichte ließen daher unter Verwendung ihrer Treuhänderdoktrin allmählich (Lady Gore's case, 1705) eine separate property in den Händen von trustees derart zu, daß die Frau durch Anweisung an die trustees über das Sondergut so frei verfügen konnte wie eine feme sole über ihr Vermögen. Zum trustee konnte bald auch der Ehemann bestellt werden; ja, er war gesetzlicher trustee, wenn das Gut der Frau direkt zugewendet wurde, und er konnte jetzt auch selbst an die Frau Rechte übertragen, wenn er sich selbst zu ihrem trustee für diese Rechte bestellte. Damit kam die gentry mittelst der in ihren Kreisen nunmehr stets abgeschlossenen Eheverträge, marriage settlements, über alle Schwierigkeiten hinweg: im settlement setzt gewöhnlich der Mann der Frau ein Nadelgeld, pin-money, und für den Fall seines Todes eine Ehezuwendung, jointure, aus (durch die schon seit 27 Henr. VIII c. 10 das Recht auf dower ausgeschlossen wird), während anderseits das Vermögen der Frau zum Teil dieser vorbehalten, zum Teil dem Mann zur vorübergehenden Nutznießung überlassen, zum Teil den Kindern gesichert wird u. s. w., immer unter Verwendung von Treuhändern (Beispiele bei Solly 59 ff.) und oft mit der der Frau auferlegten Klausel (restraint on anticipation), daß sie nicht über künftiges Einkommen durch Anweisung an die Treuhänder verfügen darf (vgl. auch Heck, Arch. f. B. R. 4, 93). Erfolgt der Vertragsschluß vor Eingehung der Ehe (antenuptial settlement), so ist die future marriage eine so wertvolle consideration, daß, abgesehen von Fällen des fraud, der Bestand gegenüber „aller Welt", insbesondere gegenüber sämtlichen Gläubigern des Ehemannes, gesichert ist; das postnuptial settlement steht nicht in gleicher Weise sicher.

Für die nichtbegüterten Klassen, welche solche Verträge natürlich nicht schlossen, blieb es bei dem alten gesetzlichen Güterrecht, das dem Mann mit dem gesamten — hier allein in Betracht kommenden — Mobiliarvermögen der Frau insbesondere auch deren gesamten Mobiliarquästus überlieferte. Wenig nützte diesen Klassen auch die von den Billigkeitsgerichten entwickelte Doktrin, daß der Ehemann Forderungen der Ehefrau nur einklagen kann, wenn er beweist, daß der Klaggegenstand ihr zum Teil oder völlig durch Ehevertrag vorbehalten ist (sog. equity to a settlement). Erst in der Divorce Act von 1857 (20/21 Vict. c. 85) erscheint ein neuer Gedanke: die grundlos verlassene Ehefrau kann (s. 21) eine gerichtliche protection order erlangen, durch welche ihr aller Erwerb aus lawful industry und nach der desertion erworbener property von allen ehemännlichen Rechten frei bleibt. Entsprechend steht eine gerichtlich separierte Frau (s. 25/26). Hieran reihten sich dann weitere Statuten mit der gleichen Tendenz (21/22 Vict. c. 108, 27/28 Vict. c. 44), bis schließlich die Married Women's Property Act von 1870 (33, 34 Vict. c. 93) und das auf ihr weiterbauende gleichnamige Gesetz von 1882 (45/46 Vict. c. 75, ergänzt durch 47/48 Vict. c. 14 von 1884 und 56/57 Vict. c. 63 von 1893) tatsächlich die recht extreme Durchführung völliger Gütertrennung an Stelle des alten Systems brachten. Danach hat bei allen seit 1. Januar 1883 geschlossenen Ehen die Ehefrau alles eingebrachte oder nachträglich erworbene Gut als separate estate, Sondergut, und die Ehefrau einer Ehe alten Rechts steht wenigstens ebenso hinsichtlich des seit 1. Januar 1883 erworbenen Guts, wobei zu beachten ist, daß schon seit dem Gesetz von 1870 wenigstens gewisse wichtige Teile des Vermögens gesetzliches Sondergut waren. Die Ehefrau ist ferner (seit 1893) in Bezug auf ihre separate property unbeschränkt vertrags- und prozeßfähig, und für ihre Vertragsschulden haftet nach Lösung der Ehe ihr gesamtes Vermögen überhaupt; die selbständig handeltreibende Ehefrau ist der Konkursordnung unterworfen. Die Haftung des Ehemanns für Geschäftsschulden der Frau beschränkt sich jetzt auf das etwa ihm eingebrachte Gut, dagegen ist er (Queens Bench D., bestr.) auch weiterhin für die torts der Frau mitverhaftet. Aufrechterhalten sind die Grundsätze über dower, curtesy of England (Hope v. Hope 1892, 2 ch. 336, jetzt als quasi descent) und — ausdrücklich — über die Eheverträge (s. 19 Ges. von 1882). Für das Recht auf dower ist dabei die Dower Act von 1833 (3/4 Will. IV c. 105)

maßgebend, wonach der Anspruch der Frau nicht bloß durch eine andere Zuwendung (jointure; s. o.), sondern auch durch einfache Urkunde oder letztwillige Erklärung des Ehemanns ausgeschlossen werden kann und sogar als ausgeschlossen vermutet wird, wenn der Witwe überhaupt von ihm Grundstücke legiert sind. — Rechtsgeschäfte der Ehegatten untereinander sind nunmehr unbeschränkt möglich (14 Q. B. D. 831); mit Ausnahme der Deliktsklagen sind zwischen ihnen auch alle Rechtsschutzmittel gegeben, doch steht schon nach s. 17 Ges. von 1882 (cfr. 58/59 Vict. c. 39) ein summarisches Verfahren zu Gebote, das ohne Rücksicht auf die Höhe des Objekts auch vor dem county court judge stattfinden kann. Bei der Unterhaltspflicht des Ehemanns während der Ehe ist es — zugleich mit der daraus gefolgerten Schlüsselgewalt der Frau — verblieben, und zwar kann die Frau bei Desertion oder Sävitien Geldalimentation fordern (58/59 Vict. c. 39, 1895); andererseits ist die Frau dem Mann alimentationspflichtig und haftet hierfür (s. 20 Ges. von 1882) eventuell dem Armenverband. Die marriage settlements der Begüterten sind nach wie vor im Gebrauch geblieben.

Pollock and Maitland II 397 ff.; Blackstone I ch. 15; Stephen III ch. 2; Lexika, s. v. husband and wife, woman etc.; Solly, Grundsätze des engl. Rechts über Grundbesitz, Erbfolge und Güterrecht, 1853; Everslay, Law of domestic relations, 1896; Lush, Law of husband and wife, 1896²; Griffith, Married women's property act, 1891⁶; Vaizey, Treatise on the law of settlements, 1887; van Swinderen, Z. f. vgl. R. W. V 275 ff.

2. Kindesverhältnis. a) Ehelich (legitimate) prima facie ist nach altem englischem Recht nur das in der Ehe erzeugte oder geborene Kind, sowie das vor der Ehe erzeugte und nach ihrer Beendigung von der Witwe geborene. Die Legitimation per subsequens matrimonium ist — entsprechend dem berühmten Reichsschluß von Merton 1236 — dem englischen Recht noch heute fremd; nur durch Parlamentsakte kann eine Legitimation erfolgen. Die Präsumption der Vaterschaft war von alters schwer zu widerlegen; durchgreifenden Gegenbeweis machte schon früh die Unmöglichkeit der Beiwohnung infolge Abwesenheit des Ehemanns während der Konzeptionszeit extra quattuor maria (d. h. außerhalb des Königreichs); im übrigen wird die Beiwohnung präsumiert und muß durch Beweis der Impotenz bezw. der Unmöglichkeit oder des tatsächlichen Nichterfolgtseins der Beiwohnung widerlegt werden; als Konzeptionszeit werden 9 Kalendermonate oder 40 Wochen im allgemeinen angenommen, doch wird die Frage der Konzeptionszeit in jedem einzelnen Fall als Tatfrage behandelt. Das Kind der wieder heiratenden Witwe, welches nach Maßgabe der Konzeptionszeit sowohl vom ersten wie vom zweiten Ehemann erzeugt sein könnte, kann sich nach Erreichung der Diskretionsjahre den Vater wählen. Die Adoption ist dem englischen Recht unbekannt; das tatsächliche Pflegeelternverhältnis hat einige Bedeutung bei Auslegung der Testamente.

b) Die elterliche Gewalt ist schon seit dem 13. Jahrhundert zu einer bloßen gesetzlichen Altersvormundschaft (guardianship) des Vaters bezw. der Mutter abgeschwächt; sie endet daher schon seit Bractons Tagen mit erreichter Volljährigkeit. Der Vater ist verpflichtet zur protection, d. h. insbesondere zur gerichtlichen Vertretung; ferner zur education, die sich nach der weltlichen Seite nur auf elementaren Unterricht im Lesen, Schreiben und Rechnen zu erstrecken braucht (39/40 Vict. c. 29, 43/44 Vict. c. 23), aber suitable to exspectations gewährt werden soll, während anderseits die religiöse Erziehung vom Vater bestimmt wird (und zwar gilt auch nach seinem Tode die Präsumption, daß er das Kind in seiner Konfession erziehen lassen wollte, und es wird gegen Erziehung in einer andern Konfession [etwa seitens der Mutter] gerichtlich eingeschritten, es sei denn, daß die abweichende konfessionelle Erziehung nach Art und Dauer bereits deep impression gemacht hat); endlich hat der Vater in noch kärglicheren Grenzen die Pflicht zur Alimentation, maintenance: diese erstreckt sich nur auf notdürftige — nicht standesgemäße — Alimentation arbeitsunfähiger Kinder und konnte nach alter common law weder vom Kinde noch von denjenigen Dritten, welche tatsächlich die Fürsorge geleistet hatten, erzwungen werden; doch subintellegiert die Praxis leicht einen Alimentationsvertrag mit Dritten, und die Armengesetzgebung (Poor Laws 43 Eliz. c. 2, 5 Geo. I 8, 59 Geo III 12, 31/32 Vict. c. 122) hat allmählich eine allgemeine, erzwingbare

Alimentationspflicht für Vater, Mutter, Großvater und Großmutter und Kind zu Gunsten arbeitsunfähiger Personen geschaffen. Anderseits hat der Vater das Recht auf possession and custody of the person of his child, er hat das Züchtigungsrecht (das der Lehrer in loco parentis übt) und er ist Verwalter des Kindesvermögens, doch derart, daß er lediglich als guardian wie ein trustee steht, abzurechnen hat und ein eignes Nutzungsrecht nicht besitzt; das Kind schuldet subjection, honour and reverence. Nach des Vaters Tode hat die Mutter custody an Stelle des Vaters. Die lose Regelung des englischen Kindesrechts erklärt sich aus der starken sittlichen Kraft des englischen Familienlebens.

c) Das uneheliche Kind (bastard) wird seit alters (aber Brunner, Sav. Z. 17, 9) familienrechtlich sehr ungünstig behandelt. Es ist filius nullius, filius populi; es steht weder in der Familie seines Erzeugers noch in der seiner Mutter, hat nicht einmal den Namen der letzteren, sondern kann sich einen beliebigen Namen wählen; es hat nach keiner Seite Erbrecht. Doch ist die Mutter zur custody berechtigt und hat die Unterhaltspflicht bis zum vollendeten 16. Jahre bezw. bis zur Heirat der unehelichen Tochter; heiratet die Mutter, so geht diese Pflicht (bis zu ihrem Tode) auf ihren Mann über. Nur die nicht alimentationsfähige Mutter kann innerhalb von 12 Monaten nach der Geburt beim Friedensrichter eine bastardy (affiliation oder maintenance) order auf Alimentation des Kindes gegen den Erzeuger durchsetzen, so daß dieser nur subsidiär haftet (7, 8 Vict. 101; 35, 36 Vict. 65; 36, 37 Vict. 9). Für die verbotenen Ehegrade und die Frage des Inzests hat das natürliche Blutsband dagegen seine volle Wirkung.

Pollock and Maitland II 434 ff., 394 ff., Blackstone I ch. 16; Stephen III ch. 3; Renton, s. v. infant, parent and child, bastard etc.; Eversley, l. c. 1896; Ford, Matrimonial law and guardianship, 1888, Simpson, Infants 1890²; Neubauer, Z. f. vgl. R.W. IV 363.

3. Das Vormundschaftsrecht beruht seit dem Mittelalter auf dem Gedanken der Obervormundschaft des Königs als pater patriae; die Vormundschaft der Familiengenossen ist von alters durch die Tätigkeit der königlichen Beamten stark zurückgedrängt, aber noch in einigen Resten vorhanden. Daß das Vormundschaftsrecht sehr unvollkommen ausgebildet ist, hat man historisch mit Recht zurückgeführt auf die frühe starke Entwicklung der Königsgerichtsbarkeit, welche ein schnelles Eingreifen im konkreten Bedarfsfalle (guardian ad litem; s. u.) ermöglichte, sowie auf die geistliche Gerichtsbarkeit in Mobiliarerbsachen, welche eine Ausdehnung der Grundsätze über die Lehnsvormundschaft (guardianship in chivalry und in socage) auf allodiale Fahrnis verhindern mußte; hemmend wirkte aber, besonders seit Ausgang des Mittelalters, offenbar auch die fast ausschließliche Berücksichtigung der Vermögensinteressen, welche zwar den Bedürfnissen der gentry, nicht aber denen der ärmeren Klassen Rechnung trug. Das englische Recht kennt nur die Vormundschaft über Minderjährige (infants) und über Geisteskranke und -Schwache (lunatics, idiots); eine besondere Vormundschaft über Verschwender (unthrifts; s. u.) ist ihm unbekannt.

a) Die Vormundschaft über infants ruht zunächst, unserer elterlichen Gewalt entsprechend (s. o. Nr. 2), bei Vater bezw. Mutter, die hier unter den allgemeinen Begriff des guardian gebracht werden (guardianship by nature, g. for nature); im übrigen kommen einmal in Betracht die alten, jetzt tatsächlich obsolet gewordenen Fälle der Immobiliarvormundschaft: guardianship in socage, zu welcher der next of blood bis zum vollendeten 14. Jahre des ein socage erbenden infant berufen ist, guardianship by election, welche der socage-Erbe nach vollendetem 14. Lebensjahr durch freie Wahl herbeiführen kann, und guardianship by custom, zu welcher der next of blood eines copyhold-Erben berufen ist; als next of blood ist aber immer nur berufen, wer auch nicht eventuell Intestaterbe des betreffenden socage oder copyhold werden kann. Anderseits kommt als praktisch wichtig zunächst in Betracht der guardian by statute (testamentary guardianship), welcher seit 12 Charl. II c. 24 (o. § 6 Nr. 2) vom Vater (durch deed oder will, unter Ausschluß der gesetzlichen Immobiliarvormünder) für den Fall seines Todes ernannt werden kann, derart, daß seit der Guardianship of Infants Act (49/50 Vict. c. 27) der so ernannte Vormund neben der überlebenden Mutter des infant

fungiert, und daß auch die Mutter in gleicher Weise einen guardian — eventuell neben dem schon vom Vater bestellten — ernennen kann. Fehlt es an einem so ernannten Vormund, so kann der High Court of Justice, Chancery Division einen Vormund bestellen und den infant damit zum sog. ward of court machen; diese Bestellung erfolgt aber im allgemeinen nur für vermögende Mündel, für unvermögende nur zum Zweck der Heiratsgenehmigung, bei Begehung gewisser strafbarer Handlungen seitens des infant, bei Entsetzung des gesetzlichen Vormunds und in einigen anderen Fällen. Der guardian hat Gewalt über die Person des Mündels; er hat insbesondere den writ of habeas corpus (dem aber das Mündel selbst nicht unterliegt, sobald es reif ist, to exercise a choice on the subject), und er hat das Mündel zu erziehen; am Vermögen des Mündels anderseits hatte der alte Immobiliarvormund einen eignen estate, entsprechend unserer muntschaftlichen Gewere; dagegen hat der bestellte Vormund lediglich ein Verwaltungsrecht, bedarf zu allen Verfügungen besonderer Ermächtigung seitens des Gerichtshofs und hat am Schluß der Verwaltung abzurechnen. In vielen Fällen kann ein guardian zum Spezialzweck (for special purpose) bestellt werden; der wichtigste Anwendungsfall ist der guardian ad litem, der Vertreter des beklagten infant. Jede Art der guardianship kann wegen Mißbrauchs vom Gericht entzogen werden.

b) Die königliche Fürsorge über idiots (mit dementia a nativitate) und lunatics (mit dementia accidentalis) ist nicht der Chancery Division als solcher, sondern dem Lord Chancellor und den einzelnen Lord Justices persönlich delegiert. Sie wird jetzt für beide Kategorien — einschließlich der in concreto etwa als geistesschwach erscheinenden Taubstummen, Tauben, Stummen, Blind und Tauben — im wesentlichen gleichartig geübt auf Grund der neuen Irrengesetzgebung (Lunacy Act von 1890, 53/54 Vict. c. 5; 1891, 54/55 Vict. c. 65), welche sich zum Teil an ältere Gesetze anschließt. Das Prinzip der alten common law, daß jemand als Geisteskranker nur auf Urteil einer jury behandelt werden darf, die auf Grund eines writ de idiota (lunatico) inquirendo zusammentritt, ist für das ordentliche Verfahren zu Gunsten vermögender Geisteskranker bewahrt: auf Anweisung des Chancellor entscheidet dessen Untergebener, der master in lunacy, mit mindestens 12 Geschworenen nach eingehender Untersuchung über die Zurechnungsfähigkeit, und es wird sodann für den Geisteskranken eine ihm nahestehende Person als committee zur Fürsorge für Person und Vermögen eingesetzt, derart, daß zwar die Vermögensverwaltung, nicht aber die Obhut der Person dem nächsten Erben anvertraut werden darf und dementsprechend auch zwei verschiedene Personen als committee fungieren können. Der Vermögensverwalter steht wie ein curator und hat dem master of lunacy jährlich Rechnung zu legen. Vermögenslose werden in summarischer Weise lediglich auf Grund einer Order des Grafschaftsrichters oder Friedensrichters, die zum Erlaß zwei Ärzte zuzuziehen haben, den öffentlichen Irrenanstalten überwiesen. Unter einer dem Chancellor nachgeordneten Zentralbehörde, den Commissioners of Lunacy, findet durch die Visitors of Lunacy eine musterhaft durchgeführte ständige Kontrolle aller Geisteskranken statt. — Für Verschwender kann ein committee of the estate, dagegen nicht ein committee of the person ernannt werden.

Pollock and Maitland I 299 ff., II 441 ff.; Blackstone I ch. 17; Stephen III ch. 6, IV 1 ch. 6 n. 9, IV, 3 ch. 5; Renton, s. v. infants, idiot, lunacy etc.; Eversley, l. c., 1896; Ford, l. c., 1888; Renton, Law and Practice in Lunacy, 1896; Heywood and Massey, Lunacy Practice, 1900.

§ 10. Die Ausbreitung des englischen Privatrechts.

I. Innerhalb des großbritannischen Reichs. Der im vorstehenden skizzierte Privatrechtszustand besteht rein nur für das eigentliche Altengland, und auch hier galten lange für die sog. Pfalzgrafschaften (Durham, Lancaster, Chester), für Wales und für die Stadt Berwick am Tweed Besonderheiten (vgl. Gundermann § 14), die aber heute zu einigen partikularen Gewohnheiten zusammengeschrumpft sind. Das Recht Irlands steht demjenigen Altenglands sehr nahe; obwohl die alte irische Brehon Law gegenüber dem schon von Heinrich II. und besonders von Johann (1210) gesetzlich

eingeführten englischen Recht immer wieder hervordrang, und auch die späteren englischen Einzelgesetze vielfach nicht auf Irland angewendet wurden, trat eine enge Verbindung in der Rechtsentwicklung beider Länder ein, seit durch die sog. Poynings Laws (10 Henr. VII Ir. c. 22, 1495) alle damals geltenden Statuten auf Irland ausgedehnt wurden; seither lief die Gesetzgebung meist parallel; durch die sog. Yelverston's Act von 1782 (21/22 Geo. III Ir. c. 48) wurden dann abermals zahlreiche englische Gesetze auf Irland für anwendbar erklärt, und seit der Union von 1800 (39/40 Geo. III c. 67) binden die von dem seither gemeinschaftlichen Parlament erlassenen Statuten Irland nur dann nicht, wenn dies im Statut ausdrücklich bestimmt wird; die Einheitlichkeit der Judikatur beider Länder wird trotz ihrer sonst getrennten Gerichtsorganisation gefördert durch die gemeinsame höchste Instanz des House of Lords. (Ayres, Comparative View of the English and Irish Statute and Common Law in the order of Blackstone's Commentaries, 1780; Irish Statutes, revised edition (bis 1880) ed. Cullinon, 1885; Irish Reports und Irish Law Reports.) Schottland hat dagegen ein vom englischen stark abweichendes Privatrecht; obwohl auch hier seit dem 12. Jahrhundert das anglonormannische Recht eindrang, so daß das schottische Rechtsbuch Regiam Maiestatem mit Glanvilla eng verwandt ist, hat der enge Zusammenhang des Landes mit Frankreich und vor allem der hier andauernd starke Einfluß der Kanonisten zu einer tiefgehenden Romanisierung der Scotch Law geführt; bei der Union 1706 (5 Anna c. 8, Rev. Stat. 6 Anna c. 11) wurde das schottische Recht, das übrigens durch das englische nicht unbeeinflußt geblieben war, aufrechterhalten; doch haben seither die Statuten des jetzt gemeinsamen Parlaments auch für Schottland mangels abweichender Bestimmung ohne weiteres Geltung (Bell, Principles of the Law of Scotland, 1885[8]; Erskine, Principles of the L. of Sc., 1890[18]; Zeitschrift: Juridical Review, 1889 ff.; Scottish Law Reporter, 1855 ff.). Die Insel Man und die meisten nördlich von Schottland gelagerten Inseln haben infolge langer Unterwerfung unter Norwegen ein besonderes, dem alten norwegischen und angelsächsischen nahestehendes Recht, während die Kanalinseln (Jersey, Guernsey, Sark, Alderney), die beim Übergange der Normandie an Frankreich bei England verblieben, das altnormannische Recht (Brunner, Schwurg. 127 ff.) des Grand Coutumier de Normandie wenig verändert bewahrt haben; für alle diese Inseln gelten die Parlamentsstatuten nur im Falle ausdrücklicher Bestimmung (Stephen, Introd. s. 4, Gundermann §§ 14 ff.). Das Privatrecht der englischen Kolonien beruht zum größten Teil auf dem englischen Recht, doch findet in aller Regel ohne weiteres nur die common law Anwendung, die Statuten dagegen nur insoweit, als sie zur Zeit des Erwerbs der Kolonie schon erlassen waren oder nachträglich durch das Parlament oder die Legislative der Kolonie besonders eingeführt worden sind. Die gesetzgebende Gewalt der Kolonien ist in verschiedener Weise geordnet: entweder gibt der Gouverneur allein die Gesetze (in einigen Kolonien in Konkurrenz mit dem Privy Council) oder gemeinschaftlich mit einem von der Krone ernannten gesetzgebenden Körper (hier stets in Konkurrenz mit dem Privy Council), oder aber gemeinschaftlich mit einem zum Teil gewählten Gesetzgebungskörper (nur in einigen Fällen in Konkurrenz mit dem Privy Council), oder endlich gemeinschaftlich mit einem lediglich gewählten Kolonialparlament und einer diesem verantwortlichen Regierung; die Kolonialgesetze können stets von der Reichsregierung (Kolonialsekretär), der sie vorzulegen sind, kassiert werden. Die Kolonialgesetze dürfen den englischen Gesetzen widersprechen, doch derogiert jedes für die Kolonie besonders erlassene Gesetz des Reichsparlaments den Rechtssätzen der Kolonie (Colonial Laws Validity Act 1865, 28, 29 Vict. 63). Die Kolonien haben ihre besonderen Gerichtshöfe mit Appellation an das Privy Council; in einer Reihe von Gebieten (Cypern, auf den Inseln des Stillen Ozeans, den chinesischen Besitzungen, Ostafrika) wird die Jurisdiktion nach Art der Konsulargerichtsbarkeit gemäß der Foreign Jurisdiction Act von 1890 (53/54 Vict. 37) geübt. Unter den wichtigeren Kolonien haben einen hiernach auf dem englischen Recht, insbesondere der common law, beruhenden Privatrechtszustand: in Europa Gibraltar, während in Malta neben lokalen Gewohnheiten römisch-französisches Recht (Code Rohan aus der Ordenszeit) gilt; in Asien vor allem das indische Kaiserreich, wo englisches Recht gilt (zum Teil in sog. Codes zusammen-

gefaßt — Ajmer-, Lower-Provinces-, Bombay-, British-Burma-, Coorg-, Madras-, North-Western-Provinces-, Oudh-, Panjab-, Central-Provinces-Code, sämtlich Calcutta, 1877 bis 1882, — für die Eingeborenen aber im Ehe-, Erb-, Kastenrecht und in Ansehung aller religiösen Gewohnheiten die Hindu Law bezw. Mohamedan Law aufrechterhalten ist (vgl. Kohler, Z. f. vgl. R.W. VIII 89 ff., IX 321 ff., X 64 ff.), ferner Nordborneo, Labuan, die Straits Settlements, wo englisches, englisch-indisches und lokales Recht in verschiedener Mischung angewendet werden, und Hongkong, wo das Recht auf der common law beruht, während in Ceylon römisch-holländisches Recht und in Mauritius ein auf dem französischen Code beruhendes Recht zur Anwendung kommt; von den zentralamerikanischen Besitzungen die Bahamas, Barbados, Britisch-Honduras, Leewards-Islands, Jamaika, während Trinidad das spanische Recht bewahrt und die Windward-Islands zum Teil nach französischem Recht leben (civil code von St. Lucia von 1879); von den nordamerikanischen Besitzungen Neufundland und der größere Teil von Canada, während Niedercanada einen civil code von 1867 nach dem Muster des französischen besitzt, wie auch in Südamerika Britisch-Guiana das römisch-holländische Recht bewahrt hat; in Afrika die Goldküste, Lagos, Sierra Leone mit Gambia, während in Südafrika (Kapkolonie, Natal, den bisherigen südafrikanischen Republiken) römisch-holländisches Recht gilt; endlich die australischen Länder (Neusüdwales, Viktoria, West- und Südaustralien, Queensland, Neuseeland). In den nicht nach englischem Recht lebenden Kolonien werden vielfach doch in der Judikatur die englischen Reports herangezogen, zumal in handelsrechtlichen Fragen (so z. B. in der Kapkolonie, während man z. B. in Mauritius die französische Judikatur benutzt). Eine Zusammenstellung der Kolonialreports bei Renton, Encyclop. s. v. Law Report; ferner Tarring, Chapters on the Law relating to the Colonies, 1893; Hamburger bei Leske-Löwenfeld, Rechtsverfolgung I S. 341 ff.

II. Die Vereinigten Staaten von Nordamerika. Das Privatrecht der Vereinigten Staaten beruht auf der englischen common law, ist aber durch Statuten und die Gerichtspraxis in eigenartiger Weise fortgebildet worden. Der Rechtszustand ist kein einheitlicher; vielmehr ist zwischen Bundesrecht und Staatenrecht zu unterscheiden.

Der Kongreß ist gemäß Art. I 8 der Verfassung zuständig nur für die Gesetzgebung über Steuern, Anleihen, Handelsverkehr mit dem Auslande, Indigenat, Bankerott, Münz-, Maß-, Gewichtswesen, Post, geistiges Eigentum, Heer und Marine, Bundesfiskaleigentum. Die Bundesstatuten sind enthalten in den fortlaufenden Statutes at large of the United States of America (Boston, Little, Brown and Comp., 1845, I, seit 1874 Washington, Government Printing Office) und für den praktischen Gebrauch in den ebenfalls amtlichen Revised Statutes of the United States, sec. ed., Washington 1878 (Gesetze in Kraft 1873), dazu Supplements to Revised Statutes vol. I (Gesetze 1874—1891), vol. II n. 1—9 (Gesetze bis 1. März 1901). Für das Privatrecht ist von der Bundesgesetzgebung besonders wichtig das Konkursgesetz vom 1. Juli 1898, ergänzt durch die General Orders in Bankruptcy des Supreme Court vom 28. November 1898 (Kohler, Z. f. H.R. 52 S. 431 ff.), sowie das Gesetz über patents, trade marks und copyright vom 8. Juli 1870, dazu Novellen 1874, 1893, 1897, 1899 (Kohler, Hdb. des Patentr. S. 40 f.). Die Bundesgerichtsbarkeit wird geübt durch besondere Bundesgerichte, nämlich den Supreme Court of the United States in Washington (Chief Justice und 8 Associate Justices), neben dem für Fiskalsachen der Court of Claims steht, ferner durch Circuit Courts of Appeal und Circuit Courts (sämtliche Staaten sind auf 9 Circuits verteilt; in den Circuits-Gerichtshöfen sitzt der Chief Justice bezw. ein Associate Justice des obersten Gerichts nebst einem für den Circuit bestellten Circuit Justice bezw. in der Appellinstanz neben zwei Circuit Justices und den Distriktsrichtern des Circuit), sowie durch (ca. 70) District Courts (mindestens einer für jeden Staat, besetzt mit einem District Justice); in den sog. Territorien fungieren als Bundesgerichte Friedensrichter für Bagatellsachen, District Courts und ein Supreme Court für das Territorium (während in dem lediglich unter der Bundesgewalt befindlichen Distrikt Columbia mit Washington Distriktsgerichte fehlen); die Berufung geht von den

Distriktsgerichten an den Circuit Court of Appeal, von den Circuits Courts an den Supreme Court; die Zuständigkeit aller dieser Bundesgerichte ist eine ausschließliche und erstreckt sich z. T. über den Bereich der Bundesgesetzgebung hinaus; insbesondere entscheiden sie in Prozessen gegen die Vereinigten Staaten, über gewisse Klagen der Ausländer, in Prozessen zwischen Angehörigen verschiedener Staaten u. s. w.. (vgl. W. Bocke, Handbuch der Rechtspflege in den V. St., Köln 1891), und sie wenden dementsprechend neben dem Bundesrecht auch Staatenrecht an (Sammlungen der Entscheidungen des Supreme Court von Dallas, Cranch [1801—1815], Wheaton [von 1817 an], ferner von Howard, Otto, Peters, Wallace; Reports der Circuits- und Distrikts-Gerichte bei Kempin, Rechtsquellen S. 77; ferner Myer, Federal Decisions, 20 vol., St. Louis 1884—1894).

Die Einzelstaaten und Territorien haben die gesetzgebende Gewalt, soweit sie nicht dem Kongreß zusteht und von diesem ausgeübt wird (Holst bei Marquardsen IV 3, 1885, S. 146 ff.; A. Rentner, Verf. der Ver. St., 1901, S. 50 f.). Sie haben sämtlich — teils, wie New York, Massachusetts, New Jersey und Maryland, in ihren Verfassungen, teils durch Gesetz, teils durch Gewohnheit — die englische common law samt den Statuten als Grundlage ihres Privatrechts angenommen (dazu Kent-Holmes, Com. I 3 l. 21 S. 473), und zwar vielfach so, wie sie als englisches Kolonialrecht zur Zeit des Erwerbs der Unabhängigkeit galt (z. B. New York vom 19. April 1775 an, Mississippi und Georgia von 1776 an), oder aber so, wie sie zu einem bestimmten anderen Zeitpunkt sich verhielt (z. B. ist maßgebend das 4. Jahr Jakobs I., 1606, in Virginia, Arkansas, Illinois, Indiana, Missouri); ergänzt ist der Rechtszustand durch vielfache, oft von einem Staate dem anderen nachgeahmte, der common law angepaßte Statuten. Nur in Louisiana, Texas, Neumexiko und Arizona ist der englische Charakter des Privatrechts trotz grundsätzlicher Annahme der Common law nicht gewahrt geblieben; in der früheren französischen Kolonie Louisiana ist das französische Recht bald wieder vorgedrungen und hat das englische größtenteils verdrängt; in den anderen drei — früher mexikanischen — Gebieten herrscht eine Mischung von spanischem und englischem Recht. — Die Statuten der einzelnen Staaten sind im Laufe des 19. Jahrhunderts vielfach zusammengefaßt worden als Revised Statutes (so New York), General Statutes (z. B. Minnesota 1866 und als nachträglich mit Gesetzeskraft versehene Privatarbeit 1878), auch Revised Code (z. B. Maryland, Delaware, Virginia, North Carolina, Tennessee) ohne daß es sich um eine Kodifikation handelt; einige wenige Staaten sind zu Kodifikationen des Zivilrechts gekommen, nämlich Louisiana (Civil Code of Louisiana von 1824, revidiert 1870, auf dem französischen code civil beruhend), ferner Kalifornien (Civil Code vom 21. März 1872, ergänzt 1895) und die beiden Dakota (civil code von 1887, dem kalifornischen nachgebildet), während die Vorlage des kalifornischen Code, der civil code of the state of New York (Albany 1865), Entwurf geblieben ist; außerdem aber haben sehr viele Staaten ihr Prozeßrecht kodifiziert und damit zugleich große Teile des mit den Prozeßnormen eng verbundenen Privatrechts, so daß man die codes of civil procedure vielfach auch als civil codes bezeichnet (eine Zusammenstellung aller dieser legislatorischen Arbeiten gibt Kempin, Die Rechtsquellen der Gliedstaaten und Territorien der V. St., 1899; Frederic J. Stimson, American Statute Law, Boston 1888 ff., ordnet das gesamte Statutarrecht der Einzelstaaten systematisch für den praktischen Gebrauch). Die Bemühungen der Statutargesetzgebung sind vielfach erfolglos geblieben, weil die Judikatur der Bundes- wie der Staatengerichte die Gesetze immer wieder im Sinne der common law auslegt und so vielfach über sie fortschreitet (vgl. Salomonsohn, Der gesetzliche Schutz der Baugläubiger, 1900, S. 5 ff., bes. S. 12[1]). — Was die Gerichtsorganisation der Staaten und Territorien anlangt, so ist diese von der des Bundes durchaus unabhängig: als unterste Instanz für Bagatellsachen urteilen die Friedensrichter der einzelnen townships, precincts oder parishes; als höhere Gerichte (Courts of records) bestehen mehrfach County Courts (für Vormundschafts-, Nachlaß-, Insolvenzsachen und für Streitgegenstände geringeren Wertes), sodann stets die eigentlich ordentlichen, in erster Instanz un-

beſchränkt zuſtändigen, als Circuit Courts, Superior Courts, Courts of common pleas u. ſ. w. bezeichneten Gerichte (zugleich Berufungsgerichte für die unteren Gerichtsklaſſen) und endlich als höchſtes (Berufungs-)Gericht des Einzelſtaats der Supreme Court (auch Court of Appeal u. ſ. w. genannt), deſſen Entſcheidung die unteren Gerichte als Präjudiz bindet, wie anderſeits alle Staatengerichte an die Entſcheidungen des oberſten Bundesgerichts gebunden ſind, ſoweit die Auslegung des Bundesrechts (Verfaſſung, Geſetze, Verträge in Betracht kommt). Die Entſcheidungen der Staatengerichte werden vielfach durch amtlich beſtellte Reporters geſammelt (die Sammlungen ſind aufgezählt bei Kempin l. c.) Die amerikaniſchen Gerichte zitieren die engliſchen Präjudizien „arguendo“, während die neuere engliſche Praxis (Court of Appeal, 1889) die entſprechende Heranziehung der amerikaniſchen Praxis trotz Anerkennung ihres wiſſenſchaftlichen Wertes ablehnt.

Die Amerikaner verwenden die engliſche Literatur, haben ſich aber ſelbſt ebenfalls eine wertvolle Literatur geſchaffen; das leitende Handbuch ſind die an Blackſtone angelehnten Commentaries on American Law von James Kent, ſpäter herausgegeben von O. W. Holmes 1896[14]; zur Einführung geeignet T. Walker, Introduction to American Law, 1895[10]; über Story, Commentaries on equity ſ. n. hinter § 2; eine veraltete deutſche Darſtellung iſt Dreding, Das gem. Recht der Ver. Staaten, New York 1866. Literaturangaben im Katalog des Reichsgerichts I S. 746 ff., II S. 834 ff. (dort auch bibliographiſche Hilfsmittel), des Reichsjuſtizamts S. 1023 ff. und der Hamburger Kommerzbibliothek passim. Zur Orientierung in den Zeitſchriften: A. Jones, Index to legal periodical litterature, Boſton 1888. Über die amerikaniſchen Law schools Wäntig in Schmollers Jahrbuch, 1902.

bb) Grundzüge des romanischen Rechts.

Von

Dr. **Carl Crome**,
o. Professor der Rechte an der Universität Bonn.

Einleitung.

§ 1. Wie in den Ländern der lateinischen Münzkonvention der Frank die Einheit der Währung repräsentiert, so herrscht unter den Völkern der romanischen Rasse eine Rechtseinheit, die sich aufbaut auf den Code Napoléon. In diesem verkörpert sich bis auf den heutigen Tag die zivilistische Weisheit der romanischen Nationen, wenn das Gesetz auch nur den Stamm bildet, an welchen sich in den verschiedenen Territorien eine zum Teil abweichende Rechtsentwicklung angesetzt hat. Letztere hat im Detail gebessert, die Grundgedanken aber unverändert gelassen. Diese selbst sind überlieferte Rechtsgedanken einesteils des französischen ancien régime: der Zeit des Königtums, da Frankreich in zwei große Rechtsgebiete zerfiel, die südlichen des droit écrit (wo die romanische Rasse das römische Recht in unmittelbarer praktischer Geltung erhielt) und die germanischen, mehr nördlichen, in denen das Volk (nach Vergessen der alten Volksrechte und Kapitularien) lange Zeit nur nach Gewohnheitsrecht lebte, bis schließlich diese teils lokalen, teils provinzialen coutumes in jahrhundertelanger Arbeit von Staats wegen aufgezeichnet und so der Nachwelt erhalten wurden. War das Recht dieser Länder (das droit coutumier) zwar nunmehr auch ein geschriebenes, so stand es doch dem römischen in ähnlicher Weise entgegengesetzt gegenüber, wie die deutschen Stadt- und Landrechte dem römischen Recht. Dieses ringt mit ihnen um die Herrschaft, und der Erfolg ist hier ein ungleicher. Je mehr nach Norden, um so geringer ist die Einwirkung des römischen Rechts; je mehr nach Süden, um so größer wird sie; bis schließlich die reine römische Rechtszone (wenn auch nicht auf der unverfälschten Basis des corpus iuris, sondern vielfach der leges Romanae barbarorum) beginnt.

Gegenüber diesem uralten Rechtszustande, der der Wissenschaft hauptsächlich die Aufgabe der Überbrückung der vorhandenen Gegensätze (durch eine Art praktischer Rechtsschule) zuwies, vertrat das reformatorische Element nur zögernd die staatliche Gesetzgebung in Gestalt der sog. königlichen Ordonnanzen (Louis XV: sur les donations 1731, sur les testaments 1735, sur les substitutions 1747 etc.) und mehr noch die Naturrechtsschule. Die Quintessenz der Jurisprudenz des ancien régime ziehen Domat in seinem Werk: Lois civiles dans leur ordre naturel und Pothier in seinen zahlreichen traités über einzelne Materien des Zivilrechts und in seiner Bearbeitung der coutume d'Orléans, die für den Code Napoléon von maßgebendem Einfluß waren.

Von größter Bedeutung endlich wurden für dieses Gesetz die Errungenschaften der großen französischen Revolution, die (in der Gewährleistung der persönlichen Freiheit, der Gleichheit vor dem Gesetz, Unverletzlichkeit des Eigentums, Unabhängigkeit des bürgerlichen Rechts von dem religiösen Bekenntnisse, sowie in der Verwerfung aller feudalen Institutionen: Lehen, Fideikommisse, Erbrenten, Erbpacht) im wesentlichen schon die Grundsätze brachte, deren wir in Deutschland allgemein erst seit dem Jahre 1848 teilhaftig geworden sind.

Der Code Napoléon zog nur das Fazit dieser Entwicklung, unter Einhaltung jener glücklichen Mittellinie, welche die Bürgschaft dauernden Erfolges in sich trägt. So hat dieses Gesetz sich, wie sein Autor, die halbe Welt erobert: es ist die modernste aller Gesetzgebungen seiner Zeit. Selbst wo seine Herrschaft (wie nach der französischen Invasion in Deutschland) wieder aufgehoben wurde, waren die Keime, die es hinterließ, tausendfältige. Daraus erklärt es sich, daß insbesondere auch die romanischen Völker für die eigene Gesetzgebung sich meist das französische Vorbild zum Muster nahmen, das schon als Kompromiß der verschiedenen Nationalitäten auf lateinischem Boden zu stande gekommen war, als solches ihren Bedürfnissen vorzugsweise entsprach und überdies gewissermaßen als Palladium der Freiheit auf dem Gebiete der Zivilrechtsorganisation erschien. Italien nahm in seinem Zivilgesetzbuch von 1865 die Grundsätze des Code Napoléon in Anpassung an die dortigen Verhältnisse an. Ähnliches tat Spanien in seiner Kodifikation vom Jahre 1889[1], ähnliches schon früher Holland, zahlreiche schweizerische Kantone (Neuenburg, Waadt, Freiburg, Tessin) und Rumänien, während in Belgien, Luxemburg, im Kanton Genf und Teilen von Bern der Code Napoléon in der Urform, wenn auch nicht ohne Abweichungen, gilt. Letztere beziehen sich in allen diesen Staaten vorwiegend auf das Immobiliarsachenrecht, in dem meistens das sog. Transkriptionssystem eingeführt ist; sie liegen in der Bevorzugung eines bestimmten Güterrechtssystems für Ehegatten, namentlich des Dotalrechts in den südlichen Ländern; endlich liegen sie in der Abschaffung des französischen Obligationenrechtes in der Schweiz. Aber diese Differenzen sind gering im Verhältnis zur kompakten Masse des gemeinsamen Rechtsstoffs und der ganzen Denkweise der romanischen Völker in Rechtssachen, die an dem Code Napoléon, als einer neuen Art von corpus iuris, großgezogen ist. Tatsächlich beherrscht auch die französische Jurisprudenz nach Art der alten „Oberhöfe" die übrigen Länder. Die Entscheidungen des Pariser Kassationshofs werden hier ebenso beachtet wie die des eigenen Landes und beeinflussen die letzteren sichtlich. Und ebenso verhält es sich mit der Doktrin (die ihrerseits mehr als bei uns von der Judikatur abhängt). In dem französischen Recht liegt daher auch der Schwerpunkt unserer Darstellung, da es den Schlüssel aller vorhandenen Erscheinungen an die Hand gibt. Doch folgt unsere Darstellung im Interesse der deutschen Leser der bei uns geläufigen Form, schließt sich also im wesentlichen an das System unseres Reichsrechts an. Inhaltlich kann sie an dieser Stelle nicht mehr sein als eine kurze Übersicht. Wer mehr will, findet es in deutscher Sprache einzig in meinem Handbuch des französischen Zivilrechts (auf der Grundlage von Zachariae), 8. Aufl. 1894—95, 4 Bde., zuzüglich meiner dort Bd. 1 S. 79 ff. zitierten Ergänzungsschriften. Im übrigen ist auf die Literatur der betreffenden Länder zu verweisen. Doch gibt es über italienisches und spanisches Recht auch einige französische Schriften. S. u. § 2.

§ 2. Bei der ausländischen Literatur berührt uns vor allem fremdartig, daß sie sich fast ausschließlich an die Legalordnung anschließt, also im Grunde über die Kommentarform nicht hinauskommt. Dies stört um so mehr, als das System des Gesetzes allenthalben ein ziemlich unvollkommenes ist. Nach einer kurzen Einleitung wird

[1] Doch läßt Art. 12 des Código civil español die Orts- und Statutarrechte (fueros), geschriebene und ungeschriebene, bestehen. Das Gesetz hat also nur subsidiäre Geltung. Wer den spanischen Partikularismus aus eigener Anschauung kennt, wird es begreiflich finden, daß hier zur Zeit nicht mehr zu erreichen war. An anderen Stellen hat die Rücksichtnahme auf den Klerus das Zustandekommen eines modernen weltlichen Gesetzbuchs beeinträchtigt, so namentlich im Eherecht.

regelmäßig das Recht der Personen (einschließlich des Familienrechts), der Sachen (mit Eigentum und Servituten) und schließlich der Erwerbsarten des Eigentums, also gewissermaßen das Verkehrsrecht (mit ehelichem Güterrecht, Pfandrecht, Verjährung) rein äußerlich aneinandergereiht. Dazu sind diese Kommentare äußerst weitschweifig und registrieren regelmäßig die gesamte Judikatur. Ähnlich die Encyklopädien und anderen Sammelwerke.

Als neueste Erscheinungen sind hier zu erwähnen:

I. Demolombe, Cours de Code Napoléon (seit 1845), 31 Bde. bis zum contrat de mariage. Fortgesetzt von Guillouard (die auf die einzelnen Titel des Gesetzbuchs bezüglichen Abhandlungen werden auch einzeln zitiert). — Demante & Colmet de Santerre, Cours analytique de Code civil, 9 Bde. (2. Aufl. 1881—1895, 3. Aufl. seit 1895). — Aubry-Rau, Cours de droit civil français (aus einer Übersetzung von Zachariae entstanden), 4. Aufl. in 8 Bdn. (1878), 5. Aufl. in 10 Bdn. (seit 1897). — Baudry-Lacantinerie, Traité théorique et pratique de droit civil (ebenfalls in einzelne Abhandlungen zerfallend, unter Zuziehung von Mitarbeitern). Seit 1896. Précis de droit civil, 3 Bde., 8. Aufl. seit 1902. — Huc, Commentaire théorique et prat. du c. c. Seit 1891. — De la Bigne de Villeneuve, Eléments de droit civil, 3 Bde., 2. Aufl. seit 1902. — Planiol, Traité élémentaire de droit civil, 3 Bde. 2. Aufl. 1901. — Mit besonderer Rücksicht auf Belgien: Laurent, Principes de droit civil, 33 Bde. (1869—1878. Abgekürzt in 4 Bdn. als cours élémentaire, 1878). Dazu jetzt Supplément aux principes de droit civil de F. Laurent par R. Janssens etc. (berechnet auf 8 Bde.). Seit 1896. — Handkommentare von Dalloz, C. civ. annoté, 1873 ff. Supplém. 1890. Nouveau c. c. ann. in 4 Bdn. seit 1900. — Fuzier-Herman desgl. 4 Bde. 1881—1893. Supplém. seit 1900. — Sirey desgl. 4. Aufl., 3 Bde. 1901. Für Belgien Beltjens c. c. belge annoté, 1881.

Vgl. auch Viollet, Histoire du droit civil français, 2. Aufl. 1893. — Geny, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 1899. — Über das Verhältnis zum Kirchenrecht Allègre, Le Code civil commenté . . ., 5. Aufl. 4 Bde. 1892.

Alphabetische Repertorien (eine in Frankreich sehr beliebte Literaturform): Dalloz, Répert. méthodique etc. de législation, de doctrine et de jurisprudence, 1846—1869, 48 Bde. Supplément 1887—1897, 19 Bde. — Pandectes françaises (Rivière etc.). Seit 1886, noch nicht vollendet. — Ähnlich Répertoire général (A. Carpentier & Frère Jouan Du Saint). Seit 1887.

Zeitschriften: Sirey etc., Recueil général des lois et arrêts. Seit 1791 (seit 1865 verbunden mit dem ehemaligen Journal du Palais). — Dalloz, Recueil périodique. Seit 1845. — Pandectes françaises. Seit 1886 (die letzteren in Verbindung mit den oben zitierten Repertorien, gewissermaßen als deren Fortsetzung). Den Hauptinhalt bilden Entscheidungen des Kassationshofs u. a. Gerichte u. s. w. mit Besprechungen, Gesetze, Literatur. — Ähnlich für Belgien die sog. Pasicrisie Belge. — Ganz neu: Revue trimestrielle de droit civil (seit 1902). — S. noch Nouvelle Revue historique de droit franç. et étranger; ferner Clunet, Journal du droit international privé (seit 1874) und die Revue de droit international (seit 1869).

II. Das italienische Recht ist vorzugsweise monographisch bearbeitet. Gesamtdarstellungen von Ricci, Corso di diritto civile (1885), 10 Bde. — Lomonaco, Istituzioni di dir. civ., 2. Aufl. (1894 ff.). — Pacifici-Mazzoni, Codice civ. ital. commentato, 3./5. Ausg. 1893—97, neuestens 1902. — Fiore, Diritto civ. ital. unter Mitwirkung zahlreicher Autoren. Über 30 Bde. — Eine für Italien angepaßte Übertragung von Zachariae resp. Aubry-Rau (s. o.) ist von Landucci erschienen. — Filomusi-Guelfi, Enciclopedia giuridica (4. Aufl. 1901). — Del Giudice desgl. — Nani, Storia del diritto privato italiano (1902). — Eine ausgezeichnete Zeitschrift ist das Archivio Giuridico unter der Direktion von Serafini. Ebenso die Rivista italiana per le scienze giuridiche v. Schupfer u. Fusinato.

III. Das spanische Zivilgesetzbuch v. 24. Juli 1889 ist ins Französische übersetzt und kommentiert von Lévé (Paris 1890). — Im übrigen vgl. Lehr, Droit civil espagnol, 2 Bde. (1880—1890). — Spanische Schriften: Q. M. Scaevola, Legislación española, Código civil comentado. Sentencias y respuestas. — De Paso y Delgado, Derecho civil espagnol conforme al Código de 1889 (1890). — Burón García, Derecho civil espagnol (seit 1898). — Manresa y Navarro, Comentarios al Código civil esp. — Diaz Guijarro, El Codigo civil interpretado por el Tribunal supremo (seit 1900). — Jurisprudencia civil. Col. completa de las sent. dictadas por el Tribunal supremo (sehr alte Zeitschrift). — Jurisprudencia referente al Código civil.

Geschichte: D. José Maria Antequera, Historia de la legislación española desde los tiempos mas remotos hasta nuestros dias (2. Aufl. 1884) u. La codificación moderna en España (1887). S. auch v. Brauchitsch, Geschichte des spanischen Rechts (1852).

I. Allgemeiner Teil.

1. Herrschaft der Rechtsvorschriften.

§ 8. Was die romanischen Gesetzbücher in denjenigen Materien bringen, die wir heutzutage im allgemeinen Teil des bürgerlichen Rechts zusammenzufassen pflegen, ist äußerst dürftig. Der „einleitende Titel" des Code Napoléon und seiner Hauptnachfolger enthält im wesentlichen nur einige Sätze über objektives Recht, also die Vorschriften, auf welchen die einzelnen Rechtsbefugnisse beruhen. Da diese Vorschriften sich nicht nur auf das Zivilrecht, sondern auf die gesamte Rechtsordnung beziehen, erscheinen sie in dieser, vom übrigen Gesetzestexte abgesonderten Form. Seitdem das neue Recht in den betreffenden Ländern in Kraft getreten ist, herrscht in denselben jene Geringschätzung des Gewohnheitsrechts, die wir in Deutschland erst in letzter Zeit überwunden haben, und die sich wesentlich auf den Umstand gründet, daß die betreffenden Gesetze bestimmt waren, in den von ihnen behandelten Materien völlig an Stelle des bisherigen Rechtszustandes zu treten. So kommt Gewohnheitsrecht und überhaupt älteres Recht im wesentlichen hier nur außerhalb jener Materien und da vor, wo das Gesetz selbst auf den Ortsgebrauch u. s. w. verweist (s. z. B. Art. 590 ff., 593, 603, 645, 663, 671, 674, 1135, 1160, 1648, 1736, 1748, 1758 ff., 1757 ff., 1762 C.N.). Anders übrigens in Spanien (s. o. § 1).

Was die Gesetze angeht, so erlangen diese durch die Promulgation seitens des Staatsoberhaupts gemeinverbindliche Kraft; und zwar von dem Augenblicke an, da in jedem einzelnen Gebietsteil diese Promulgation als bekannt gilt (Art. 1 C.N.), oder einfach wie bei uns nach Ablauf einer gewissen Zeit seit Publikation des Gesetzes im Gesetzblatt. Regelmäßig wird auch bestimmt, daß die Gesetze keine rückwirkende Kraft haben, und daß bei Lücken des Gesetzes nach Analogie zu entscheiden sei (in der Form, daß sich der Richter auf Grund der Dunkelheit oder völligen Schweigens des Gesetzes der Entscheidung von Streitigkeiten nicht entziehen dürfe). Jede Entscheidung hat autoritative Kraft nur für den einzelnen Fall. Die moderne Trennung der Gewalten ist mit der Erlassung gemeiner Bescheide durch den Richter unverträglich (Art. 2, 4, 5).

Die Privatrechtsvorschriften sind meistens dispositiv. Zwingende Kraft hat nur, was mit der öffentlichen Ordnung oder den guten Sitten zusammenhängt (Art. 6).

Lückenhaft und dürftig (weit mehr noch als bei uns) ist das internationale Privatrecht (Art. 3 C.N.). Um so ausgiebiger ist dafür die Literatur. Das einheimische Recht ist unbedingt anwendbar, soweit die Anwendung durch die öffentliche Ordnung und Sicherheit des Staates (einschließlich der guten Sitten) gefordert wird (die sog. lois de police et de sûreté). Im übrigen werden (nach der Statutentheorie) auf den Personenstand, die Rechts- und Handlungsfähigkeit der Personen grundsätzlich die Gesetze ihrer Heimat (Nationalitätsprinzip), auf die Rechtsverhältnisse an Sachen, jedenfalls an Grundstücken, das Gesetz am Orte ihrer Lage (lex rei sitae) zur Anwendung gebracht. Bei beweglichen Sachen folgt man noch vielfach der bei uns überwundenen Theorie: mobilia ossibus inhaerent, oder hat sie zum Teil (wie in Italien) gesetzlich festgelegt, so daß das Heimatsgesetz des Berechtigten entscheidet. — Schuldverhältnisse werden vielfach nach dem Entstehungsort der Obligation, — die Familienverhältnisse nach dem Heimatsrecht der Beteiligten (s. o.) bezw. des Familienhauptes, — das Erbrecht hinsichtlich der inneren Erfordernisse (validité intrinsèque des dispositions etc.) keineswegs geschlossen dem Heimatsrechte des Verstorbenen (Universalsuccession), sondern in Ansehung der zu vererbenden Immobilien vielfach der lex rei sitae unterstellt. — Alle äußeren Geschäftsformen (formes extrinsèques des actes entre vifs et de dernière volonté) werden regelmäßig nach dem Recht des Ortes der Vornahme des Akts beurteilt (locus regit actum). Doch genügt meist auch Beobachtung desjenigen Gesetzes, in dessen Bezirke das Geschäft zur Wirkung kommen soll (vgl. Art. 999 C.N.).

Vgl. Foelix (Demangeat), Traité du droit internat. privé (1866), 2 Bde.; Brocher, Cours de droit internat. privé (1882 ff.), 2 Bde.; Laurent, Droit civil international (1880 ff.), 8 Bde., und neuestens Bard, Précis de dr. i., Weiss, Traité théorique et prat. de droit int. privé (1892 ff.), Despagnet, Précis (seit 1886) u. A.

2. Von den Rechten und Rechtsverhältnissen.

§ 4. Die allgemeinen Lehren über das subjektive Recht oder die Rechtsbefugnisse der Einzelnen lassen sich nur aus den vielfach zerstreuten Vorschriften der romanischen Gesetze (die einen solchen Teil nicht kennen) herausziehen. Vgl. Crome, Allg. Teil d. mod. französischen Privatrechtswissenschaft (1892).

Während die Frage nach der Entstehung der Rechtsfähigkeit des Individuums zur Zeit wohl überall wie bei uns beantwortet wird, der bürgerliche Tod abgeschafft ist und die Verurteilung zu schwereren öffentlichen Strafen nur noch eine teilweise Verminderung der bürgerlichen Rechtsfähigkeit zur Folge hat, auch aus der Standes- oder Religionsverschiedenheit im Prinzip keinerlei Vorzüge oder Nachteile in Ansehung des bürgerlichen Rechts mehr hervorgehen, ist eine zivilrechtliche Zurücksetzung der Fremden teilweise noch nicht überwunden und äußert sich im Vorbehalt gewisser Rechte für die Inländer (und diejenigen Ausländer, die ein besonderes Wohnrecht in dem betreffenden Territorium erlangt haben). Art. 8, 11, 13 C.N. Zwar ist durch das französische Gesetz vom 14. Juli 1819 den Ausländern das Recht zu erben und durch freigebige Verfügung zu erwerben freigegeben (Art. 726, 912 C.N. sind abgeschafft); dennoch gesteht die Jurisprudenz den Fremden z. B. das Recht, die Verjährung oder eine gesetzliche Hypothek in Anspruch zu nehmen, gewisse eheliche oder elterliche Rechte auszuüben u. s. w., nicht oder doch nur zögernd zu. Volle Gleichstellung mit den Einheimischen gewährt dem Fremden das Bestehen eines internationalen Vertrags mit dem Heimatlande, der ein Reziprozitätsverhältnis zur Grundlage hat.

Die Beurkundung des Personenstandes ist in ähnlicher Weise wie bei uns organisiert; — nicht aber die rechtliche Behandlung verschollener Personen, indem eine eigentliche Todeserklärung nicht existiert, vielmehr die beim Verschwinden des Abwesenden vorhandenen nächsten Erben in Besitz und Genuß des zurückgelassenen Vermögens treten und späterhin darin verbleiben (absence présumée — declarée): in Anwendung der altertümlichen Grundsätze der sog. deutschrechtlichen cura absentis. Art. 112—143 C.N.

Neben den physischen gibt es in großem Umfang auch juristische Personen: Staat, Departements, Gemeinden, Bistümer, Kirchenfabriken, protestantische und israelitische Konsistorien, Hospitäler, Alters- und Versicherungskassen, Sparkassen, Leihhäuser, Schulen und andere Unterrichtsanstalten, religiöse Orden und Kongregationen, Arbeitersyndikate, — alle, soweit sie von der Regierung anerkannt sind oder sich dem Gesetz gemäß konstituieren. In letzterer Art erwerben auch Handelsgesellschaften juristische Persönlichkeit; ja in der Jurisprudenz besteht die Neigung, die Rechtsfähigkeit ohne weiteres nicht nur Vereinen mit nicht geschlossener Mitgliederzahl, sondern sogar der einfachen bürgerlichen Gesellschaft beizulegen, also dieselbe z. B. auf ihren Namen Grundeigentum erwerben, klagen und verklagen zu lassen und den Gesellschaftsgläubigern das Recht zu geben, sich vorzugsweise (vor den Gläubigern der einzelnen Gesellschafter) aus dem Gesellschaftsvermögen zu befriedigen.

§ 5. Die Güter (biens), nicht bloß die körperlichen Sachen, werden in bewegliche und unbewegliche geteilt. Dies hängt mit der überwiegenden Bedeutung zusammen, die dem unbeweglichen Vermögen vor dem beweglichen allgemein beigelegt wird. Rechte gelten als unbeweglich, wenn sie eine unbewegliche Sache zum Gegenstande haben oder der Anspruch auf Erlangung einer solchen gerichtet ist (actio immobilis quae tendit ad immobile). Der Grund des Anspruchs ist gleichgültig; nur eine Hypothek folgt regelmäßig der zu Grunde liegenden Forderung. Cf. Art. 526, 529 C.N. Die Neben-

sache folgt der Hauptsache, ist also wie diese beweglich oder unbeweglich. Dies gilt auch für die Zubehörden (Pertinenzen), z. B. das Gutsinventar, das Inventar einer Fabrik, eines Theaters u. s. w., wie überhaupt die Pertinenz- und Fruchtlehre ähnlich wie in unserem heutigen Rechte bestimmt ist.

§ 6. Ein Gleiches gilt (aus allgemeinen logischen Gründen) in Ansehung der Rechte und Rechtsverhältnisse. Dingliche, persönliche, Familien-, Autor- und sonstige Individualrechte u. s. w. sind in gleicher Weise wie bei uns bekannt, und auch der Charakter der einzelnen Rechtsfiguren (z. B. der Miete als bloßes Schuldverhältnis) stimmt im allgemeinen überein. Die Hauptquelle der Entstehung, des Erlöschens oder der Veränderung von Rechten bilden (neben dem Gesetz) die Willenserklärungen, Rechtsgeschäfte (actes) der Beteiligten. Enger ist der Begriff der Übereinkunft (convention), die einen Konsens zweier oder mehrerer Personen voraussetzt, und des Vertrages (contrat), durch welchen Verbindlichkeiten (engagements) auf Geben, Tun oder Unterlassen zwischen zwei oder mehreren Personen begründet werden. Doch gehen die Ausdrücke auch durcheinander.

Die Gültigkeitserfordernisse der Rechtsgeschäfte sind im wesentlichen dieselben wie bei uns (Art. 1108 ff. C.N.). Grundsätzlich besteht Formfreiheit, wenigstens der obligatorischen Verträge mit Hauptausnahme der Schenkung, die notarieller Beurkundung bedarf. Mangels Beobachtung der vorgeschriebenen Form ist das Geschäft nichtig. Hinsichtlich der Geschäftsfähigkeit (capacité) wird zwischen vollständig Handlungsunfähigen (Kindern, Wahnsinnigen) und beschränkt Handlungsfähigen (Minderjährigen, Ehefrauen, Entmündigten oder Interdizierten) unterschieden; die vollständige Handlungsunfähigkeit ist im Einzelfall zu konstatieren. Die Akte der Minderjährigen u. s. w. bedürfen zu ihrer Gültigkeit der Zustimmung (Autorisation) des gesetzlichen Vertreters, Ehemanns der Handelnden, sind aber in Ermangelung dieser Autorisation nicht schlechthin ungültig, sondern meist nur der Restitution unterworfen. Cf. Art. 1125, 1305 ff. C.N. In diesen und den Fällen der Anfechtbarkeit eines Geschäfts (z. B. wegen Geschäftsirrtums, Betrugs, Drohung) erfolgt die Anfechtung durch Klage (mit zehnjähriger Frist seit Beendigung der Anfechtungssituation). Die durchgeführte Anfechtung wirkt rückwärts, wie wenn das Geschäft nie abgeschlossen worden wäre.

Eine ähnliche Rückwirkung wird der erfüllten Suspensiv- und auch der Resolutivbedingung eines Geschäftes beigelegt, jedoch ohne ausdrücklich gewollte Zwischenwirkungen zu ignorieren (condicioni dies inest). Umgekehrt wird während des Schwebens der Bedingung das sog. periculum deteriorationis vom Gläubiger insofern nicht getragen, als er Auflösung des Vertrages fordern darf. Cf. Art. 1179, 1182 ff. C.N.

§ 7. Die Verjährung der Ansprüche wird mit der Ersitzung zusammen behandelt. Verjährung des dinglichen Anspruchs schließt danach regelmäßig den dinglichen Rechtserwerb eines anderen in sich ein. Verjährbar sind alle Ansprüche mit Ausnahme der sog. Standesklagen, des Teilungsanspruchs während Bestehens der Gemeinschaft u. s. w. Die Verjährungsfrist ist 30 Jahre; die gewöhnlichen Ansprüche des Verkehrslebens verjähren in kurzer Zeit. Stillstand und Unterbrechung der Verjährung sind ähnlich wie bei uns geregelt, ebenso (vorbehaltlich des oben Gesagten) die Wirkung der Verjährung, einschließlich des Verzichts auf ihre Geltendmachung.

II. Obligationenrecht.

1. Allgemeines Schuldrecht.

§ 8. In der Lehre von den Schuldverhältnissen folgen die romanischen Gesetzbücher im wesentlichen dem römischen Rechte, in der Ausbildung, welche dasselbe durch die praktischen Juristen Frankreichs (Pothier, Domat etc.) gefunden hatte. Bei aller

Eleganz läßt das Gesetz hier größere Feinheit vermissen. Man vertraut darauf, daß aus den Grundsätzen von Treu und Glauben (der sog. naturalis aequitas) und der Verkehrssitte bei der souveränen Machtstellung, die das Gericht in den romanischen Ländern genießt, sich die notwendige Ergänzung von selbst ergebe. Im großen und ganzen darf behauptet werden, daß die Grundsätze über die allgemeine Natur, Subjekt und Gegenstand, Entstehung, Aufhebung und Übergang der Schuldverhältnisse auf andere Personen (Art. 1101—1386) sowie über die hauptsächlichsten Verträge des Verkehrslebens (Art. 1582 bis 2058 C.N.) im wesentlichen unsern Rechtsanschauungen entsprechen. Vgl. Crome, Die Grundlehren des französischen Obligationenrechts (1894).

Hervorzuhebende Punkte sind folgende:

§ 9. Abstrakte Schuldverträge werden nicht anerkannt. Jede Verbindlichkeit muß ihren Rechtsgrund (causa) haben und ist in deren Ermangelung nichtig. Nennt der Schuldschein die causa nicht, so muß der Gläubiger sie beweisen, widrigenfalls er nicht fordern kann (Art. 1131 ff. C.N.). Dies trifft auch den Anerkennungsvertrag (Art. 1337), der somit nur im Sinne des römischen constitutum wirksam werden kann. Dagegen sind die reale Erfüllung einer Verbindlichkeit und der Erlaß abstrakt gültig (arg. Art. 1282, 1376 ff. C.N.) wegen der Gunst, welche die Befreiung des Schuldners für sich hat.

§ 10. Naturalobligationen, die noch vereinzelt vorkommen (z. B. Spielschulden, Aussteuer ehelicher, Unterhalt nicht anerkannter unehelicher Kinder u. s. w.), stehen im allgemeinen nicht auf dem Boden der Rechtsordnung, sondern der Moral und Sitte. Nur die reale Erfüllung ist gültig (keine Schenkung), nicht aber ein bloßes Anerkenntnis oder Zahlungsversprechen (s. o.), Art. 1235. Doch setzt sich die Jurisprudenz zum Teil über die letztere Beschränkung hinweg.

§ 11. Allen gegenseitigen Verträgen (synallagmatischen Kontrakten) wohnt kraft Gesetzes ein Reuerecht (lex commissoria) für den Fall inne, daß der Gegner seinem Versprechen nicht oder nicht rechtzeitig nachkommt. Infolgedessen kann also der nichtsäumige Teil nach (richterlicher) Bewilligung einer Nachfrist von dem Vertrage zurücktreten, wie wenn er nicht geschlossen wäre. Die Ausübung des Rücktrittsrechts hat rückwirkende Kraft. Art. 1184 C.N.

§ 12. Die Übertragung der Forderungsrechte wird für Dritte, insbesondere für den Schuldner, erst dann wirksam, wenn sie dem Schuldner formell angezeigt worden ist (Art. 1690). Im übrigen ist die Stellung der Zession im Kaufkontrakt nur eine Ungeschicklichkeit: die schenkweise Übertragung (unter Beobachtung der allgemeinen Schenkungsvorschriften, Art. 931 ff.) wird dadurch nicht ausgeschlossen.

Dagegen ist den romanischen Rechten eine Schuldübernahme als Übertragung der Passivseite der Obligation auf einen neuen Schuldner unter Freigabe des alten ganz unbekannt. Infolgedessen nimmt die Novation (Art. 1271 ff.) entsprechend größeren Raum ein.

§ 13. In der Lehre der Aufrechnung ist der römische Satz: „ipso iure compensatur“ in dem Sinne angenommen, daß die beiderseitigen Forderungen sich in dem Augenblicke, da sie einander als kompensabel gegenübertreten, von selbst (kraft Gesetzes und ohne Wissen der Parteien) bis zur Höhe der minderen Forderung aufzehren (Art. 1290 ff.). Doch kann dieser Effekt ausgeschlossen werden, und gibt es daneben auch noch eine sog. fakultative und gerichtliche Kompensation. Ohne Liquidität der beiderseitigen Forderungen tritt die gesetzliche Kompensation überhaupt nicht ein.

2. Einzelne Schuldverhältnisse.

§ 14. Beim Kauf ist eigentümlich, daß der Verkauf einer fremden Sache nichtig ist, vorbehaltlich der Schadensersatzansprüche des gutgläubigen Käufers (Art. 1599 C.N.).

Da der obligatorische Vertrag, sofern er auf Veräußerung einer existenten Sache geht, überhaupt die Kraft hat, mangels entgegenstehender Parteivereinbarung das Eigentum der Sache — ohne Tradition oder Grundbucheintragung — auf den Erwerber zu übertragen (s. Sachenrecht), so ist dies auch beim Kauf der Fall, und fällt folglich die Gefahrtragung des Käufers regelmäßig mit der allgemeinen Gefahrtragung des Eigentümers zusammen. Vgl. Art. 1138, 1583 C.N. Selbstverständlich geht bei bedingtem Kaufe die Gefahr nicht vor Eintritt der Bedingung — beim Genuskauf nicht vor genügender Spezialisierung — auf den Käufer über.

Wegen Mängel der Sache gibt es die Kauf- und sog. ädilizischen Klagen. Für den Viehkauf besteht ein Gesetz vom 2. August 1884, das an Stelle eines solchen vom 20. Mai 1838 getreten ist.

§ 15. Die Zivildelikte sind auf die allgemeine Formel zurückgeführt, daß jede vorsätzliche oder fahrlässige Handlung eines Menschen, von welcher Art sie auch sei, die einem Anderen Schaden verursacht, den Schuldigen zum Ersatze dieses Schadens gegenüber dem Beschädigten verpflichtet. Art. 1382 ff. Die Bedeutung dieses Satzes ist universell; unser gesamtes Deliktsrecht, einschließlich des sog. unlauteren Wettbewerbs, wird dadurch umfaßt, — Ersatz, nicht bloß vermögensrechtlicher, sondern auch der sog. immateriellen Schäden in liberalster Weise zugestanden. Dabei haften Eltern, Hausherrn und Kommittenten, Lehrer und Gewerbtreibende auch für die Handlungen ihrer Kinder, Untergebenen u. s. w. Nur der Nachweis, daß sie die Tat nicht verhindern konnten, schließt in gewissen Fällen die Verantwortlichkeit aus. Art. 1384 ff. C.N.

III. Sachenrecht.

1. Eigentum.

§ 16. Eigentum wird erworben durch Okkupation, soweit dieselbe zugelassen ist (vgl. Art. 713 ff. C.N.), Fund (Art. 717 i. f., 2279), Fruchterwerb (der nach Art. 547 ff., 585 C.N. in ähnlicher Weise wie bei uns geregelt ist) und andere sog. Accessionsfälle (inaedificatio, implantatio, Alluvion u. s. w., Verbindung und Vermischung, Verarbeitung beweglicher Sachen u. dgl.), sowie durch Ersitzung. Letztere spielt jedoch nur bei Immobilien eine Rolle, da bei beweglichen Sachen der Besitz den Rechtstitel ersetzt. Art. 2279 C.N. An Immobilien dagegen kann, weil es eigentliche Grundbücher nicht gibt, das Eigentum ersessen werden, und zwar ohne weiteres in 30 Jahren: ohne guten Glauben und ohne Titel (außerordentliche Ersitzung), mit Titel und (anfänglichem) guten Glauben in 10—20 Jahren (ordentliche Ersitzung). Art. 2228 ff., 2262, 2265 ff. C.N.

Die wichtigste Erwerbsart des Eigentums ist unstreitig die durch Verträge. Hier besteht der Grundsatz, daß das Eigentum schon durch die bloße Kraft des obligatorischen Veräußerungsvertrags auf den Erwerber übergeht, ohne daß es einer Tradition (Übergabe) oder des Eintrags der Veräußerung ins Grundbuch bedarf. Art. 711, 1138, 1583 C.N. Dieser Grundsatz, durch den sich die romanischen Rechte sowohl vom römischen als unserem Recht erheblich unterscheiden, würde jedoch für die Rechtssicherheit die bedenklichsten Folgen haben, wenn er nicht teils mehrfach beschränkt (s. o. § 14), teils durch die Vorschriften über den Beweis (Art. 1315 ff. C.N.) und über das sog. sichere Datum der Verträge (Art. 1328, 1743 eod.) ergänzt und auf ein engeres Maß zurückgeführt würde.

Endlich ist das Erfordernis der Publizität der dinglichen Rechte für jedwede Erwerbsart dieser Rechte (insbesondere des Eigentums) von Bedeutung. Der materielle aber bloß heimliche Berechtigte genießt für sein Recht nur unvollkommenen Rechtsschutz. Insbesondere kann er das Entstehen entgegengesetzter dinglicher Rechte an der Sache (die z. B. sein Eigentum beschränken oder — als damit unvereinbar —

aufheben) nicht hindern. Diese gehen ihm vor, soweit sie ihrerseits in gehöriger Weise offenkundig sind.

Bei beweglichen Sachen hilft auch hier die allgemeine Formel (s. o.), daß der Besitz den Rechtstitel vertritt. Art. 2279 C.N. Doch gilt dies nicht in Ansehung gestohlener oder verlorener Sachen. Diese kann der Verlierer in seine Gewalt zurückbringen (revendiquer), wo er sie auch vorfindet.

Bei Immobilien ist heutzutage in den meisten romanischen Ländern das Transskriptionssystem angenommen. Danach bedürfen Rechtsgeschäfte unter Lebenden, mögen sie eine entgeltliche oder unentgeltliche Verfügung über Immobilien enthalten, zur Wirkung gegen Dritte regelmäßig der Eintragung ins Transkriptionsregister. Dies gilt nicht bloß für Veräußerungen und Belastungen, sondern auch für Verzichte auf das Eigentum, für die Bestellung dinglicher Rechte an Immobilien überhaupt und für Urteile, welche die genannten Rechtsakte feststellen, für Adjudikationsurteile u. s. w. Es besteht aber die Transskription darin, daß der betreffende Erwerbstitel oder das Urteil seinem ganzen Inhalte nach in das öffentliche Buch (das man das Grundbuch nennen kann) eingetragen wird. (Der Mangel des Systems liegt vor allem in der geringen Übersichtlichkeit, im Gegensatz zu unseren Realfolien.) Soweit die Transkription vorgeschrieben ist, beruht der Rechtserwerb gleichwohl nicht auf ihr, sondern auf dem vorausgegangenen Erwerbstitel. Mangels Vornahme der Transkription sind nur die Rechte des Erwerbers gegen Dritte in vielfacher Beziehung beschränkt. Er kann sein Eigentum zwar gegenüber seinem Autor und dessen allgemeinen Rechtsnachfolgern, nicht aber gegenüber Dritten geltend machen, die ein eintragungsfähiges Recht an der Sache erworben und vorher haben eintragen lassen u. s. w. Bei mehreren successiven Übertragungen kann sich ein zweiter oder dritter Erwerber unter Umständen im Verhältnis zu Dritten auf die Eintragung berufen, die sein eigener Autor genommen hatte, wenn dieser auf Grund der Eintragung dem Dritten vorginge.

Vgl. Französ. Ges. v. 23. März 1855, Belgisches v. 16. Dez. 1851, C. c. ital. Art. 1932 ff. — Flandin, De la transcription (1861), Mourlon desgl. (1862), Troplong, Verdier, Berger u. s. w. desgl. — Coviello, Trattato sulla trascrizione, 2 Bde. — Crome-Zachariae, Bd. I §§ 122, 190 ff., 193 Ziff. II.

§ 17. Die Beschränkungen des Eigentums nach Wasserrecht, im Interesse des nachbarlichen Verkehrs und auf Grund des Miteigentums von Scheidemauern (droit de mitoyenneté) werden als Legalservituten aufgefaßt (Art. 640—685 C.N.). Andere Beschränkungen beruhen auf dem Rechte der Enteignung, den sog. Rural- und Wegepolizeigesetzen u. s. w. Der Eigentümer des niedrigeren Grundstücks kann auf das vom höher gelegenen Grundstück abfließende Wasser durch Titel oder Ersitzung ein Recht erlangen: die Ersitzung wird durch den Besitz geeigneter Vorrichtungen auf dem niedrigeren Grundstück vermittelt. Eigentümlich ist das in Städten und Vorstädten bestehende Recht, den Nachbar zur Mitwirkung bei der Einschließung des Grundstücks durch Scheidemauern u. s. w. anzuhalten, und die damit in Verbindung stehende Berechtigung, die Hälfte einer schon bestehenden Grenzmauer zu Scheidezwecken zu erwerben oder die eigene Grenzmauer in Voraussicht jener Ansprüche zur Hälfte auf das fremde Grundstück hinauszubauen. Bei Baumpflanzungen und insbesondere Aussichtsfenstern, die auf des Nachbars Grundstück gehen, sind bestimmte Entfernungen einzuhalten.

2. Dingliche Nutzungsrechte.

§ 18. Als solche kommen zunächst die eigentlichen Grunddienstbarkeiten (Art. 637—639, 686—710 C.N.) in Betracht. Deren Begriff entspricht dem unsrigen; insbesondere werden die einzelnen Lasten auch hier nicht aufgezählt. Die schulmäßige Einteilung des römischen Rechts in städtische und ländliche Grunddienstbarkeiten kehrt zwar noch wieder, aber ohne praktische Bedeutung. Dagegen ist rechtserheblich die Ein-

teilung in offene und nicht offene Dienstbarkeiten (s. apparentes und non apparentes), je nachdem sie sich durch eine äußere Anlage (z. B. eine Tür, ein Fenster, einen Graben, Damm, Wasserleitung) ankündigen, und in kontinuierliche und diskontinuierliche Grunddienstbarkeiten, je nachdem das Recht eine ununterbrochen fortdauernde oder nicht fortdauernde Ausübung gestattet (von der ersteren Art sind z. B. Wasserleitungen, Dachtraufen, Aussichtsfenster, von der letzteren solche Gerechtigkeiten, deren Ausübung die jedesmalige Handlung eines Menschen erfordert, wie Wegerechte, Weiderechte, Wasserschöpfgerechtigkeiten u. s. w.).

Nur die offenen und kontinuierlichen Grunddienstbarkeiten können durch Ersitzung erworben werden (andere nicht einmal durch Unvordenklichkeit). Die Ersitzung ist an den dreißigjährigen Besitz der Anlage geknüpft. Offene und kontinuierliche Grunddienstbarkeiten entstehen in eigenartiger Weise auch durch sog. Bestimmung des Eigentümers, wenn die beiden benachbarten Grundstücke zeitweilig denselben Herrn haben (destinatio patris familias). Hat der Eigentümer während dieser Zeit die beiden Grundstücke in einen äußeren Zustand zueinander gebracht, welcher dem Tatbestand einer augenfälligen kontinuierlichen Dienstbarkeit entspricht, so entsteht, wenn er das eine Grundstück veräußert, die Dienstbarkeit von selbst. Ja, wenn ein ähnlicher Zustand in der Hand des früheren Eigentümers nur überhaupt bestand, so gilt bei Veräußerung des einen Grundstücks wenigstens die Rechtsvermutung, daß die Aufrechterhaltung jenes Zustands in Gestalt einer Grunddienstbarkeit beabsichtigt sei.

Im übrigen können sämtliche Grunddienstbarkeiten durch Vertrag oder Vermächtnis errichtet werden. Die vertragliche Bestellung setzt Veräußerungsbefugnis voraus. Zur Bestellung genügt einfacher Vertrag; zur Wirkung gegen Dritte ist aber regelmäßig Eintragung des Titels in das Transkriptionsregister erforderlich, widrigenfalls bei Unvereinbarkeit mehrerer Belastungen die früher eingetragene vorgeht (s. o. § 16).

Die Grunddienstbarkeiten erlöschen durch tatsächliche Unmöglichkeit der Ausübung (mit Wiederaufleben bei erneuter Möglichkeit vor Eintritt dreißigjähriger Verjährung). Ferner durch Vereinigung des herrschenden und dienenden Grundstückes in einer Hand (im Fall der Subhastation mit eventuellem Wiederaufleben zu Gunsten des Erstehers); durch Nichtgebrauch in 30 Jahren seit der letzten Benutzung, resp. bei kontinuierlichen Grunddienstbarkeiten seit Eintritt eines der Servitut widersprechenden äußeren Zustands (die letztgenannte Erlöschungsart, die auch als eine Ersitzung der Freiheit gedacht werden kann, ist nur als außerordentliche Ersitzung zugelassen). Dieselben Grundsätze sind auch auf eine Verminderung des Umfangs einer Dienstbarkeit (durch teilweise oder unvollkommene Ausübung) anwendbar. Daß Verzicht und Enteignung des Grundstücks u. s. w. eine Dienstbarkeit aufheben, versteht sich von selbst.

§ 19. Als persönliche Dienstbarkeiten kommen der Nießbrauch, das Gebrauchs- und Wohnungsrecht in Betracht (Art. 578—636 C.N.). Das Gebrauchsrecht ist lediglich ein beschränkter Nießbrauch; das Wohnungsrecht ein Gebrauchsrecht in Ansehung eines Hauses.

Gegenstand des Nießbrauchs können nicht bloß Sachen (bewegliche und unbewegliche), sondern auch Rechte sein. Vgl. Art. 588 C.N. Es gibt einen eigentlichen und uneigentlichen Nießbrauch (an verbrauchbaren Sachen). Auch sonst gelten im einzelnen größtenteils die Regeln des deutschen Rechts, nur daß die alte cautio usufructuaria bestehen geblieben ist und eine Übertragung des Nießbrauchs auf einen Dritten auch dem Rechte nach stattfinden kann. Die zur Zeit der Entstehung des Nießbrauchs mit der Sache noch verbundenen Früchte gebühren dem Nießbraucher (ebenso wie er die bei Beendigung noch stehenden Früchte dem Eigentümer zu lassen hat); nur bei den bürgerlichen Früchten, einschließlich der Pachtzinsen, gilt der jetzt auch bei uns anerkannte Grundsatz, daß dieselben gewissermaßen Tag für Tag verfallen, so daß ein der Nießbrauchszeit entsprechender Teil aus der letzten Fruchtperiode auf den Nießbraucher resp. den Eigentümer entfällt. Ist es der Nießbraucher, der die seinem Recht unterworfenen Grundstücke an Dritte vermietet oder verpachtet hat, so ist der Vertrag, wenn

er nicht im voraus für eine längere Zeit als neun Jahre geschlossen wurde, vom Eigentümer zu halten, auch wenn der Nießbrauch vor Ablauf einer solchen Periode endigt. Andernfalls nur während der erwähnten neun Jahre. Endlich werden über die Rechte des Nießbrauchers an Waldungen, Schlagholz, hochstämmigen Bäumen u. s. w. nähere Bestimmungen betroffen. Auf den gewöhnlichen Ertrag von Bergwerken und Steinbrüchen hat der Nießbraucher nur dann Anspruch, wenn letztere zur Zeit der Begründung des Nießbrauchs auf dem Grundstücke schon eröffnet waren (eine Vorschrift, die schärfer ist als das allgemeine Verbot von Kulturveränderungen). — Außer den gewöhnlichen Endigungsgründen des Nießbrauchs kommt eine solche durch Mißbrauch, und beim Nießbrauch zu Gunsten einer juristischen Person durch Ablauf von 30 Jahren vor.

Vgl. Proudhon, Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation etc. (in mehr. Aufl.); Genty desgl.

§ 20. Superfizies und Emphyteuse, wie überhaupt jede sog. Teilung des Eigentums, und die Reallasten sind als feudale Lasten von der Revolution und dem Napoleonischen Gesetzbuch hinweggefegt. Grundrenten werden nur als obligatorische Rechte anerkannt und überhaupt in engen Grenzen gehalten. Nur bei Grundbienstbarkeiten kann der Eigentümer des dienenden Grundstücks für sich und seine Rechtsnachfolger im Eigentum des Grundstücks gehalten sein, die zur Ausübung der Servitut erforderlichen Anlagen auf seine Kosten herzustellen oder zu unterhalten (vorbehaltlich der Befugnis, sich durch Aufgabe des Grundstücks an den Servitutberechtigten von der Last zu befreien).

Anderseits ist das Recht der Emphyteuse in einzelnen Territorien (wenn auch nicht in Frankreich selbst, wo die Jurisprudenz sich mit Mischbildungen behilft) durch besondere Gesetze wieder eingeführt, so in Italien (Art. 1556 ff. c. c. ital.), in Holland und Belgien (1824); während für die Superfizies, soweit sie sich auf ein Erbbaurecht beschränkt, kein Bedürfnis vorhanden ist, weil an Gebäuden ein volles Eigentum auf fremdem Boden (ja sogar an einzelnen Stockwerken) möglich ist.

3. Pfandrecht.

§ 21. Das Pfandrecht zerfällt in das mobiliare Faustpfandrecht, das im wesentlichen den Grundsätzen des heutigen deutschen Rechtes entspricht, und in die Pfandrechte an Grundstücken: die Hypothek. Alle diese Pfandrechte sind accessorisch, bestehen also nur zu Gunsten einer dadurch gesicherten Forderung. Selbständige Grundstückspfandrechte und Grundschulden kommen nicht vor. Zu einer derartigen Bildung sind die romanischen Rechte um so weniger im stande, als ihr Immobiliarpfandsystem an sich schon wenig klar und übersichtlich ist. Der Grundsatz der Publizität, Spezialität und Priorität der Hypotheken ist zwar auch hier eingeführt; aber da es für die Eintragung keine Grundbücher, sondern nur Inskriptionsregister, ähnlich den oben § 16 erwähnten Transkriptionsregistern gibt (regelmäßig erfolgen die Eintragungen hintereinander, und ein Index gibt über die Personen Auskunft), so muß der Interessent, der den Kredit des Grundstücks prüfen will, meist sämtlichen Vorbesitzern desselben und den gegen sie begründeten Realberechtigungen nachgehen. Dazu kommt, daß das Publizitätsprinzip (auf dieser Grundlage) nicht einmal ausnahmslos durchgeführt ist. Eine Reihe Ausnahmen machte das Napoleonische Hypothekenrecht geradezu unhaltbar; ein halbwegs erträglicher Zustand wurde erst durch Verbesserungsgesetze erreicht, welche die verschiedenen Staaten, Italien, Belgien (1851) u. s. w. und Frankreich (1855) erlassen haben. Danach ist die Inskription der Pfand- und Vorzugsrechte an Grundstücken zur Wirkung gegen dritte Erwerber des Grundstücks im allgemeinen auch da notwendig, wo dies früher nicht der Fall war (für allgemein privilegierte Forderungen, Ehefrauen und Mündel, sowie für das oben § 11 erwähnte weittragende Rückforderungsrecht von Grundstücken zufolge stattgefundener Resolution des Veräußerungsvertrages). Es bleibt nur noch der Übelstand, daß es neben den notariell aufzunehmenden vertragsmäßigen

speziellen, auch noch zahlreiche *Generalhypotheken* gibt (deren Eintragung also ohne genauere Bezeichnung des Objekts auf sämtliche Grundgüter des Schuldners erfolgen kann). Diesen Charakter haben die *gerichtlichen* Hypotheken aus (provisorischen und definitiven) Urteilen sowie aus gerichtlicher Anerkennung einer Privaturkunde, sofern die belasteten Grundstücke nicht speziell angegeben sind, und ferner die *gesetzlichen Hypotheken der Ehefrauen, Minderjährigen und Entmündigten* u. s. w. (die Hypothek der Ehefrau belastet alle, auch die künftigen Grundgüter des Mannes wegen der Forderungen der Frau aus dem ehelichen Güterverhältnisse; die Hypothek des Mündels belastet in ähnlicher Art die Immobilien des Vormunds für dessen Verpflichtungen aus der Vormundschaft). Die Möglichkeit derartiger genereller Eintragungen hängt mit dem Fehlen von Realfolien des Grundbuchs zusammen. Der Interessent auf ein bestimmtes Grundstück muß also *selbst prüfen*, ob dasselbe mit Rücksicht auf den Zeitpunkts des Erwerbs durch den Belasteten von der Hypothek ergriffen wird, und (mit Bezug auf andere Eintragungen) *in welchem Range*.

Für diese *Rangordnung* gilt schließlich, daß sie sich *im allgemeinen zwar nach dem Datum der Inskription* (Art. 2134 C. N.) richtet, mag die Eintragung eine allgemeine oder eine besondere sein. Es gibt jedoch auch *privilegierte Forderungen*, die (wenn sie durch Eintragung gehörig gewahrt sind) den einfachen Hypotheken am Grundstück vorgehen (Art. 2095 ff. C.N.). Der Rang richtet sich hier nach der Beschaffenheit der Forderung (auch im Verhältnis mehrerer Privilegien untereinander). Vgl. die in Art. 2103 C.N. aufgezählten Klassen.

Übrigens werden *Privilegien* auch mit Beziehung auf das *bewegliche Vermögen* des Schuldners anerkannt (vgl. Art. 2101, 2102 C.N.), die nur zum Teil gesetzliche Pfandrechte, im übrigen einfache privilegia exigendi sind, so daß dieser Begriff teilweise aus dem Rahmen herausfällt. Ebenso wird das *Retentionsrecht* von der romanischen Jurisprudenz im Anschluß an die Pfandrechte behandelt.

Die Literatur des Pfandrechts ist sehr reichhaltig, diejenige vor den Reformgesetzen aber nur noch teilweise brauchbar. Die konzentrierteste Darstellung bei *Crome-Zachariae*, Bd. II §§ 226—275. Ein Hypothekenrecht in deutscher Sprache gibt auch *Puchelt*, Das französische Privilegien- und Hypothekenrecht (1876), wenn man die für Elsaß-Lothringen (von *Dreyer*) geschriebene Ergänzung hinzuzieht. Hier ist wenigstens die französische Gesetzgebung bis 1870 mit berücksichtigt. Im übrigen haben die französischen Gesamtwerke in dieser Lehre den Umfang von Einzeldarstellungen. Vgl. noch *Mourlon*, Examen critique et pratique du comm. de *Troplong* sur les privilèges et hyp. (1855); *Thézard*, Du nantissement, des priv. et hyp. (1880) u. die Kommentare zu den französischen Gesetzen v. 13. u. 19./20. Febr. 1889 u. s. w. — Für Belgien s. *Martou*, Des priv. et hyp. und die Gesamtwerke von *Arntz* und *Laurent*. — Für Italien *Chironi*, Tr. dei privilegi e delle ipoteche, 2 Bde. — Für Spanien *Galindo y de Vera*, L. y. R. *Escosura*, Comentarios á la legislación hipotecaria de España (4. Aufl. aumentada y arreglada al código civil vigente) u. *Oliver y Esteller*, Derecho immobilario español.

IV. Familienrecht.

1. Die Ehe.

§ 22. Die Ehe ist heutzutage grundsätzlich auch in den romanischen Staaten säkularisirt, d. h. in Ansehung des Abschlusses und der bürgerlichen Wirkungen *an die Erklärung des Konsenses der Parteien vor dem Zivilstandsbeamten geknüpft* (Vertragscharakter der Zivilehe). Die Formalitäten und Gültigkeitserfordernisse sind ähnliche wie bei uns. Konsens der Ahnen ist vielfach bis zum 25. Lebensjahre erforderlich; darüber hinaus manchmal noch ehrerbietige Anfragen. Die Bedeutung des Verlöbnisses ist keine größere als bei uns.

Daß die kirchlichen Verpflichtungen der Eheschließenden durch diese Regelung nicht berührt werden, ist selbstverständlich. Nur in *Spanien*, wo durch die berühmte Cedula real vom 12. Juli 1564 die Beschlüsse des Tridentinum über die Ehe als bürgerliches Recht eingeführt wurden, hat man sich nach einigen Schwankungen auch in dem Zivilgesetzbuch von 1889 zur Einführung der obligatorischen Zivilehe nicht entschließen können

und kennt jetzt dort zwei Formen des Eheschlusses: neben der bürgerlichen die kanonische, von der alle Katholiken Gebrauch machen müssen, mit sämtlichen Formalitäten und Bedingungen des Tridentinum, soweit sie überhaupt in Spanien noch gelten (nur soll dem kirchlichen Eheschluß ein weltlicher Beamter beiwohnen, um den Akt in das Heiratsregister einzutragen; wird die Anzeige an die weltliche Behörde versäumt, so kann bei einer Geldstrafe die Eintragung auch noch nachträglich erreicht werden: doch datiert alsdann die Ehe mit bürgerlicher Wirkung erst von der Eintragung! Art. 42, 77). Im Anschluß hieran mag noch erwähnt werden, daß auch die geistliche Gerichtsbarkeit in Ehesachen in Spanien noch fortbesteht (während die weltlichen Gerichte berufen sind, aus der Sentenz im Notfall die bürgerlichen Folgen zu ziehen, oder auch provisorische Maßregeln, z. B. über den Wohnort der Frau, die Unterbringung der Kinder u. s. w. während des Eheprozesses zu treffen). Jede Diözese hat ihr geistliches Gericht; das höchste Gericht (tribunal de la Rota) unter Vorsitz des päpstlichen Nuntius erkennt über die Berufungen. Vgl. Art. 67, 80—82 C. c. esp. Daß keine Scheidung dem Bande nach, sondern nur eine körperliche Trennung der Ehegatten (s. u.) anerkannt wird, versteht sich hierbei von selbst[1].

Trennende Ehehindernisse öffentlicher Ordnung sind regelmäßig: mangelnde Reife des Alters (18/15, Spanien 14/12 Jahre); eine bestehende andere Ehe (in Spanien auch der katholische Priesterstand, während anderwärts diese Frage als politische behandelt wird); zu nahe Verwandtschaft oder Schwägerschaft (die Grade sind verschieden bestimmt, doch ist, abgesehen von Verwandten in gerader Linie und Geschwistern, meist Dispens zulässig). Die trotzdem geschlossene Ehe ist nichtig. Die Nichtigkeitserklärung kann von jedem Interessenten und nötigenfalls von der Behörde betrieben werden. — Im übrigen werden als trennende Ehehindernisse (imp. dirimentia privata) ziemlich allgemein (wenn auch unter gerichtlicher Latitude) Irrtum in der Person (auch des Zivilstandes) des anderen Ehegatten, und erzwungene Einwilligung angesehen. Ebenso mangelnder Konsens der Eltern, Großeltern oder des Familienrats, wo er erforderlich ist. Der Verletzte hat ein Anfechtungsrecht. — Immerhin bringt in allen diesen Fällen eine für nichtig erklärte Ehe als Putativehe die bekannten Wirkungen hervor.

Bloß aufschiebende Ehehindernisse sind besonders ein bestehendes Adoptivverhältnis; Ehebruch (zwischen dem deshalb geschiedenen Ehegatten und seinem Mitschuldigen); die frühere Ehe zwischen den Beteiligten, wenn eine spätere Ehe des einen oder anderen Teils mit einem Dritten geschieden ist (seit Wiedereinführung der Ehescheidung in Frankreich); für die Frau Ablauf von zehn Monaten seit Auflösung der früheren Ehe; Mangel der erforderlichen Ehrerbietigkeitsakte. Zum Teil ist Dispens zulässig. Die unter Nichtbeachtung des Ehehindernisses geschlossene Ehe ist (vorbehaltlich gewisser Straf- und Ersatzfolgen) gültig.

Die Ehehindernisse geben gewissen Personen ein ausführlich geregeltes Einspruchsrecht (opposition) gegen den Eheschluß.

§ 23. Das persönliche Verhältnis der Ehegatten ist in der allgemeinen modernen Weise bestimmt. Die Ehegatten sind einander zur ehelichen Treue und gegenseitigen Unterstützung und Hilfeleistung (auch in pekuniärer Beziehung) verpflichtet. Insbesondere hat die Frau ein Recht auf Schutz (Aufnahme und standesmäßigen Unterhalt),

[1] Übrigens mag nicht unerwähnt bleiben, daß das spanische Zivilgesetzbuch für den internationalen Verkehr den modernen Rechtsanschauungen in zwei Punkten Rechnung getragen hat. So ist
1. der Schlußsatz des Art. 3 C. Nap. reproduziert, also auch die gesamte sich daran anschließende Jurisprudenz anerkannt. Für Spanier, die sich im Auslande verheiraten, wird danach die Fähigkeit zum Eheschluß nach spanischen Gesetzen, die Form nach dem Ort des Abschlusses der Ehe beurteilt. Erfolgt der Eheschluß vor einem im Ausland residierenden spanischen Vertreter oder Konsul, so ist die Form des spanischen Gesetzes zu beobachten. Art. 9, 11, 100 C. c. esp.
2. Entsprechend werden Ausländer in Spanien behandelt, müssen aber, wenn sie noch nicht zwei Jahre in Spanien wohnen, ein Attest der zuständigen Heimatsbehörde beibringen, daß durch ein öffentliches Aufgebot an den Orten, wo sie in den vorhergehenden zwei Jahren ihr Domizil oder ihren Aufenthaltsort hatten, keine Ehehindernisse konstatiert sind (mit Ausnahme für Heiraten in Todesgefahr).

der Mann ein Recht auf Gehorsam (eheliche Folge der Frau). Ein besonderer Ausfluß der ehelichen Gewalt ist die geminderte Geschäftsfähigkeit der Frau: diese bedarf (wenn sie nicht Handelsfrau ist) zur Gültigkeit der von ihr vorzunehmenden Rechtshandlungen regelmäßig der ehemännlichen Autorisation (Art. 217 C.N., 134 C. c. ital. etc.).

§ 24. Die Ehescheidung wird nicht mehr (wie nach dem C.N.) aus übereinstimmendem Willen der Ehegatten, sondern regelmäßig nur noch aus bestimmtem Grunde (Ehebruch, grobe Mißhandlung und Beleidigung, Verurteilung zu Leibes- und entehrenden Strafen) zugelassen. Einige Länder berücksichtigen den Ehebruch des Mannes nur in schwereren Fällen, z. B. in der gemeinschaftlichen Wohnung (in Frankreich beseitigt). Übrigens ist die Ehescheidung dem Bande nach nur in einigen Ländern zugelassen (in Frankreich erst wieder seit 1884). Im übrigen (resp. nebenher) gibt es aus obigen Gründen nur eine körperliche Trennung der Ehegatten (Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft, Trennung von Tisch und Bett), welche diejenigen Wirkungen der Ehe aufhebt, die als Ausflüsse der Pflicht des Zusammenlebens erscheinen; nicht aber die Pflicht der ehelichen Treue (Ausschluß der Wiederverheiratung), der pekuniären Hilfe und die Notwendigkeit der ehemännlichen Autorisation für die Frau. (Nach 3 Jahren kann in Frankreich auf Ansuchen eines Teils die Ehescheidung dem Bande nach ausgesprochen werden.)

Im übrigen verliert der schuldige Teil im Gegensatz zum unschuldigen sämtliche Vorteile, die ihm von diesem (im Ehevertrag oder während der Ehe) zugewendet worden sind; er verliert die aus der elterlichen Gewalt entspringenden Rechte über die gemeinschaftlichen Kinder, wird aber letzteren gegenüber nicht von seinen Pflichten entbunden. In Regelung des Details hat das Gericht eine ausgedehnte diskretionäre Gewalt.

§ 25. Das eheliche Güterrecht ist im C.N., ähnlich wie bei uns, auf die im Lande herrschenden verschiedenen Strömungen zugeschnitten. Die hauptsächlichsten Gütersysteme sind kodifiziert, so insbesondere die allgemeine und partielle Gütergemeinschaft (als Errungenschafts- und Fahrnisgemeinschaft), nebst zahlreichen anderen die Gemeinschaft modifizierenden Klauseln (der Mobiliarisierung oder Immobiliarisierung von einzelnen Gütern; der Schuldensonderung; der schuldenfreien Zurücknahme des Eingebrachten durch die Frau; der vertragsmäßigen Vorwegnahme einzelner Gegenstände; der ungleichen Teilung des Gemeinguts u. s. w.). Daneben steht Ausschluß der Gütergemeinschaft als System der Verwaltungsgemeinschaft (Art. 1530 ff. C.N.) und vollständige Gütertrennung; endlich das modifizierte römische Dotalrecht. Letzteres ist in den südlichen Ländern die gewöhnliche Güterform und teilweise gesetzliches Güterrecht. In Frankreich ist das gesetzliche Güterrecht die Fahrnisgemeinschaft; die anderen Systeme können nur nach Gefallen von den Ehegatten im Ehevertrage angenommen werden. Übrigens dürfen die Ehegatten in diesem Vertrage auch andere Klauseln festsetzen, soweit sie nur nicht gesetzlich verboten sind oder gegen die guten Sitten verstoßen. Der Ehevertrag bedarf der öffentlichen Beurkundung und wird auch sonst mit besonderen Rechtsgarantien versehen. Eine Abänderung des ehelichen Güterrechts während der Ehe ist unzulässig (daher können Eheverträge nur vor Eingehung der Ehe geschlossen werden: nachher bewendet es bei dem einmal vorhandenen gesetzlichen oder vertragsmäßigen Güterstande). Art. 1394 ff. C.N. Davon gibt es nur zwei Ausnahmen: wenn die Frau wegen Gefährdung ihres Vermögens durch den Mann in gerichtlichem Verfahren Gütertrennung erzwingt (Art. 1443 ff. C.N.), und im Falle der Trennung der Ehegatten von Tisch und Bett, die kraft Gesetzes Gütertrennung herbeiführt (dieser Zustand bleibt auch im Falle der Wiederaussöhnung bestehen; es kann aber in besonders geregeltem Verfahren diese Vermögensfolge wieder aufgehoben werden).

Während das Verhältnis des gesetzlichen Güterrechts zu dem vertragsmäßigen im

allgemeinen mit dem unsrigen übereinstimmt (Sache des Ehegatten oder dritten Interessenten ist es, das Vorliegen modifizierender Klauseln darzutun: was nur durch Fehlen eines Güterrechtsregisters für Nichtkaufleute erschwert wird), sind hier nur die beiden Hauptformen des gesetzlichen Güterrechts: die Fahrnisgemeinschaft und das Dotalrecht[1] in ihren Grundzügen herauszuheben (wobei wir bei der ersteren auch die hauptsächlichsten Klauseln einflechten).

a) Die gesetzliche Gütergemeinschaft in diesem Sinne besteht aus dem sämtlichen Mobiliarvermögen (auch Rechte), welches die Ehegatten bei Abschluß der Ehe besitzen oder in der Folge durch irgend einen Rechtstitel erwerben; aus den Einkünften dieses und des nicht zur Gütergemeinschaft gehörigen Vermögens; endlich aus allen während der Ehe in anderer Weise als durch Erbschaft oder Schenkung erworbenen Immobilien jedes Ehegatten (einschließlich der Immobiliarrechte). Übrigens kann in einzelnen Beziehungen eine Surrogation (also ohne Veränderung des rechtlichen Schicksals der Ersatzstücke) stattfinden. — Die Klauseln der allgemeinen Gütergemeinschaft und Mobiliarisierung von Grundstücken haben im wesentlichen nur den Sinn, den Bestand des gütergemeinschaftlichen Vermögens entsprechend zu vermehren; die Klauseln der Errungenschaftsgemeinschaft und der Immobiliarisierung einzelner Vermögensgegenstände umgekehrt den Sinn, den Bestand der Gütergemeinschaft gegenüber dem gesetzlichen Güterstande zu vermindern. Im übrigen kommen die Regeln des Gemeinschaftsrechts auch für diese Fälle zur Anwendung. — Was den Beweis anlangt, so spricht die gesetzliche Vermutung für Zugehörigkeit zur Gütergemeinschaft; freilich mit (den allgemeinen Vorschriften gegenüber) erleichtertem Gegenbeweise.

Gemeinschaftsschulden sind alle Schulden der Ehegatten, welche aus der Gütergemeinschaft beigetrieben werden können. Es sind entweder Schulden, die unmittelbar für die Gemeinschaft oder in ihrem Interesse eingegangen wurden, insbesondere die Unterhaltskosten der Aktiven und die Lasten der Ehe; oder rein persönliche Schulden des einen oder anderen Ehegatten (einschließlich der im Interesse seines Sonderguts aufgenommenen oder zu einer ihm ausschließlich zufallenden Erbschaft gehörigen Schulden), insofern sie indirekt der Gemeinschaft zur Last fallen. Selbstverständlich bleibt jeder Ehegatte nach wie vor seinen Gläubigern verpflichtet; soweit die Schuld aber auch der Gütergemeinschaft zur Last fällt, erlangt der betreffende Gläubiger dadurch ein Zugriffsrecht auf das Gemeinschaftsvermögen und (als Gläubiger der Frau) auch gegen den Mann als Herrn der Gütergemeinschaft resp. dessen eigenes Vermögen, wenigstens solange das Gemeinschaftsverhältnis besteht. Dabei bleiben die rein persönlichen, nur indirekt der Gütergemeinschaft zur Last fallenden Schulden entweder definitiv der Gütergemeinschaft zur Last oder sind späterhin (bei Auflösung des Verhältnisses) unter den Ehegatten zur Ausgleichung zu bringen. Die Haftung gegenüber den Gläubigern und die Beitragspflicht der Ehegatten untereinander zu den Gemeinschaftsschulden sind also wohl zu unterscheiden (vgl. Art. 1409 Ziff. 1—2, 1412, 1414, 1416, 1419, 1424, 1437 C.N.). Umgekehrt kann auch die Masse einem Ehegatten Ersatz schulden, weil dieser eine der Gütergemeinschaft zur Last bleibende Schuld aus eigenen Mitteln getilgt hat (s. z. B. Art. 1409 Ziff. 3—5). Ebenso bei Bereicherung der Masse auf Kosten eines Ehegatten (z. B. im Falle Art. 1433, 1494 C.N.).

Hiernach können u. a. die vorehelichen Schulden jedes Ehegatten aus der Gemeinschaft beigetrieben werden (soweit sie nicht auf einen individuellen Gegenstand gehen, der nicht zur Gemeinschaft gehört); und zwar Schulden der Frau auch gegen den Mann (qui femme épouse ses dettes épouse). Von den während der Ehe gemachten Schulden fallen diejenigen des Mannes ohne weiteres dem Gemeingute zur Last. Nur kann der Mann nicht das Gesamtgut oder einen aliquoten Teil desselben verschenken (außer

[1] Die Verwaltungsgemeinschaft und vollständige Gütertrennung (Art. 1530 ff., 1536 ff. C.N. entsprechen wesentlich den darüber geltenden deutschrechtlichen Regeln; nur daß das Erfordernis der ehemännlichen Autorisation (§ 23) für die der Frau vorbehaltenen Rechtsakte auch hier eingreift, und daß es beim ersteren System keine gesetzlichen Sondergüter der Frau gibt (das System ist überhaupt sehr wenig ausgebildet).

zur Ausstattung gemeinschaftlicher Kinder); und letztwillige Verfügungen dürfen seinen Anteil nicht übersteigen (Art. 1421 ff. C.N.). Die Frau kann die Gemeinschaft nur belasten, wenn sie im Auftrage des Mannes handelt (was im Rahmen der sog. Schlüsselgewalt ohne weiteres anzunehmen ist); im übrigen nur unter seiner Autorisation (o. § 23) oder als Handelsfrau. Der zustimmende Mann haftet aus dem Geschäfte regelmäßig auch persönlich. Deliktsschulden der Frau verpflichten die Gemeinschaft nicht. (Vgl. Art. 1409 Ziff. 2, 1419—20, 1426 C.N.) — Auch in Ansehung der Schuldenhaftung haben die Klauseln der allgemeinen Gütergemeinschaft, der Mobiliarisierung einzelner Vermögensgegenstände nur die Wirkung, den Kreis der der Gütergemeinschaft zur Last fallenden Schulden zu vergrößern; die Klauseln der Errungenschaftsgemeinschaft, Immobiliarisierung und Schuldensonderung umgekehrt, diesen Kreis entsprechend einzuschränken. Dagegen hat die Klausel, wonach ein Ehegatte im Ehevertrag für schuldenfrei erklärt wird (Art. 1513 C.N.), keine Wirkung wider die Gläubiger; diese können sich also nach Maßgabe der gesetzlichen Regeln gleichwohl an die Gütergemeinschaft u. s. w. halten, vorbehaltlich einer Ausgleichung unter den Ehegatten resp. einer Ersatzpflicht des Dritten, von dem die Erklärung ausging.

Das Sondergut der Frau verwaltet der Mann im wesentlichen nach vormundschaftlichen Grundsätzen. Die Immobilien der Frau kann er nicht ohne deren Zustimmung veräußern.

Aufgehoben wird die Gemeinschaft durch Tod oder Verschollenheit (Art. 124, 129 C.N.) des einen Ehegatten, Scheidung der Ehe (auch bloß von Tisch und Bett) und die schon erwähnte (auf Ansuchen der Frau gerichtlich ausgesprochene) Gütertrennung. — Nach Aufhebung der Gütergemeinschaft haben die Frau bezw. deren Erben die Wahl, ob sie die Gemeinschaft, d. h. deren Folgen, annehmen oder ausschlagen wollen (Annahme wird auch in einer stillschweigenden Einmischung in die Gemeinschaftsangelegenheiten sowie in der Verheimlichung oder Unterschlagung von Gemeinschaftsobjekten gesehen). Die Ausschlagung bedarf besonderer Formen (ähnlich wie eine Erbschaftsausschlagung); nur in den Fällen der Scheidung, Sonderung von Tisch und Bett und der von der Frau durchgeführten Gütertrennungsklage wird nach Ablauf gewisser Fristen die Ausschlagung vermutet. Durch die Ausschlagung verliert die Frau jeden Anspruch auf das Gesamtgut (kann also nur ihr Sondergut und die ihr aus der Gemeinschaft gebührenden Vergütungen herausverlangen, wofür ihr auch das persönliche Vermögen des Mannes haftet). Anderseits ist sie von jedem Beitrag zu den Gemeinschaftsschulden frei und hat, wenn sie von den Gläubigern in Anspruch genommen wird, eine entsprechende Regreßforderung. Art. 1492 ff. C.N. Daneben kann im Ehevertrag die schuldenfreie Zurücknahme des Eingebrachten festgesetzt sein, was die Rechte der Frau um die betreffenden Werte erhöht. Art. 1514.

Nimmt die Frau die Folgen der Gütergemeinschaft an, so findet eine Liquidation nach ähnlichen Regeln wie bei uns statt. Hier können die Klauseln des bedungenen Vorempfangs für einen Ehegatten (1515 ff.), der ungleichen Teilung des Gemeinguts (1520 ff.), oder daß die Masse gegen Zahlung eines Pauschquantums dem einen Ehegatten oder seinen Erben verbleiben (1522 ff.) oder diesen die Errungenschaft zufallen soll (1525), modifizierend eingreifen.

b) Der Grundgedanke des Dotalrechts ist Gütertrennung (das Vermögen der Frau ist Paraphernalgut), wobei aber die Frau gewisse Teile ihres Vermögens, oder ein Dritter für sie, gewisse Güter (als Dos) dem Manne zur Tragung der ehelichen Lasten zubringt. Das Detail ergibt sich aus dem römischen Recht. Doch bleibt die Frau Eigentümerin der Dotalsachen; der Mann hat während der Ehe allein die Verwaltung und Nutznießung. Anders nur, wenn die Sachen verkauft werden oder die Dos in vertretbaren Sachen besteht. Dotalgrundstücke und nach verbreiteter Auffassung auch das bewegliche Dotalkapital sind, vorbehaltlich besonderer Festsetzung im Ehevertrage, unveräußerlich (Art. 1554 ff. C.N.); im übrigen wird das Interesse der Frau an ordnungsmäßiger Verwaltung der Dotalgüter und Verwendung der Einkünfte im Interesse der Familie durch ein gesetzliches Pfandrecht

am Vermögen des Mannes und das auch hier bestehende Recht der Frau, auf vollständige Gütertrennung zu klagen, gedeckt. S. Art. 1549 ff., 1562, 1563 C.N. u. o. § 21. — Ohne Bestellung gibt es keine Dos (die gesetzliche Vermutung ist also gegen die letztere). Auch eine Dotationspflicht bestimmter Personen existiert nicht.

2. Verwandtschaft.

§ 26. Über eheliche Kinder steht den Eltern (nicht bloß dem Vater) die Gewalt zu, wenn selbstverständlich auch der Vater diese Gewalt vorwiegend während der Ehe (und als unverzichtbares Recht) ausübt. Ist aber der Vater verstorben, entmündigt oder nicht im stande, die elterliche Gewalt auszuüben, so gebührt die Ausübung der Frau. Der Inhalt der elterlichen Rechte entspricht im wesentlichen dem heutigen deutschen Recht. Erwiesen wird die eheliche Kindschaft durch die Urkunden des Personenstandes, eventuell durch sog. Besitz des Standes (nomen, tractatus, fama) und durch Zeugen. Die elterliche Gewalt dauert bis zur Volljährigkeit des Kindes (die Pietäts- und Alimentationspflichten bestehen noch weiter fort). Die Gewalt kann aber auch vorzeitig durch Emanzipation (s. u. § 30) beendigt werden. Nach neueren Gesetzen geht sie unter Umständen zur Strafe (wegen schlechten Lebenswandels oder gewisser gegen das Kind begangener Verbrechen) verloren. In vermögensrechtlicher Beziehung führt schließlich die Gewalt das Recht der Verwaltung und Nutznießung des Kindesvermögens mit sich, die Nutznießung jedoch nur bis zum 18. Lebensjahre des Kindes, Art. 384 C.N. Ausgenommen ist überhaupt dessen sog. freies Vermögen (Arbeitsverdienst, und was dem Kinde von Dritten unentgeltlich unter Befreiung von den elterlichen Rechten zugewendet wird). Die überlebende Mutter verliert den Nießbrauch mit der Wiederverheiratung.

§ 27. Die Rechte der unehelichen Kinder beruhen auf der Anerkennung des Kindes durch den natürlichen Vater oder die Mutter. Jeder Elternteil kann die Anerkennung für sich (in öffentlicher Urkunde) vornehmen (Art. 334 ff. C.N.). Das Kind resp. sein gesetzlicher Vertreter kann aber die Anerkennung nur gegen die Mutter erzwingen. Gegen den Vater ist sie nicht durchzusetzen (la recherche de la paternité est interdite), außer bei gewaltsamer Entführung, wenn deren Zeitpunkt mit der Empfängnis übereinstimmt.

Das anerkannte Kind hat gegen den betreffenden Elternteil die Rechte der unehelichen Kinder (vgl. z. B. Art. 158, 338, 383, 756 ff., 908 C.N.). Der anerkennende Vater hat nicht bloß die karge Alimentationspflicht des heutigen deutschen Rechts, wenn anderseits auch nicht die präponderierende Stellung des Ehemannes bei ehelichen Kindern. Dagegen fehlen nach der überwiegenden Ansicht die vermögensrechtlichen Folgen der elterlichen Gewalt (den Kindern ist ein Vormund zu bestellen); jedenfalls haben die Eltern keine Nutznießung am Vermögen der Kinder (zu Vormündern können sie gegebenenfalls bestellt werden).

Eine Legitimation unehelicher Kinder (also die Erhebung zu ehelichen) ist durch Eheschluß der Eltern (per subsequens matrimonium) und nach den Gesetzen einiger Staaten auch durch staatliche Verleihung (per rescriptum) möglich. Voraussetzung ist überall die vorherige Anerkennung des Kindes (s. o.).

In Ehebruch und Blutschande erzeugte Kinder (adulterini, incestuosi) können nicht anerkannt, folglich auch nicht legitimiert werden. Sie haben nur ganz beschränkte Rechte (auf Unterhalt). Art. 762 ff. C.N. Auch hier wird die äußere Moral auf Kosten der inneren bevorzugt.

§ 28. Die Adoption (Art. 343 ff. C.N.) hält sich in ähnlichen Schranken wie bei uns; insbesondere muß der Adoptierende ein gewisses höheres Alter und keine legitimen Deszendenten haben. Die Adoption ist ein Vertrag der beiden Beteiligten, setzt Bestätigung des zuständigen Gerichts und Eintragung in das Zivilstandsregister voraus. Der verheiratete Adoptant bedarf der Zustimmung seines

Ehegatten. Zwei Ehegatten können zusammen adoptieren; abgesehen davon ist eine Adoption durch mehrere Personen unstatthaft. — Teilweise erleichtert ist die Kindesannahme zum Dank für Lebensrettung und auf Grund eines vorhergegangenen pflegeelterlichen Verhältnisses (letzteres wird vom C.N. Art. 361 ff. als Vorstufe der Adoption betrachtet, hat sich aber kaum eingebürgert).

Die Adoption gibt dem Adoptierten den Namen des Adoptivvaters, schafft Ehehindernisse und gegenseitige Alimentationsansprüche zwischen den Beteiligten und erzeugt für den Adoptierten das Erbrecht eines leiblichen Kindes gegenüber dem Adoptivvater (nicht gegenüber dessen Familie). Die Beziehungen des Adoptierten zu seiner eigenen Familie bleiben unberührt. Die Wirkungen der Adoption sind unwiderruflich.

3. Vormundschaft, Pflegschaft, Beistandschaft.

§ 29. Die Gründe der Vormundschaft u. s. w. sind in der Hauptsache den unsern gleich. S. jedoch u. §§ 30 u. 31. Die Obervormundschaft wird vom Familienrat geführt. Bei der Altersvormundschaft gibt es auch noch gesetzliche Vormünder. Insbesondere ist dies der überlebende Elternteil (Art. 389 ff. C.N.), dem auch die Befugnis zusteht, testamentarisch einen Vormund zu bestellen. Ernennung von Vormündern durch den Familienrat (tutela dativa) tritt also nur in den übrigen Fällen ein. In der Regel ist nur ein Vormund berufen oder zu bestellen. Nur in besonderen Fällen wird ein Protutor ernannt und der Muttervormünderin in der Person ihres Mannes ein Mitvormund gegeben. Auch kann der Vater der Muttervormünderin einen Rat zur Vormundschaft beigeben. Gegenvormünder (subrogé tuteur) und tutores ad hoc kommen nach ähnlichen Grundsätzen wie bei uns vor.

Auch die Stellung und rechtlichen Befugnisse des Vormunds u. s. w. sind im allgemeinen den unsern ähnlich. Insbesondere ist der Vormund für alle Angelegenheiten einer Person, der Pfleger grundsätzlich nur für einzelne Angelegenheiten bestimmt. In diesem Umkreis vertritt aber der eine wie der andere den Mündel resp. die seiner Obhut zugewiesenen Interessen und untersteht namentlich in vermögensrechtlicher Beziehung der Kontrolle des Familienrats. Für gewisse Rechtsakte bedarf es dessen Genehmigung, für andere der gerichtlichen Homologation oder sonstiger Förmlichkeiten. Die Haftung beschränkt sich im allgemeinen auf Sorgfalt wie in eigenen Angelegenheiten und beginnt bei gesetzlichen Vormündern mit Kenntnis von der Berufung.

§ 30. Abgesehen von den gewöhnlichen Endigungsgründen erlischt die Altersvormundschaft auch durch Emanzipation (s. schon o. § 26). Diese ist ein freiwilliger Akt des Gewalthabers; doch tritt die Emanzipation von Rechts wegen auch mit Verheiratung des Mündels ein (Art. 476, 477 ff. C.N.). Der emanzipierte Minderjährige wird nur in beschränktem Umfange geschäftsfähig: er kann gewisse Rechtshandlungen allein vornehmen; bei anderen ist er an den Beitritt eines ihm zu diesem Zweck von dem Familienrate zu bestellenden Pflegers gebunden (cf. § 31); für wieder andere bedarf es der Bestätigung des Familienrats oder besonderer Formen.

§ 31. Verschwender und Geistesschwache kommen nicht unter Vormundschaft, sondern erhalten gegebenenfalls bloß einen Beistand zugewiesen, der ihnen (ähnlich wie der curator emancipati) bei gewissen Geschäften zu assistieren hat (Art. 499, 513 ff. C.N.). Das selbständige Handeln des Assistenzbedürftigen wird dadurch nicht aufgehoben. Der Beitritt ist Gültigkeitserfordernis des Akts.

V. Erbrecht.

§ 32. Die Erbschaft geht von Rechts wegen auf den berufenen Erben über (le mort saisit le vif), vorbehaltlich der Befugnis, sie binnen gewisser Frist formell aus-

zuschlagen. Die Annahme kann formlos geschehen. Eine Annahme sub beneficio inventarii erfolgt und wirkt in der Art wie nach römischem Recht. Entsprechend können die Erbschaftsgläubiger gegen den überschuldeten Erben das beneficium separationis erwirken. Art. 724, 771, 784 ff., 793 ff., 878 ff., 2111 C.N. Die gesetzliche Erbfolge steht, wenigstens in Frankreich, im Vordergrunde, so daß die testamentarischen Zuwendungen sie nur einschränken, während das Pflichtteilsrecht unter dem Gesichtspunkt erscheint, wie weit man über seinen Nachlaß letztwillig zum Vorteil Dritter verfügen kann (disponible Quote). Erbverträge sind, abgesehen von der elterlichen Vermögensverteilung (Art. 1075 ff.) und Verfügungen im Ehevertrage (Art. 1082 ff. C.N.), unzulässig.

§ 33. Die gesetzliche Erbfolgeordnung nach dem C.N. ist folgende.

1. Als Verwandte sind berufen:

a) Die ehelichen Kinder und weiteren Abkömmlinge nach Köpfen resp. Stämmen (mit Repräsentationsrecht in infinitum). Adoptiv- und legitimierte Kinder kommen nach den darüber aufgestellten Grundsätzen wie eheliche in Betracht.

b) In Ermangelung von Deszendenten sind Vater, Mutter und Geschwister des Verstorbenen nebst deren Abkömmlingen berufen (mit Repräsentationsrecht in infinitum). Und zwar erhält jeder Elternteil ein Viertel des Nachlasses; in den Rest succedieren die Geschwister und deren Abkömmlinge nach Köpfen resp. Stämmen. — In dieser Klasse werden auch halbbürtige Geschwister und deren Abkömmlinge berücksichtigt, erhalten jedoch kleinere Erbquoten. Für die halbbürtigen Geschwister wie für die weiter folgenden Verwandtenklassen (s. u.) wird nämlich der Nachlaß (ohne Berücksichtigung der Herkunft der einzelnen Güter) in zwei Hälften geteilt, wovon die eine den Verwandten väterlicher, die andere den Verwandten mütterlicher Linie zufällt, so daß von nun an beide Seiten unabhängig voneinander succedieren, bis auf der einen Seite keine erbfähigen Verwandten mehr vorhanden sind. Dann fällt die betreffende Hälfte den Verwandteen der anderen Linie zu. Dieses Prinzip (der Linealteilung) tritt nun schon in der zweiten Klasse dann ein, wenn nur halbbürtige Geschwister resp. deren Abkömmlinge vorhanden sind (dann erben die consanguinei nur in der väterlichen, die uterini in der mütterlichen Linie). Konkurrieren dagegen vollbürtige Geschwister resp. deren Abkömmlinge mit halbbürtigen, so erben die vollbürtigen in beiden Linien (da sie zu beiden gehören), die halbbürtigen nur in ihrer Linie. Art. 732, 748—752 C.N.

c) Die dritte Klasse bilden die Aszendenten des Verstorbenen (nicht auch deren Abkömmlinge). Dieselben erben nach Gradesnähe, aber (s. o.) nur in ihrer Linie, bis in der anderen Linie niemand mehr vorhanden ist. Art. 746, 753 C.N. Ein eigentümliches Rückfallsrecht statuiert Art. 747 C.N.

d) In Ermangelung von Aszendenten erben die übrigen Seitenverwandten nach Gradesnähe, ohne Repräsentation (in ihrer Linie, bis in der anderen kein erbfähiger Verwandter mehr vorhanden ist).

2. Neben resp. hinter diesen Klassen sind als Erbfolger berufen, d. h. ohne Devolution von Rechts wegen auf den Berufenen (an deren Stelle vielmehr eine Einweisung in den Besitz nötig ist) sind weiter nachlaßbeteiligt:

a) Uneheliche Kinder des Erblassers (mit Ausnahme der adulterini und incestuosi). Sie erhalten je nach der Art der konkurrierenden Erben eine verschieden abgestufte Quote dessen, was sie als eheliche Kinder erhalten würden (in Ermangelung von Verwandten das Ganze). Wegen der Erbfolge in den Nachlaß eines natürlichen Kindes s. Art. 765 ff. C.N.

b) Der überlebende Ehegatte des Verstorbenen (der nach dem C.N. erst hinter allen genannten Personen berufen war) erhält nach dem französischen Gesetz von 1891 auch neben den Verwandten den Nießbrauch an einer entsprechend abgestuften Quote des Nachlasses, vorausgesetzt daß die Ehe zur Zeit des Erbfalls nicht geschieden ist.

c) In letzter Linie erhält den (vakanten) Nachlaß der Staat.

Wie schon das vorzitierte französische Gesetz, so haben auch die neueren außerfranzösischen Gesetzgebungen (z. B. Italien) vielfache Härten dieser Successionsordnung

abgeschliffen, z. B. die Linealteilung des Nachlasses in gewissen Fällen, wo sie zu Ungerechtigkeiten führt, und durch Erhebung der unehelichen Kinder und insbesondere des überlebenden Ehegatten zu wahren Erben (mit Vermehrung ihrer Bezüge aus dem Nachlaß).

§ 34. Die Fähigkeit, ein Testament zu machen und durch ein solches zu erwerben, die ordentlichen Testamentsformen u. s. w. entsprechen im ganzen unserem neuesten Recht (nur daß statt des Gerichtes regelmäßig der Notar fungiert). Fideikommissarische Substitutionen sind (als dem freiheitlichen Geist der napoleonischen Gesetzgebung zuwider) verboten (s. nur Art. 1048 ff. C.N.).

Die testamentarischen Zuwendungen haben nach dem C.N. nur den Charakter von Vermächtnissen, d. h. das Zugewendete fällt dem Bedachten mit dem Erbfall nicht von Rechts wegen zu, sondern er muß sich (vorbehaltlich eines einzigen Falles in Art. 1006 C.N.) in den Besitz einweisen lassen. Andere Staaten (z. B. Italien) haben die Einsetzung teilweise zu einer Erbeinsetzung gestaltet. Die Zuwendung ist entweder eine solche des ganzen Nachlasses (Universallegat) oder einer Quote (Legat unter Universaltitel) oder einzelner Erbstücke (Partikularlegat). Die Notwendigkeit der Einweisung (wo sie besteht) schließt den dinglichen Rechtserwerb des Bedachten nicht aus (die Einweisung bezieht sich nur auf den Besitz). Belastet sind die Erben resp. universell Bedachten (nach der Regel: species derogat generi), also nicht die Erbstücknehmer. Die universell Bedachten haben auch mit den gesetzlichen Erben nach Verhältnis ihres Vorteils aus der Erbschaft zu den Schulden des Nachlasses beizutragen (vgl. Art. 871, 873, 875 ff., 1009, 1012 C.N.), die Erbstücknehmer nicht. Muß jemand den Gläubigern (z. B. auf Grund einer hypothekarischen Klage) mehr zahlen, als er beitragspflichtig ist, so findet Ausgleichung statt.

§ 35. Die freigebigen Verfügungen des Erblassers dürfen den gesetzlichen Vorbehalt (réserve) der nächsten Verwandten nicht beeinträchtigen. Vorbehalten wird eine Quote des Nachlasses: der Rest ist disponibel. Vorbehaltserben sind die Deszendenten und Aszendenten des Erblassers; zum Teil auch die unehelichen Kinder und der überlebende Ehegatte. Die Höhe des Vorbehalts wird, nach Art und Zahl der vorhandenen Vorbehaltserben, in den Gesetzgebungen verschieden bestimmt (bald beträgt er die Hälfte des Nachlasses, bald mehr oder weniger). Der Vorbehalt berechnet sich von der Gesamtmasse und kann von den Berechtigten in natura beansprucht werden (letztere haben in Ansehung des Vorbehalts ein potenziertes Erbrecht). Hat der Erblasser in seinen Verfügungen den disponiblen Teil des Nachlasses überschritten, so findet auf Verlangen der Berechtigten eine verhältnismäßige Reduktion aller letztwilligen Zuwendungen statt, soweit nicht der Erblasser Bevorzugungen ausgesprochen hat. Schenkungen unter Lebenden müssen, abgesehen von den gewöhnlichen Kollationsgrundsätzen, ähnlich wie bei uns dem Vorbehaltsrecht weichen, wobei regelmäßig die jüngere Schenkung vor der älteren eingezogen wird. Soweit der Beschenkte den Gegenstand nicht mehr besitzt, hat er den Wert zu restituieren; eventuell geht der Rückforderungsanspruch sogar gegen den Drittbesitzer (vgl. Art. 929 C.N.).

§ 36. Die Erbteilung geschieht nach römischer Art (mangels Vereinbarung) durch Teilungsklage. Nomina hereditaria ipso iure inter heredes divisa sunt. Übrigens soll die Teilung deklarativ (nicht konstitutiv) wirken. Eine Gewährleistung für die zugeteilten Gegenstände wird dadurch nicht ausgeschlossen. — Testamentsvollstreckung und ein gesetzliches Vorkaufsrecht der Miterben bei Veräußerung von Erbquoten (Art. 841, 1025 ff. C.N.) kommen ähnlich wie bei uns vor.

cc) Überblick über das russische Privatrecht.

Von

Dr. jur. von Veh.

I. Einleitung.

§ 1. Das bürgerliche Gesetzbuch.

Das russische Privatrecht ist im wesentlichen im ersten Teil des X. Bandes der Reichsgesetze enthalten. Er hat am Schluß einen Abschnitt über Lieferungen für den Staat, hier aber kommt der erste Abschnitt in Betracht, welcher als „die bürgerlichen Gesetze" (B.G.B.) bezeichnet wird. Er stammt von 1832 und sollte Kodifikation des geltenden Rechts sein. Trotzdem enthält das B.G.B. Bestimmungen, die fremdem, insbesondere französischem Recht — vielfach in mißverständlicher Auffassung — entlehnt sind. Es ist später ergänzt, im einzelnen auch abgeändert werden, hat jedoch seinen Gesamtcharakter behalten. Neue Ausgaben erschienen 1842, 1857, 1887, 1900.

§ 2. Inhalt und Charakter.

Das B.G.B. zerfällt in vier Bücher: 1. Familienrecht, 2. Eigentumserwerb im allgemeinen, 3. Eigentumserwerb im besonderen, 4. Verbindlichkeiten aus Verträgen. Das erste Buch behandelt die Ehe, das Verhältnis zwischen Eltern und Kindern, Verwandtschaft, Vormundschaft und Pflegschaft; das zweite das Sachenrecht, es enthält aber auch ein Hauptstück „von den Schuldverhältnissen" und ein zweites „vom Schadensersatz". Das dritte Buch handelt vom unentgeltlichen Eigentumserwerb, dabei vom Testament, sodann vom gesetzlichen Erbrecht und vom Erbrecht überhaupt, endlich von Kauf und Tausch; das vierte handelt zunächst von den Schuldverhältnissen im allgemeinen und behandelt dann einzelne Verträge. Dazwischen findet sich ein Abschnitt über die Sicherstellung der Verträge, in dem auch vom Pfandrecht gehandelt wird. Das B.G.B. zählt 2334 Artikel, von denen jedoch viele inhaltlich aufgehoben sind. Seine Bestimmungen sind überaus kasuistisch, zudem vielfach unklar und lückenhaft; wichtige Gegenstände werden überhaupt nicht erwähnt. Anderseits wird das Vorhandene mehrfach in Variationen wiederholt und Zusammengehöriges getrennt behandelt. Definitionen und eine juristische Terminologie fehlen fast gänzlich. Auch finden sich wichtige privatrechtliche Bestimmungen außerhalb des B.G.B., ja sie sind durch die ganze Gesetzessammlung verstreut. Die Versuche, ein neues B.G.B. zu schaffen, sind bisher erfolglos geblieben.

§ 3. Geltung.

Das B.G.B., im Gegensatz zu den sog. „besonderen oder örtlichen Gesetzen" als „allgemeines Gesetz" bezeichnet, gilt im gesamten europäischen und asiatischen Rußland.

Es gilt nicht: 1. in Finnland; hier gilt das schwedische Gesetzbuch von 1734 und später für Finnland erlassene Gesetze; 2. in den Ostseegouvernements; hier gilt das Privatrecht dieser Gouvernements von 1864 mit späteren Abänderungen; 3. in Polen; hier gilt der Code Napoleon, das Hypothekengesetz von 1818 und das Ehegesetz von 1825; 4. in Bessarabien; hier gelten die sechs Bücher des Hermanopulos aus dem 14. Jahrhundert. Ferner enthalten einzelne Artikel des B.G.B. Sonderbestimmungen für die Gouvernements Tschernigow und Poltawa, sowie für Transkaukasien. Von den besonderen Gesetzen sind die „Spezialgesetze" zu unterscheiden, welche für Einzelfälle erlassen werden. Hierher gehören z. B. die Satzungen von Aktiengesellschaften und Vereinen, welche staatlich bestätigt sein müssen. Sämtliche Gesetze werden als Beilagen zur Senatszeitung veröffentlicht. — Die „besonderen Gesetze", das Handelsrecht und die bäuerlichen Rechtsverhältnisse sind hier beiseite gelassen.

§ 4. Gewohnheitsrecht und Praxis.

Gewohnheitsrecht ist nur anwendbar: 1. auf handelsrechtliche und gewisse bäuerliche Rechtsverhältnisse; 2. wenn eine Partei vor dem Friedensrichter sich darauf beruft und das Gesetz keine andere Handhabe bietet. Anderseits haben die Kassationsentscheidungen des Senats eine außerordentliche Bedeutung. Sie werden, soweit sie Gesetzesauslegungen enthalten, fortlaufend veröffentlicht und sollen Gleichmäßigkeit in der Praxis herbeiführen.

§ 5. Literatur.

Aus der umfangreichen Literatur des B.G.B. sei folgendes hervorgehoben:

In russischer Sprache: 1. Pobedonoszew, Kursus des bürgerlichen Rechts, 3 Bde., St. Petersburg 1896; 2. Scherschenewitsch, Lehrbuch des russischen bürgerlichen Rechts, 3. Aufl., Kasan 1901; 3. Meier, Russisches bürgerliches Recht, 8. Aufl., St. Petersburg 1902; 4. Repetitorium des russischen bürgerlichen Rechts nach dem Programm der juristischen Kommission, 2. Aufl., Kiew 1901; 5. Borowikowsky, Kommentar zu Bd. X Teil 1 der Sammlung der Reichsgesetze, 2. Aufl., St. Peterburg 1901. In deutscher Sprache: 1. Codex des Civilrechts, aus dem Russischen übertragen von Klibanski, Berlin 1902; 2. Leuthold, Russische Rechtskunde, Leipzig 1889; 3. Leske und Löwenfeld, Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr, 21. Abt.: Rußland von Prof. Engelmann (vorzugsweise Erbrecht); sodann 4. Russisches Handelsgesetzbuch, übersetzt von B. v. Zwingmann, Riga 1889; 5. Gesetz für die evangelisch-lutherische Kirche in Rußland, übersetzt von R. v. Freymann, Reval 1901. In französischer Sprache: E. Lehr, Elements de droit civil Russe, 2 Bde., 1877 und 1890.

II. Allgemeiner Teil.

§ 6. Natürliche Personen.

A. Rechtsfähigkeit.

Über ihren Beginn gibt es keine Bestimmung, doch bleibt dem nasciturus eine Erbschaft vorbehalten. Sie endet außer mit dem Tode: 1. mit einem auf Verlust sämtlicher Standesrechte lautenden Strafurteil. Damit ist der Verlust der Familien- und Vermögensrechte verbunden; 2. mit dem Eintritt ins Kloster; 3. mit der Verschollenheit. Um diese festzustellen, erfolgt auf Antrag gerichtlicher Aufruf, der halbjährlich wiederholt wird. Nach Ablauf von fünf Jahren wird die Verschollenheit durch Urteil ausgesprochen. Dieses kann der Verschollene in weiteren fünf Jahren anfechten. Nach Ablauf dieser zweiten Frist wird sein Vermögen, für welches vorher eine Pflegschaft eingesetzt war, den Erben ausgeliefert.

Die Rechtsfähigkeit unterliegt Beschränkungen: 1. Ausländer können nach dem Gesetz vom 14. März 1887 in Polen und im sog. Westgebiet außerhalb städtischer Ansiedlungen Grundbesitz weder zu Eigentum erwerben, noch in Pacht nehmen. Ererbter Grundbesitz muß in drei Jahren veräußert werden. Diese Bestimmungen sind auf Turkestan, einige Gegenden Sibiriens und das Amurgebiet ausgedehnt worden. 2. Polen

dürfen im sog. Westgebiet keinen Grundbesitz haben, Ebräer ihn außerhalb derjenigen Orte, welche ihnen zu beständigem Wohnsitz angewiesen sind, nur unter Beschränkungen erwerben. 3. Edelleute können allein Majorate stiften. Griechische Geistliche dürfen keine Branntweinbrennereien errichten und keine Staatslieferung übernehmen, sie können nicht Bürgen und Bevollmächtigte sein. Geistliche sind allgemein wechselunfähig, ebenso Bauern, die keinen Grundbesitz haben und kein Gewerbe betreiben.

B. Geschäftsfähigkeit.

1. Alter. Die Großjährigkeit tritt mit zurückgelegtem 21. Lebensjahre ein. Jedoch kann ein Minderjähriger nach erreichtem 14. Lebensjahre beantragen, daß ihm anstatt des gerichtlich bestellten ein anderer Vormund gesetzt werde. Er hat zu entscheiden, ob er seinen Eltern in die Verbannung folgen und ob er an Kindesstatt angenommen sein will. Er kann Geld auf die Sparkasse tragen und von dort empfangen. Wer das 17. Lebensjahr erreicht hat, kann sein Vermögen verwalten, jedoch ohne schriftliche Genehmigung seines Vormundes keine Verbindlichkeiten eingehen. Wer wissentlich mit einem Minderjährigen kontrahiert, kann das Rechtsgeschäft nicht geltend machen und ist straffällig.

2. Geschlecht. Ehefrauen und nicht abgefundene Jungfrauen können, sofern sie nicht Handelsfrauen sind, ohne Genehmigung ihrer Ehemänner oder Eltern keine Wechsel zeichnen; Ehefrauen können ohne Genehmigung ihrer Männer keine persönlichen Dienste nehmen.

3. Geisteskrankheit. Die Ehe eines Geisteskranken und sein Testament sind ungültig, auch wenn er nicht entmündigt ist. Sonst bedarf es der Entmündigung, um seine Handlungen rechtsunwirksam zu machen. Sie erfolgt durch das I. Departement des Senats.

4. Taubstummheit. Taubstumme werden nach Überschreitung des 21. Lebensjahres einer Besichtigung unterzogen. Können sie Gedanken und Willen nicht frei ausdrücken, so werden sie, wie Geisteskranke, entmündigt.

5. Verschwendung. Verschwender müssen entmündigt sein, damit ihre Handlungen rechtsunwirksam werden. Doch können sie heiraten, in Dienst treten, vor Gericht stehen, testieren.

§ 7. Juristische Personen.

Die Bezeichnung und eine Definition fehlen. Unter den Personen, welche Eigentum erwerben können, sind jedoch solche aufgeführt, die nur als juristische in Frage kommen können, z. B. der Staat, Korporationen, Aktiengesellschaften. Aufgezählt sind hier auch Handelsgesellschaften und Konkursmassen. Ob diese, sowie die ruhende Erbschaft, juristische Personen sind, ist jedoch streitig. Sie entstehen mit staatlicher Genehmigung, doch fehlen für die Entstehung ebenso wie für die Aufhebung allgemeine Bestimmungen. Ihre Vertretung ist durch das Gesetz oder durch ihre Satzung geregelt. Vereine können aufgelöst werden, wenn sie eine schädliche Richtung nehmen. Bestimmt die Satzung nichts über das Vermögen nach der Aufhebung, so entscheidet der Zar auf Vorstellung des Ministerkomitees.

§ 8. Sachen.

Das russische Recht spricht nicht von Sachen als Rechtsobjekten, sondern von Vermögen, und unterscheidet: Barvermögen und Forderungsvermögen. Das Vermögen kann sein: 1. bewegliches und unbewegliches. Unbeweglich sind im allgemeinen Grundstücke, beweglich alles übrige. Innerhalb des unbeweglichen Vermögens unterscheidet man a) befiedelte und unbefiedelte Grundstücke, was jedoch nur noch historische Bedeutung hat. b) Erbgut und wohlerworbenes Vermögen. Diese Unterscheidung ist für Familienrecht und Erbrecht von großer Bedeutung; 2. teilbares und unteilbares: Fabriken, Läden,

Majorate gelten als unteilbar. 3. Hauptsachen und Zubehör. Gebäude gelten als Zubehör von Grundstücken. Zubehörstücke folgen im allgemeinen der Hauptsache. Bewegliche Sachen, welche Zubehör von Grundstücken sind, können nicht getrennt versteigert werden. 4. Vermögen, das dem Verkehr entzogen ist. Als solches gilt auch dem Staat und dem Kaiserhause gehöriges Vermögen, welches jedoch tatsächlich in den Verkehr kommt. — Dem Verkehr sind entzogen a) aus natürlichen Gründen: die Luft, das Meerwasser, gewisse Seen, wie der Ilmen, der Peipus; b) aus staatlichen Gründen: öffentliche Wege, Wasserverbindungen, falsches Geld, von der Zensur verbotene Bücher; c) aus religiösen Gründen: Heiligenbilder, Kirchhöfe. 5. schnellverderblich: Sachen dieser Art können von Vormündern und Pflegern ohne behördliche Erlaubnis veräußert werden. — Vertretbare Sachen werden bei einzelnen Verträgen zu erwähnen sein.

§ 9. Rechtsgeschäfte.

Der Wille und seine Erklärung sollen frei sein. Wer zum Abschluß eines Rechtsgeschäfts gezwungen worden ist, hat solches an demselben Tage den Nachbarn oder der Polizei anzuzeigen und innerhalb einer Woche eine Untersuchung zu beantragen. Sonst geht sein Anfechtungsrecht verloren. Der Betrug wird nicht als solcher, sondern als Fälschung bezeichnet. Vom Irrtum ist beim Testament die Rede. Ist es in offenbarem Irrtum über die Person des Bedachten oder über den Gegenstand der Verfügung errichtet, so ist es ungültig. Der Rechtsirrtum schadet insofern, als niemand sich mit der Unkenntnis des Gesetzes entschuldigen darf, wenn dieses gehörig veröffentlicht ist. Die Simulation ist beim Verwahrungsvertrage erwähnt (§ 37). Der Abschluß eines solchen zur Verschleierung eines Darlehns und zur Umgehung der Stempelsteuer hat die Folge, daß die Forderung auf die hinterlegte Sache im Konkurse des Verwahrers erst an letzter Stelle berücksichtigt wird. Der Inhalt der Rechtsgeschäfte darf den Gesetzen nicht widersprechen; im übrigen ist es gestattet, jede Art von Bedingungen, als Zeitbestimmungen, Zahlungsfestsetzungen, Bestimmungen über Vertragsstrafen und Sicherheitsleistung, in das Rechtsgeschäft aufzunehmen. Hier ist Bedingung mit Vertragsinhalt verwechselt. Allgemeines über Bedingung und Zeitbestimmung fehlt. Für die Form der Rechtsgeschäfte gilt, daß Mündlichkeit überall da genügt, wo Schriftlichkeit nicht vorgeschrieben ist. Die Schriftform kann entweder notwendig oder ein Beweismittel sein. Notwendig ist sie 1. bei allen Rechtsgeschäften, welche die Veräußerung oder Belastung von Grundstücken betreffen. Hier genügt jedoch einfache Schriftform nicht, es muß vielmehr die sog. Krepostform angewendet werden, über welche im Sachenrecht näher zu handeln sein wird (§ 13); 2. bei gewissen anderen Rechtsgeschäften, wie z. B. beim Testament. Als Beweismittel wird die Schriftform fast bei allen Verträgen gefordert, doch gibt es kein Prinzip; so kann ein Kaufvertrag mündlich geschlossen werden, während ein Lieferungsvertrag schriftlich sein muß. In gewissen Fällen, wie beim Pfandvertrag über bewegliche Sachen, müssen zur Schriftform Zeugen hinzukommen. Alle Rechtsgeschäfte können des besseren Beweises wegen notariell geschlossen oder notariell beglaubigt werden. So werden der äußeren Form nach unterschieden: Krepostakte, notariell geschlossene und notariell beglaubigte Akte und häusliche, d. h. einfach schriftliche Akte (§ 12). Über Stellvertretung siehe § 36.

§ 10. Verjährung.

Mit einzelnen Ausnahmen greift die Verjährung bei allen Rechtsgeschäften Platz. Sie beginnt mit der Fälligkeit des Anspruchs; bei Forderungen, die jederzeit geltend gemacht werden können, mit der Geltendmachung, bei periodischen Leistungen mit der letzten Zahlung. Sie ruht gegenüber Minderjährigen, Geisteskranken, Taubstummen und wird durch Klageerhebung beim zuständigen Gericht und durch Teilzahlung unterbrochen, in der Praxis auch durch Anerkennung der Schuld. Die Verjährungsfrist beträgt 10 Jahre; ihr Ablauf hat zur Folge, daß der Berechtigte seinen Anspruch verliert. Urteilsmäßige

Forderungen verjähren in 10 Jahren seit der letzten Vollstreckungshandlung. Kürzere Verjährungsfristen werden besonders zu erwähnen sein.

III. Besonderer Teil.

A. Das Sachenrecht.

Der Ausdruck Sachenrecht findet sich im Gesetz nicht. Die Kassationspraxis hat ihn aber aus der Theorie in das russische Rechtsleben eingeführt.

§ 11. Der Besitz.

Die Unterscheidung von Gewahrsam und Besitz ist dem russischen Rechte fremd. Der Besitz ist ihm eine Tatsache, welche von der Obrigkeit gestützt wird. Dies gilt jedoch nach der Praxis nur für Grundstücke, für bewegliche Sachen gibt es keinen Besitzschutz. Unterschieden wird gesetzlicher und ungesetzlicher, gutgläubiger und bösgläubiger Besitz: der bösgläubige Besitzer haftet strenger, als der gutgläubige. So hat z. B. der bösgläubige Besitzer eines Kapitals dasselbe nicht allein zu verzinsen, sondern auch 3 % als gesetzliche Strafe zu zahlen. Über Erwerb und Verlust des Besitzes gibt es keine Bestimmungen. Doch kann niemand eine Sache besitzen, der sie nicht zum Eigentum erwerben kann. So kann z. B. kein Ausländer im Westgebiet ein Landgut besitzen. Besitzstreitigkeiten gehören vor den Friedensrichter, wenn seit der Störung nicht mehr als 6 Monate verflossen sind.

§ 12. Das Eigentum.

„Das Eigentumsrecht ist die Macht, ein Vermögensstück in der durch die bürgerlichen Gesetze gegebenen Ordnung ausschließlich und unabhängig von Dritten für ewige Zeit und vererblich zu besitzen, zu nutzen und darüber zu verfügen." Der Eigentumserwerb erfolgt: 1. durch Krepostakte, notariell geschlossene oder notariell beglaubigte Akte und durch häusliche Akte, 2. durch die Übergabe des Vermögensstücks und durch Besitzeinweisung. Diese Bestimmungen betreffen sowohl Grundstücke als bewegliche Sachen, doch beziehen sich die Ausdrücke: „Krepostakte" und „Besitzeinweisung" ausschließlich auf Grundstücke. In den Akten muß stets eine Causa traditionis ausgesprochen sein, zu der die traditio hinzukommt. Abstrakte Verträge gibt es nicht.

§ 13. Eigentumserwerb an Grundstücken.

Er wird — ebenso wie die Belastung von Grundstücken — vom sog. Krepostwesen beherrscht: Krjepky heißt „fest", „stark". Dingliches Recht an Grundstücken kann nur durch Krepostakte, d. h. durch Eintragung in die Krepostbücher, erworben werden. Diese ist durch die Notariatsordnung vom 14. April 1866 geregelt. — Es gibt Notare und ältere Notare. Letztere sind Grundbuch- und Hypothekenbewahrer für einen bestimmten Bezirk. Sie führen 1. ein Krepostbuch, 2. ein Krepostregister. In ersteres werden die Verträge und Belastungsakte chronologisch eingetragen; letzteres wird, wo die Regeln vom 31. Mai 1891 eingeführt sind, nämlich in den Gerichtsbezirken von Kiew, St. Petersburg, Moskau, Kasan, Saratow, Charkow und Odessa, nach Grundstücken, sonst nach den Namen der Grundstückseigentümer geführt. Das Krepostregister enthält vier Abteilungen: 1. Bezeichnung des Grundstückes, 2. Eigentümer, 3. Beschränkungen des Eigentumsrechts, 4. Pfandbestellungen und Veräußerungs- und Verpfändungsverbote mit den Forderungen, für welche sie erteilt sind. Die Krepostbücher werden beim Bezirksgericht, im „Krepostarchiv", aufbewahrt. Erfolgt der Grundstückserwerb durch Vertrag, so ist dieser vor einem Notar zu schließen. Das kann überall geschehen; die Eintragung in die Krepostbücher aber erfolgt nur durch denjenigen älteren Notar, in dessen Bezirk das Grundstück belegen ist. Dieser erhebt die Umsatzsteuer von 4 % (Krepostposchlin), trägt den Vertrag ein, veröffentlicht den Eigentumsübergang im Senatsanzeiger und

erteilt die nötigen Ausfertigungen. Kontrovers ist der Zeitpunkt des Eigentumsüberganges, weil die Besitzeinweisung fortbesteht (§ 12). Sie erfolgt nach der Z.P.O. auf Anordnung des Bezirksgerichts durch den Gerichtsvollzieher. Der Senat hat entschieden, daß die Eintragung des Erwerbsvertrags ins Krepostregister zum Übergang des Eigentumsrechts genüge. — Erfolgt der Eigentumserwerb durch Erbgang oder Zuschlagsurteil, so erteilt das Bezirksgericht dem Berechtigten nach erfolgter Steuerberichtigung den entsprechenden Bescheid. Daraufhin erfolgt die Besitzeinweisung, welche im Krepostregister vermerkt wird. Die Ersitzung eines Grundstückes hat sich auf Grund eines Senatsukases von 1872 herausgebildet, daran anknüpfend, daß „der ruhige, unstreitige und ununterbrochene Besitz einer Sache unter einem Eigentumstitel sich in Eigentum verwandelt, wenn er die gesetzliche Ersitzungszeit hindurch gedauert hat." Die Ersitzungszeit dauert 10 Jahre. Das Bezirksgericht prüft die Voraussetzungen der Ersitzung, erhebt die Krepostposchlin und erteilt einen Bescheid, auf Grund dessen die Besitzeinweisung erfolgt. Letztere wird sodann im Krepostregister vermerkt. Grundstücke gewisser Art, z. B. Kirchenland, können nicht ersessen werden.

§ 14. Eigentumsrecht an beweglichen Sachen.

Soweit es durch Vertrag stattfindet, muß Übergabe hinzutreten. Die Ersitzung erfolgt unter denselben Voraussetzungen, wie bei Grundstücken. Jedoch bedarf es keiner gerichtlichen Mitwirkung. Aneignung ist nur bei beweglichen Sachen möglich; so kann z. B. Wild, das auf fremden Grundstücken gefangen worden ist, nicht zurückgefordert werden. Schatz heißt ein in der Erde verborgener Wertgegenstand. Er gehört dem Grundeigentümer; wer den Fund von Münzen und Altertümern anzeigt, erhält jedoch eine Vergütung. Fund heißt die Entdeckung einer Sache, deren Eigentümer unbekannt ist. Der Finder hat in drei Wochen polizeiliche Anzeige zu erstatten, worauf eine Veröffentlichung erfolgt. Beweist der Eigentümer sein Recht an der Sache, so erhält der Finder als Lohn ein Drittel des Wertes, sonst verbleibt die Sache dem Finder. Früchte werden vom Eigentümer der Hauptsache erworben. Der gutgläubige Besitzer ist aber nicht verpflichtet, die während seines Besitzes entstandenen Früchte herauszugeben. Für die Verbindung gilt der Satz, daß die Nebensache der Hauptsache folgt; wer auf fremden Grund gebaut hat, hat das Wegnahmerecht, sofern Wegnahme möglich ist, sonst Anspruch auf Entschädigung. Vermischung und Verarbeitung sind nicht erwähnt.

§ 15. Beschränkungen des Eigentumsrechts.

Die gesetzlichen Beschränkungen beziehen sich nur auf Grundstücke. Es sind zu erwähnen: 1. Die sog. allgemeinen Gebrauchsrechte: Es werden aufgezählt: Das Recht, die öffentlichen Wege und Wegeverbindungen zu benutzen, die Pflicht der Anlieger, das Gras am Wegrande für das vorbeiziehende Vieh zu erhalten, den Leinpfad freizulassen und alles zu unterlassen, was den Verkehr auf schiffbaren und flößbaren Flüssen hindern könnte. Hierher gehören auch die Beschränkungen der Waldbesitzer aus dem Waldschutzgesetz vom 4. April 1889 und das Wassergesetz vom 20. Mai 1902. 2. Private Nutzungsrechte. Hierunter wird für städtische und ländliche Grundstücke das sog. Nachbarrecht verstanden. Abänderung gesetzlicher Bestimmungen durch Privatwillkür ist zulässig, muß jedoch ins Krepostregister eingetragen werden. 3. Majorate und Fideikommisse. Sie können nur von Edelleuten mit allerhöchster Genehmigung errichtet werden. Gegenstand können nur Grundstücke von bestimmtem Umfange sein, doch kann auch bewegliches Vermögen beigefügt werden. Im Westgebiete erfolgt die Errichtung von Majoraten durch Allerhöchste Verleihung mit vorgeschriebener Erbfolgeordnung. Durch Gesetz vom 25. Mai 1899 ist zur Stütze des mittleren Adels die Errichtung sog. zeitweiliger Fideikommißgüter eingeführt worden. Danach können Edelleute durch Krepostakt Güter mit einem Wohnhause und Wirtschaftsgebäuden einem Erben allein hinterlassen, wenn die anderen abgefunden sind oder zustimmen. Der Stifter kann jedoch das Fideikommiß durch Krepostakt wiederum aufheben.

§ 16. Schutz des Eigentumsrechts.

Das B.G.B. erwähnt die Eigentumsklage nicht, doch bestimmt die Z.P.O., daß der Friedensrichter in Sachen wegen Wiederherstellung gestörten Besitzes auf eine Prüfung des Eigentumsrechts am Grundstück nicht einzugehen habe. Daraufhin besteht sie in der Praxis, welche zugleich im Gegensatz zur Z.P.O. dazu neigt, den Streit über Besitz und Eigentum zusammen zur Entscheidung bringen zu lassen. Bewegliche Sachen gelten als Eigentum des Besitzers, bis das Gegenteil erwiesen ist. Geschieht dies, so sind sie sowohl vom bösgläubigen als vom gutgläubigen Besitzer herauszugeben. Der Satz: „Hand wahre Hand" ist unbekannt.

§ 17. Miteigentum.

Es entsteht durch Vertrag oder Erbgang. Verfügungen sind nur in Übereinstimmung aller Miteigentümer möglich; doch kann jeder seinen Anteil veräußern; stimmen die andern nicht zu, so können sie ihn nach einer Schätzung ankaufen. Teilungsverträge sind schriftlich zu schließen, auch kann niemand gezwungen werden, im Miteigentum zu verbleiben. Anteile können in der Zwangsvollstreckung versteigert werden. Über Erbteilung siehe § 60. Eine besondere Art des Miteigentums ist der sog. Gemeindebesitz in den großrussischen Gouvernements. Er ist in einer Beilage zum Ständerecht (Bd. IX der Reichsgesetze) geregelt. Die Gemeinde ist Eigentümerin des Bodens; sie kann ihn durch Gemeindebeschluß mit Genehmigung der Regierung verpfänden, die Gemeindeglieder haben nur die Nutzung. Diese ist für Wald und Wiesen gemeinsam, das Ackerland wird periodisch umgeteilt, nur die sog. Hausgrundstücke verbleiben den einzelnen. Das Rechtsverhältnis ist sehr unklar.

§ 18. Dienstbarkeiten.

Man unterscheidet persönliche und Grunddienstbarkeiten, gesetzliche und gewillkürte Dienstbarkeiten. 1. Der Nießbrauch. Er kann beruhen auf Vertrag, Gesetz oder Testament. (Fälle des gesetzlichen und testamentarischen Nießbrauchs § 55.) Er ist auf Grund eines vom Gerichtsvollzieher anzufertigenden Vermögensverzeichnisses auszuüben und, wenn ein Grundstück in Frage steht, ins Krepostregister einzutragen. Der Nießbraucher hat die Verwaltung des Grundstückes, kann es aber auch, wenn der Nießbrauch testamentarisch bestellt ist, mit Genehmigung des Senats verpfänden. Zwangsvollstreckung kann nur auf die Einnahme gerichtet werden, es sei denn, daß die Vollstreckungsforderung vor dem Nießbrauch eingetragen war. Kommt es zur Zwangsversteigerung, so wird der Überschuß bei der Reichsbank hinterlegt, und der Nießbraucher bezieht die Zinsen. Anderseits kann der Eigentümer das Grundstück unbeschadet des Nießbrauchs veräußern. 2. Grunddienstbarkeiten. Er werden erwähnt a) das Hölzungsrecht, b) das Recht, Bienenstöcke auf fremdem Grunde zu halten, c) das Recht der Biberjagd, d) das Recht, Jagd und Fischfang auf fremdem Gebiet auszuüben, e) das Recht, eine Mühlenwehr ans fremde Ufer zu legen. Gewillkürte Grunddienstbarkeiten müssen ins Krepostregister eingetragen werden.

§ 19. Das Erbzinsrecht.

In den ehemals polnischen Gouvernements, in Weißrußland und Neurußland besteht ein Erbzinsrecht, das Recht erblicher Nutzung ländlicher oder städtischer Grundstücke gegen feststehenden Jahreszins. Dieses Rechtsverhältnis entspricht der römisch-rechtlichen Emphyteuse und ist in Beilage 25 zum Ständerecht — Bd. IX der Reichsgesetze, Fortsetzung von 1890 — geregelt.

§ 20. Das Pfandrecht.

Das Pfandrecht setzt eine Forderung voraus und ist ein Recht an fremder Sache. Grundschuld und Eigentümerhypothek sind unbekannt. Pfandschuldner kann nur der

Eigentümer der Pfandsache sein. Die Pfandbestellung durch einen Nichteigentümer ist ungültig (Ausnahme § 18). Pfandgläubiger kann nur sein, wer das Eigentum an der Pfandsache erwerben kann, also z. B. nicht ein Pole im Westgebiete. Gegenstand des Pfandrechts können sowohl Grundstücke und bewegliche Sachen, auch Wertpapiere sein. Ein Pfandrecht an Forderungen ist unbekannt. Die Pfandsache darf nicht schon verpfändet sein. Ist jedoch ein Grundstück bei einer Bank verpfändet, so kann eine zweite, sog. ergänzende Pfandbestellung zu Gunsten einer Privatperson erfolgen: Ferner bestimmt die Z.P.O., daß mehrere Pfandgläubiger nach dem Alter der Pfandbestellung aus der Pfandsache befriedigt werden sollen. Dementsprechend finden in der Praxis successive Verpfändungen derselben Sache statt. Die Pfandbestellung kann für jede Art von Forderung erfolgen, doch sind Kautionshypotheken und Rentenschulden unbekannt. — Die Form der Pfandbestellung ist bei Grundstücken und beweglichen Sachen verschieden: 1. Grundstücke können nur in Krepostform verpfändet werden. Das Pfandrecht entsteht mit der Eintragung ins Krepostregister. Gleichzeitig wird ein Veräußerungs- und Verpfändungsverbot notiert, welches bei einer Veräußerung oder weiteren Pfandbestellung berücksichtigt werden muß. 2. Bewegliche Sachen können nur durch schriftlichen, von zwei Zeugen mitunterzeichneten Vertrag verpfändet werden. Übergabe der Pfandsache ist nicht erforderlich, findet aber in der Praxis meistens statt, um die Dinglichkeit des Pfandrechts herbeizuführen. Der Pfandvertrag muß ferner notariell beglaubigt sein. Andernfalls geht die Pfandsache beim Konkurse des Pfandschuldners in die Masse, und der Pfandgläubiger findet nur neben den übrigen Gläubigern Befriedigung. Die Wirkung des Pfandrechts besteht darin, daß der Pfandgläubiger die gerichtliche Versteigerung der Pfandsache betreiben kann, sobald die Forderung fällig ist. Ist ein Grundstück verpfändet, so kann der Gläubiger sich außerdem in dessen Nutzung einweisen lassen. Bei der Versteigerung der Pfandsache kann der Gläubiger seine Forderung aufrechnen. Wird er nicht voll befriedigt, so verliert er seinen weiteren Anspruch, außer wenn das Gegenteil in der Pfandverschreibung gesagt ist. Eine Abtretung von Pfandrechten findet nicht statt, doch nimmt die Praxis an, daß sie mit Zustimmung des Pfandschuldners möglich sei. Ebensowenig kann ein neuer Pfandschuldner in den Pfandvertrag eintreten; die frühere Pfandverschreibung muß vielmehr vorher gelöscht werden. — Besonders geregelt sind 1. der Pfandvertrag mit Banken, 2. der Pfandvertrag mit Darlehnskassen (Lombard), 3. der Lagerhaus- oder Warrantvertrag.

§ 21. Urheberrecht und gewerblicher Schutz.

Das Urheberrecht ist in einem Anhange zu Art. 420 B.G.B. geregelt. Es bezieht sich auf literarische, musikalische und künstlerische Erzeugnisse und dauert 50 Jahre nach dem Tode des Autors; jedoch müssen Werke der Malerei, Bildhauerkunst und verwandter Künste bei der Akademie der Künste eingetragen werden. — Der gewerbliche Schutz ist im Departement des Finanzministeriums für Handel und Manufakturen vereinigt, von welchem Patente auf Erfindungen mit 15jährigem Schutz erteilt, Muster, Modelle und Warenzeichen mit 10jährigem Schutz eingetragen werden. Diese Materien sind geregelt durch das Patentgesetz vom 20. Mai 1896, durch Art. 199 der Gewerbeordnung und durch das Gesetz über den Schutz von Warenzeichen vom 26. Februar 1896.

B. Das Recht der Schuldverhältnisse.

I. Allgemeines.

§ 22. Subjekt und Gegenstand.

Subjekt können physische und juristische Personen sein. Die Ausgabe von Inhaberpapieren ist Privatpersonen verboten, erfolgt jedoch vielfach mit staatlicher Genehmigung z. B. von Aktiengesellschaften. Eine Mehrheit von Subjekten ist möglich; Solidarhaftung

aber wird nicht vorausgesetzt, sondern muß bedungen sein (Ausnahme § 38). Die Abtretung von Forderungen ist im allgemeinen zulässig (Ausnahme beim Pfandvertrage, § 20); eine Schuldübernahme aber kann nur mit Zustimmung des Gläubigers erfolgen. — Generische Schuldverbindlichkeiten werden nicht erwähnt, alternative insofern, als bei mehreren Beschädigern der Verletzte ein Wahlrecht hat.

§ 23. Leistung.

Fällige Leistungen können auf einmal gefordert werden, doch haben Friedensrichter und Landhauptleute das Recht, dem Schuldner Teilzahlungen zu bewilligen. Erfüllungsort ist der Wohnort des Schuldners, weil im Zweifel nur dort geklagt werden kann, bei dinglichen Verpflichtungen der Ort der Belegenheit des belasteten Grundstücks. Die Erfüllungszeit richtet sich nach der Vereinbarung, doch kann unter gewissen Voraussetzungen durch Einsetzung einer Administration Zwangsstundung eintreten. Bestimmungen über Verzug fehlen. Bei Annahmeverweigerung und Ungewißheit des Gläubigers ist Hinterlegung der Schuldsumme zulässig. Über Zinsen siehe § 33.

§ 24. Bestärkung von Schuldverhältnissen.

1. Das Handgeld ist Zeichen des Vertragsabschlusses; der Senat neigt zur Annahme, daß es zugleich Reugeld sei. 2. Die Vertragsstrafe beruht auf Gesetz oder Parteiwillen. Gesetzlich ist sie z. B. beim Darlehn (§ 33). Die gewillkürte Vertragsstrafe kann nur durch schriftliche Vereinbarung festgesetzt werden, wo die gesetzliche nicht besteht. Ist sie wucherisch, so ist sie ungültig; doch gelten Zinsen von 12 % jährlich nicht als Wucher. 3. Die Bürgschaft ist Schadensbürgschaft oder Terminsbürgschaft. Bei ersterer haftet der Bürge nur, wenn der Konkurs des Hauptschuldners nichts ergeben hat. Bis dahin hat der Gläubiger nur Anspruch auf Sicherstellung; nachher aber verjährt die Bürgschaftsklage in sechs Monaten. Bei der Terminsbürgschaft haftet der Bürge unmittelbar nach Fälligkeit der Forderung, muß aber in Monatsfrist belangt werden, widrigenfalls er frei wird. Durch Vertrag kann strengere Haftung gesetzt werden. Solidarhaftnng mehrerer Bürgen muß bedungen sein, sonst haftet jeder Bürge nur für sich, und nur, wenn ein Bürge zahlungsunfähig wird, verteilt sich seine Haftung auf die Mitbürgen. Hat der Bürge gezahlt, so hat er einen Erstattungsanspruch mit Zinsen; zahlt ein Schadensbürge, bevor der Konkurs des Hauptschuldners beendet ist, so kann er an letzterem teilnehmen.

§ 25. Aufhebung der Schuldverhältnisse.

Sie kann durch Übereinkunft jederzeit erfolgen, nur nicht zum Schaden Dritter. Treffen Darlehnsgläubiger und Schuldner in einer Person zusammen, so tritt Aufrechnung ein, auch wenn der Schuldner im Konkurse ist. Über die Aufrechnung beim Pfandvertrage siehe § 20. Schuldverhältnisse gehen, mit Ausnahme von Verträgen über persönliche Dienstleistungen, aktiv und passiv auf die Erben über. Über die Verjährung siehe § 10.

§ 26. Verträge.

Das russische Recht spricht von Verträgen und Schuldverbindlichkeiten, ohne beides auseinanderzuhalten. Abstrakte Schuldverbindlichkeiten gibt es nicht; doch wird Gesellschaften gestattet, Schuldverschreibungen ohne Angabe des Schuldgrundes herauszugeben. Verträge dürfen nicht auf Widergesetzliches gerichtet sein, und den Notaren ist untersagt, bei Verträgen mitzuwirken, welche den Gesetzen, der öffentlichen Sittlichkeit oder der Ehre von Privatpersonen widersprechen. Unwirksam sind Verträge, welche bezwecken: 1. die Trennung einer Ehe; 2. die betrügerische Verschreibung eines Grundstückes zum Zwecke der Gläubigerbenachteiligung; 3. die Verschleierung von Wucher; 4. die Übertragung eines Rechtes auf eine Privatperson, welches dieser ihrem Stande nach nicht

zukommt; 5. Schädigung der Krone. — Ferner sind ungesetzlich: Verträge, welche die künstliche Steigerung der Lebensmittelpreise bezwecken, auf die Aufhebung oder Minderung der Haftung von Eisenbahn- und Dampfschiffsverwaltungen aus dem Frachtvertrage gerichtet sind oder die Veräußerung oder Belastung eines künftigen Nachlasses betreffen. Verträge, bei denen eine Stempelhinterziehung stattgefunden hat, sind nicht unwirksam, stehen aber unter Stempelstrafe. Über den Abschluß von Verträgen, Vorverhandlungen, Offerte und Annahme gibt es keine Bestimmungen. Die bestehenden Auslegungsregeln lassen sich dahin zusammenfassen, daß in erster Reihe der Wortlaut entscheiden soll. Entstehen Zweifel, so ist, wie im Code civil, der Sinn zu bevorzugen. Verträge zu Gunsten Dritter sind zulässig. Bei der Einzahlung in eine Sparkasse kann derjenige bezeichnet werden, welcher die Einlage nach dem Tode des Einlegers erhalten soll. Das hindert letzteren aber nicht, bei Lebzeiten über die Einlage anders zu verfügen.

II. Die einzelnen Verträge.

§ 27. Kaufvertrag.

Er wird als Kauf und Verkauf bezeichnet; seine Bestandteile sind notwendige oder gewillkürte, doch fehlt eine scharfe Scheidung. Die Kaufsache muß zum Verkaufe geeignet, darf also z. B. nicht mit einem Veräußerungsverbot belastet sein. Der Verkauf einer fremden Sache ist unzulässig. Unbewegliche Sachen können nur durch Kreposttvertrag verkauft werden; bei beweglichen genügt mündliche Vereinbarung. Der Eigentumsübergang erfolgt mit dem Abschluß des Vertrages, bei vertretbaren Sachen mit der Übergabe. Für Grundstücke siehe § 13. Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer die Kaufsache lastenfrei zur Verfügung zu stellen (sog. Bereinigung), und haftet für Mängel. Ist eine versprochene Eigenschaft nicht vorhanden, so kann der Kauf rückgängig gemacht werden. Zahlt der Käufer nicht rechtzeitig, so kann die Sache für seine Rechnung versteigert werden, und er hat den Ausfall zu tragen. Die Verpflichtung, den Kaufpreis zu verzinsen, muß bedungen sein. — Neben dem Kaufvertrage besteht der Lieferungsvertrag. Er ist ein Kaufvertrag über vertretbare Sachen mit befristeter Lieferung und wird vom Gesetz mit der Unternehmung (dem Werkvertrage) zusammen behandelt (§ 35).

§ 28. Tausch.

Nur bewegliche Sachen können getauscht werden; über Grundstücke müssen zwei Kaufverträge geschlossen werden. Von beiden ist die Umsatzsteuer von 4 % zu erheben.

§ 29. Vertrag über künftigen Verkauf.

Er besteht in der Verpflichtung, in festgesetzter Frist einen Kaufvertrag über eine bestimmte Sache abzuschließen und betrifft meist Grundstücke, über die eines Veräußerungsverbotes wegen ein Kaufvertrag nicht geschlossen werden kann (§ 20). Um trotzdem ein Anrecht am Grundstück zu erwerben, wird ein Vertrag über seinen künftigen Verkauf geschlossen. Dieser kann auch eine fremde Sache betreffen, unterliegt der Schriftform, aber nicht der Umsatzsteuer; das Eigentumsrecht verbleibt dem Verkäufer. In der Regel wird ein Handgeld gegeben und für den Fall der Nichterfüllung eine Vertragsstrafe gesetzt. Mit Verfall des Handgeldes und Entrichtung der Vertragsstrafe hört die Verpflichtung zum Kaufabschluß auf. Die Frist, in der letzterer zu schließen war, darf ein Jahr nicht übersteigen. Kommt der Kaufvertrag in der bestimmten Frist nicht zu stande, so hört die Verpflichtung zu seinem Abschluß auf. Dasselbe tritt in anderen Fällen ein, die sich als höhere Gewalt charakterisieren.

§ 30. Schenkung.

Die Schenkung ist Vertrag, denn sie ist ungültig, wenn der Beschenkte nicht annimmt. Bewegliche Sachen können durch bloße Übergabe, Grundstücke nur durch Krepost-

vertrag verschenkt werden, Erbgut (§ 8) nur an die nächsten Erben. Schenkungen unter Ehegatten gelten unbeschränkt. Anfechtbar sind Schenkungen wegen Unehrerbietigkeit gegen den Schenker, ferner Schenkungen an Ehegatten, Kinder und Verwandte beim Konkurse des Schenkers (§§ 45 u. 50). Neben der Schenkung wird die Darbringung zu wohltätigen Zwecken und die Allerhöchste Verleihung erwähnt, ohne daß sie jedoch charakterisiert würden.

§ 31. Leihe.

Leihe ist die unentgeltliche Hingabe einer beweglichen Sache zum Gebrauch mit der Verpflichtung unversehrter Rückgabe. Hier ist Schriftform nicht vorgeschrieben. Wird die Sache durch Fahrlässigkeit des Entleihers beschädigt, so ist ihr Wert zu erstatten; die Sache behält der Entleiher.

§ 32. Sachmiete.

Sachmiete ist entgeltliche Leihe, welche sowohl bewegliche Sachen als Grundstücke betreffen kann. Die Miete eines Grundstücks mit Fruchtziehung heißt Arrende, doch gibt es für sie keine besonderen Bestimmungen. Mietverträge über bewegliche Sachen und städtische Wohnungen können mündlich geschlossen werden, Mietverträge über Grundstücke nur schriftlich. Wird der Mietzins für ein Grundstück auf mehr als ein Jahr vorausbezahlt, so ist der Mietvertrag in Krepostform zu schließen, widrigenfalls er unwirksam ist. Die Eintragung eines Mietvertrages ins Krepostregister bewirkt, daß dieser bei der Veräußerung des Grundstückes berücksichtigt werden muß. Bei der Zwangsversteigerung bleiben diejenigen Mietverträge in Kraft, welche vor der Zustellung des Einleitungsbeschlusses geschlossen waren. — Ein gesetzliches Pfandrecht des Vermieters an den eingebrachten Sachen besteht nicht, ein Zurückbehaltungsrecht nur, wenn Arrest erwirkt ist. Andernfalls liegt unerlaubte Selbsthilfe vor, die strafbar ist. Die Aftermiete ist im Gesetz nicht erwähnt.

§ 33. Darlehn.

Gegenstand des Darlehns können Geld und andere vertretbare Sachen sein; auch kann Vergütung aus Rechtsgeschäften anderer Art in die Darlehnsform gekleidet werden. Der Darlehnsvertrag ist schriftlich in notarieller oder häuslicher Form zu schließen. Wird erstere gewählt (Leihbrief), und werden Zeugen hinzugezogen, so ist die Einrede der nicht gezahlten Valuta ausgeschlossen; der Darleiher hat ein Vorzugsrecht im Konkurse des Darlehnsschuldners und die Möglichkeit, auf Grund der Darlehnsurkunde Arrest auszubringen. Die häusliche Form gibt diese Vorzüge nicht, sie kann aber in bestimmter Frist in die notarielle verwandelt werden. Da indessen der Schuldner hierbei mitwirken muß, so ist diese Form im Verkehr durch den Wechsel verdrängt. Die Darlehnsverschreibung muß auf russische Münze lauten und ist unwirksam, wenn sie zur Hintergehung der Gläubiger oder zur Verschleierung einer Spielschuld gegeben ist. — Zinsen werden für Darlehn wie überhaupt nach russischem Recht nur gezahlt, wenn sie vereinbart sind. Der gesetzliche Zinsfuß ist 6 % jährlich. Wird er überschritten, so kann der Darlehnsnehmer das Darlehn in sechs Monaten zurückzahlen, muß jedoch drei Monate vorher schriftlich kündigen. Zinsen von Zinsen werden nicht vergütet; ist aber ein Jahreszins unbezahlt geblieben, so kann er zum Kapital geschlagen werden. Über Wucher § 24. Die Abtretung eines Leihbriefes ist (im Gegensatz zur Pfandverschreibung, § 20) ohne Zustimmung des Schuldners zulässig. Sie erfolgt durch Aufschrift auf der Urkunde mit notarieller Beglaubigung. Andernfalls hat der Zessionar die mit der notariellen Form verbundenen Vorzugsrechte nicht. Nach Fälligkeit des Leihbriefes kann außer Kapital und Zinsen eine gesetzliche Vertragsstrafe von 3 % der Darlehnssumme gefordert werden (§ 24). Wird der Leihbrief in drei Monaten seit seiner Fälligkeit nicht ausgeklagt, so verliert der Gläubiger die ihm sonst zustehenden Verzugsrechte, es sei denn, daß eine notariell beglaubigte Prolongation erfolgt wäre.

§ 34. Dienstmiete.

Der Dienstvertrag kann auf mehr als fünf Jahre nicht geschlossen werden. Die Vergütung kann (außer bei Fabrikarbeitern) sowohl in Geld als in Sachen bestehen. Minderjährige und Ehefrauen können sich ohne Genehmigung ihrer Eltern, Vormünder und Ehemänner nur verdingen, wenn sie einen eigenen Paß haben. Die Form des Vertrages ist verschieden. Dienstboten und Arbeiter können mündlich bei Übergabe ihrer Pässe zum Dienste angenommen werden; mit Handlungskommis, Fabrikarbeitern und Matrosen zur Seefahrt muß schriftlich kontrahiert werden. Der Dienstverpflichtete und der Lehrling sind dem Hausherrn und seiner Familie zu Treue, Gehorsam und Ehrerbietung verbunden; der Hausherr darf mit dem Gesinde nicht hart verfahren. Die Höhe des Dienstlohnes bedarf der Vereinbarung; für Gesellen und Lehrlinge wird er alljährlich durch die Handwerkerversammlung bestimmt. Ein Dienstvertrag, der nicht auf Zeit geschlossen ist, kann beiderseits jederzeit beendet werden, eine gesetzliche Kündigungsfrist besteht nur für Fabrikarbeiter (zwei Wochen). Bei Handelsunternehmungen bleiben die Dienstverpflichteten auch beim Tode des Dienstherrn im Dienst. — Für Handlungsgehilfen, Fabrikarbeiter, Landarbeiter, Handwerker, Bergwerksarbeiter und Kapitäne von Seeschiffen bestehen besondere Bestimmungen.

§ 35. Werkvertrag.

Der Werkvertrag wird als Unternehmung bezeichnet und mit der Lieferung (§ 27) zusammen behandelt. Beides sind Verträge, durch die der eine Teil sich verpflichtet, auf seine Kosten ein Werk herzustellen oder Sachen zu liefern, der andere, eine Geldsumme zu zahlen. Beide Arten von Verträgen dürfen bei Steuerstrafe über die Grenze nicht hinausgehen, welche den Kontrahenten durch die Handels- und Gewerbesteuergesetze gesteckt ist. Sie unterliegen der Schriftform; werden sie mit dem Staat geschlossen, so kommen die in § 1 erwähnten Bestimmungen über Lieferungen für den Staat zur Anwendung.

§ 36. Vollmachtsvertrag.

Die Stellvertretung wird nicht besonders behandelt; auch fehlt die Unterscheidung von Auftrag und Vollmacht. Vollmachten sind schriftlich zu erteilen; im Verkehr kommen nur notariell beglaubigte Vollmachten vor. Es gibt General- und Spezialvollmachten, doch pflegt in ihnen alles einzeln aufgezählt zu werden, was der Bevollmächtigte tun kann. Innerhalb der Grenzen der Vollmacht wird der Vollmachtgeber direkt verpflichtet. Substitution muß ausdrücklich vorgesehen sein und erfolgt dann ebenfalls in notarieller Form. Widerruf der Vollmacht ist jederzeit zulässig; auch kann eine Vollmacht durch gerichtlichen Aufruf für kraftlos erklärt werden. Die Niederlegung der Vollmacht darf nicht unzeitig erfolgen; der Bevollmächtigte hat sie dem Vollmachtgeber und derjenigen Behörde anzuzeigen, bei der er auf Grund der Vollmacht tätig war. Vollmachten erlöschen mit dem Tode des Bevollmächtigten und des Vollmachtgebers; nur Handelsvollmachten erlöschen mit dem Tode des letzteren nicht. — Die Geschäftsführung ohne Auftrag ist nicht erwähnt.

§ 37. Verwahrung.

Der Verwahrer hat einen Verwahrungsschein auszustellen, welcher notariell beglaubigt sein muß, es sei denn, daß Text und Unterschrift von der Hand des Verwahrers herrühren. Diese Vorschrift soll der Verschleierung eines Darlehns durch einen Verwahrungsvertrag vorbeugen (§ 9). Hinterlegte Wertpapiere müssen der Nummer nach angegeben sein. Der Verwahrer haftet für diligentia quam suis, hat nicht das Recht, die Sache zu gebrauchen, aber Anspruch auf Ersatz seiner Auslagen. Er hat die hinterlegte Sache auf die erste Aufforderung herauszugeben, widrigenfalls er für Schaden haftet und hinterlegtes Geld verzinsen muß. Der Hinterleger bleibt Eigentümer der hinterlegten Sache und hat daher ein Aussonderungsrecht im Konkurse des Verwahrers.

Der Verwahrungsvertrag unterliegt bei Lebzeiten der Kontrahenten keiner Verjährung. Nach dem Tode des Verwahrers können seine Erben einen gerichtlichen Aufruf veranlassen. Erhebt der Hinterleger keinerlei Anspruch in 6 Monaten seit der letzten Insertion, so verliert er sein Recht auf die Sache. — Besondere Arten des Verwahrungsvertrags sind das depositum miserabile, welches durch Zeugen bewiesen werden kann, und die Einbringung von Sachen in Gasthäuser. Letztere wird jedoch nur erwähnt.

§ 38. Gesellschaft.

Die Gesellschaften werden nach dem Umfange der Haftung für die Gesellschaftsschulden unterschieden in: 1. volle Gesellschaften (hier haften die Gesellschafter solidarisch mit ihrem ganzen Vermögen), 2. Einlagegesellschaften (hier haften einzelne Gesellschafter unbeschränkt, andere mit ihren Einlagen) und 3. Anteils- oder Aktiengesellschaften. Die Abgrenzung gegen den Verein fehlt, doch werden Vereine als Gesellschaften aufgefaßt. Daß Aktiengesellschaften und Vereine juristische Personen seien, wird angenommen; bei den anderen Gesellschaftsformen ist es streitig (§ 7). Der Gesellschaftsvertrag kann nur schriftlich geschlossen werden. Handelsgesellschaften sind beim Handelsamt anzumelden; Aktiengesellschaften bedürfen Allerhöchster Genehmigung; auch Vereine können ohne staatliche Genehmigung nicht entstehen. Die Rechte und Pflichten der Gesellschafter regelt der Gesellschaftsvertrag; Satzungen von Aktiengesellschaften und Vereinen haben Gesetzeskraft (§ 3). Als Beendigungsgründe gelten: der Wille sämtlicher Gesellschafter und Insolvenz der Gesellschaft; der Tod eines Gesellschafters beendet die Gesellschaft nicht. Bei Aktiengesellschaften erfolgt Liquidation.

§ 39. Der Vergleich.

Der Vergleich wird nur in der Z.P.O. erwähnt. Er muß notariell oder gerichtlich geschlossen werden.

§ 40. Versicherung.

Über den Versicherungsvertrag gibt es im B.G.B. nur zwei Paragraphen. Deshalb gelten die Satzungen der zahlreichen staatlich genehmigten Versicherungsgesellschaften als Gesetz. Sie sind den ausländischen nachgebildet.

§ 41. Schadenszufügung.

Wer durch eine Handlung oder Unterlassung Schaden zugefügt hat, ist ersatzpflichtig. Dabei wird im allgemeinen die Verschuldung betont, doch ist auch die Veranlassung als Verpflichtungsgrund nicht unbekannt. Kinder und Geisteskranke haften mit ihrem Vermögen, ihre Vertreter nur, wenn sie selbst eine Schuld trifft. Dasselbe gilt von der Herrschaft und dem Gesinde, vom Vollmachtgeber und dem Bevollmächtigten. Bei einer Beschädigung durch Tiere haftet der Eigentümer, wenn ihn eine Schuld trifft. Die Beweislast trifft den Beschädigten; nur Eisenbahn- und Dampfschiffsverwaltungen haben die Abwesenheit ihrer Schuld zu beweisen. Doch verjähren Klagen gegen sie in einem Jahr. Die Entschädigungspflicht geht nach der Praxis auf die Erben des Beschädigers über (§ 57). Besondere Fälle der Ersatzpflicht sind: Tod und Körperverletzung, Notzucht an einer Jungfrau und Entführung einer solchen wider ihren Willen, Kreditschädigung durch Beleidigung. Am 2. Juni 1903 ist ein Arbeiterunfallsentschädigungsgesetz erlassen worden.

§ 42. Ungerechtfertigte Bereicherung.

Das Gesetz kennt den Begriff nicht, doch ist er in der Praxis wiederholt zur Anwendung gekommen.

C. Das Familienrecht.

I. Die ehelichen Verhältnisse.

§ 43. Eingehung und Auflösung der Ehe.

Beides ist konfessionell geregelt. Die Bestimmungen für Griechisch-Orthodoxe sind im B.G.B. und im Statut für die geistlichen Konsistorien, die Bestimmungen für Andersgläubige in Band XI Teil 1 der Reichsgesetze enthalten. Hier finden sich auch die Vorschriften für die römische Kirche und das Gesetz von 1832 für die evangelische Kirche. — Das Verlöbnis hat bei Griechisch-Orthodoxen keine rechtliche Wirkung; bei Evangelischen kann unter Umständen auf Vollziehung der Ehe geklagt werden. — Die Eingehung der Ehe erfolgt bei Christen, mit Ausnahme der Sektierer der griechischen Kirche, vor den Geistlichen, bei diesen vor der Polizei, bei Juden, Mohammedanern und Heiden nach den für sie bestehenden Vorschriften. Die Geistlichen sind zugleich Standesbeamte und führen die Kirchenbücher unter Aufsicht ihrer Konsistorien. Gemischte Ehen, bei denen ein Teil griechisch ist, werden vor dem griechischen Geistlichen geschlossen, die Kinder griechisch getauft. — Die Ehemündigkeit tritt bei Männern mit 18, bei Frauen mit 16 Jahren ein, doch bedarf es der Einwilligung der Eltern und Vormünder, und zwar bei Griechisch-Orthodoxen, solange die Eltern leben (§ 47), sonst bis zur Großjährigkeit. Wird bei bestehender Ehe eine zweite geschlossen, so ist letztere ungültig. Griechischen und römisch-katholischen Mönchen ist die Ehe verboten, ebenso Ehen von Christen mit Heiden, von Griechen und römischen Katholiken mit Juden und Mohammedanern; auch kann mit der Ehescheidung die Verurteilung zu zeitweiliger oder dauernder Ehelosigkeit verbunden sein. Verwandtschaft und Schwägerschaft in näherem Grade bilden ein Ehehindernis nach dem Kirchenrecht der entsprechenden Konfession; bei entfernteren Graden kann Dispens eintreten. — Erzwungene Ehen sind anfechtbar. — Die Ehescheidung erfolgt bei Griechisch-Orthodoxen und Evangelischen durch das Konsistorium, bei Sektierern durch das weltliche Gericht. Bei römischen Katholiken gibt es nur eine Ungültigkeitserklärung der Ehe. — Die Scheidungsgründe der griechischen Kirche sind: Ehebruch, Unvermögen zu ehelicher Beiwohnung, Verschollenheit seit mehr als 5 Jahren, Verlust der Standesrechte. Für die evangelische Kirche kommen hinzu: bösliche Verlassung, unheilbare, ansteckende Krankheit, Wahnsinn, lasterhaftes Leben und Sävitien.

§ 44. Wirkungen der Ehe.

Die Frau erhält den Familiennamen des Mannes, seinen Stand, wenn sie einem geringeren angehört, als er. Sie ist verpflichtet, mit dem Manne zu leben; alle Vereinbarungen getrennten Lebens sind verboten. Sie ist verpflichtet, dem Mann zu folgen, außer wenn er zum Verlust der Standesrechte verurteilt ist. Die Frau erhält einen eigenen Paß nur mit Zustimmung des Mannes und kann nur mit seiner Zustimmung in persönliche Dienste treten (§ 34) oder Wechsel zeichnen (§ 6). Der Mann ist verpflichtet, die Frau nach Stand und Vermögen zu unterhalten, vorausgesetzt, daß sie mit ihm zusammen lebt, andernfalls nur, wenn sie erhebliche Trennungsgründe hat.

§ 45. Eheliches Güterrecht.

Es gilt Gütertrennung. Jeder Ehegatte kann besonderes Vermögen haben und während der Ehe erwerben; die Mitgift verbleibt Eigentum der Frau. Jeder Ehegatte kann ohne Zustimmung des andern über sein Vermögen verfügen, das des andern aber nur mit dessen Vollmacht verpflichten. Doch gelten folgende Beschränkungen: 1. Bei Zwangsvollstreckung gegen einen Ehegatten unterliegt der Pfändung und Versteigerung alles in der Ehewohnung Befindliche außer der Wäsche und der Kleidung des andern Ehegatten und dessen, woran dieser sein Eigentumsrecht beweist. 2. Beim Konkurse eines

Ehegatten verbleibt dem andern außer Wäsche und Kleidern die Hälfte der Hauseinrichtung ohne Rücksicht auf ihre Herkunft. Hat der Gemeinschuldner seinem Ehegatten in den letzten 10 Jahren Vermögensstücke geschenkt, so können die Gläubiger sie ansprechen; geschah die Übereignung entgeltlich, so hat der andere Ehegatte zu beweisen, daß der Erwerb mit seinen Mitteln erfolgt ist.

II. Verwandtschaft.

§ 46. Eheliche Abstammung.

Ein während der Ehe geborenes Kind gilt als ehelich. Doch hat der Ehemann ein Anfechtungsrecht, es sei denn, daß er selbst die Eintragung des Kindes ins Kirchenbuch bewirkt hat. Die Anfechtungsklage verjährt in einem Jahr, seitdem der Ehemann von der Geburt erfahren hat; war er im Auslande, in zwei Jahren. Stirbt der Vater vor der Geburt des Kindes oder innerhalb der Verjährungsfrist, so haben seine Erben das Anfechtungsrecht, welches jedoch in drei Monaten seit dem Tode des Ehemannes auszuüben ist. — Wird ein Kind später als 306 Tage nach Auflösung der Ehe geboren, so können Interessenten seine Ehelichkeit anfechten, jedoch nur innerhalb 6 Monaten nach der Geburt. — Die Verwandtschaft wird nach dem Lineal-Gradualsystem berechnet; sie gibt ein Recht auf die Einlösung eines veräußerten Erbgutes (Auskaufsrecht). Es steht dem nächsten Erben zu, kann aber auf entferntere übertragen werden. Es ist in 3 Jahren seit der Veräußerung auszuüben, besteht aber beim Zwangsverkauf nicht. Üben Edelleute das Einlösungsrecht aus, so brauchen sie die Umsatzsteuer von 4 % nicht zu entrichten. Bewegliche Sachen gelten niemals als Erbgut (§ 8).

§ 47. Elterliche Gewalt.

Sie besteht, solange die Eltern leben und der Standesrechte nicht verlustig gegangen sind. Sie wird beschränkt durch den Eintritt der Kinder in eine öffentliche Erziehungsanstalt oder in den Staatsdienst, bei Töchtern durch deren Verheiratung. Werden die Eltern verschickt, so brauchen Kinder über 14 Jahren ihnen nicht zu folgen; Kinder unter 14 Jahren folgen ihren Eltern, wenn beide verschickt werden, sofern sie sich nicht in einer öffentlichen Erziehungsanstalt befinden; wird nur ein Teil verschickt, so können sie zurückbleiben. Die Eltern haben das Recht häuslicher Züchtigung, können auch gerichtliche Bestrafung ihrer Kinder beantragen. Dagegen werden weder Zivil- noch Strafklagen von Kindern gegen ihre Eltern angenommen, außer wenn die Eltern ein Verbrechen begangen haben. Eltern haben ihren minderjährigen Kindern Unterhalt und Erziehung zu gewähren; anderseits sind Kinder zur Ehrerbietung gegen ihre Eltern verpflichtet; eine Unterhaltspflicht ist nicht vorgesehen.

§ 48. Außereheliche Kinder.

Ihre Verhältnisse sind mit denen von Kindern aus ungültigen Ehen durch Gesetz vom 2. Juni 1902 neu geregelt worden. Sie erhalten als Familiennamen den Vatersnamen ihres Vaters oder, wenn ihnen dieser nicht beigelegt worden ist, den Vatersnamen ihres Taufpaten, endlich den Familiennamen ihrer Mutter, wenn diese und ihr Vater zustimmen. Die elterliche Gewalt hat die Mutter, doch steht dem Vater ein Überwachungsrecht zu, wenn er seinem Kinde Unterhalt gewährt. Er ist seinem Vermögen und der gesellschaftlichen Stellung der Mutter entsprechend dazu verpflichtet, kann aber mit Zustimmung der Vormundschaftsbehörde auch eine Abfindung zahlen. Außereheliche Kinder werden durch die nachfolgende Ehe ihrer Eltern legitimiert und gelten sodann seit der Eheschließung für ehelich. Die Legitimation wird vom Bezirksgericht ausgesprochen. Nebenbei besteht die legitimatio per rescriptum principis ohne Beschränkung. Über das Erbrecht außerehelicher Kinder siehe § 55.

§ 49. Annahme an Kindesstatt.

Sie ist zulässig, wenn der Annehmende weder eheliche noch legitimierte Kinder hat, 30 Jahre alt und 18 Jahre älter ist als das Kind. Für eigene außereheliche Kinder bestehen diese Beschränkungen nicht. Eheleute können gemeinsam adoptieren. Zählt das Kind mehr als 14 Jahre, so ist seine Einwilligung, sonst die seiner Eltern oder Vormünder erforderlich (§ 8). Die Annahme ist vom Bezirksgericht zu genehmigen. — Durch die Annahme an Kindes Statt tritt das Kind in die Familie des Annehmenden, der Name eines erblichen Edelmannes kann indessen nur mit Allerhöchster Genehmigung übertragen werden. Das Kind gewinnt ein Erbrecht in das wohlerworbene Vermögen des Annehmenden, in das ererbte nur unter beschränkenden Voraussetzungen. Stirbt der Angenommene kinderlos, so fällt sein wohlerworbenes Vermögen an den Annehmenden.

§ 50. Vermögensrechtliche Beziehungen zwischen Eltern und Kindern.

Es herrscht Gütertrennung. Vermögen, das den Kindern von dritter Seite zufällt, verwalten die Eltern nur, wenn die Kinder minderjährig und wenn die Eltern ihnen als Vormünder bestellt sind. Die Eltern sind dann zur Rechnungslegung verpflichtet und haben Anspruch auf Vergütung. Schenkungen der Kinder an die Eltern sind nur möglich, wenn nicht diese, sondern Dritte Vormünder der Kinder sind. Schenkungen der Eltern an die Kinder sind möglich, aber anfechtbar, wenn die Eltern in Konkurs geraten und seit der Schenkung noch nicht 10 Jahre verflossen sind. Bei Lebzeiten der Eltern kann auch von großjährigen Kindern eine Vermögensteilung nicht verlangt werden; wohl aber findet eine freiwillige Abfindung der Kinder durch die Eltern statt. Abfindung aus dem wohlerworbenen Vermögen ist unbeschränkt, aus dem ererbten nur so weit zulässig, als der gesetzliche Erbteil der Kinder reicht. Abfindung aus dem wohlerworbenen Vermögen ist Schenkung. Sie unterliegt dem Widerruf und fällt bei kinderlosem Tode der Kinder an die Eltern zurück. Abfindung aus dem ererbten Vermögen ist Vorausempfang des Erbteils. Hat das Kind weniger erhalten als seinen Erbteil, so kann es nachfordern; wenn mehr, so hat es zurückzuzahlen. Den Charakter einer Abfindung hat auch die der Tochter gewährte Mitgift.

III. Vormundschaft und Pflegschaft.

§ 51.

Sie werden als Familienvormundschaft und als Vormundschaft zum Zwecke der Vermögensfürsorge bezeichnet. Erstere betrifft Minderjährige, Geisteskranke, Taubstumme und Stumme, letztere Verschollene, Verschwender und Personen, die sich von der Orthodoxie losgesagt haben. Erstere bezieht sich auf Person und Vermögen des Bevormundeten, letztere allein auf sein Vermögen. Hierher gehört auch die Nachlaßpflegschaft. — Berufungsgründe sind: Gesetz, Testament und obrigkeitliche Anordnung. Durch das Gesetz berufen sind die Eltern, insbesondere auch die Mutter nach dem Tode des Vaters. Die Bestellung erfolgt durch ständisch organisierte Vormundschaftsbehörden. Vormünder haben in Bezug auf die Person ihrer Mündel die Stellung von Eltern, in Bezug auf das Vermögen eine ziemlich freie Verwaltungsstellung. Sie haben mit Zuziehung der Vormundschaftsbehörde ein Vermögensverzeichnis zu errichten und bedürfen für wichtigere Verfügungen deren Genehmigung, bei der Veräußerung von Grundstücken und beim Abschluß von Verträgen, welche die Mündel über das 17. Lebensjahr hinaus verpflichten, der Genehmigung des Senats. Sie sind verpflichtet, Rechnung zu legen, und erhalten eine Vergütung (siehe auch § 6). Haben Mündel das 21. Lebensjahr erreicht, so hört die Vormundschaft auf.

D. Erbrecht.

§ 52. Erbschaftserwerb.

Alleinige Gründe für den Erbschaftserwerb sind Gesetz und letztwillige Verfügung. Erbverträge sind ausgeschlossen, weil letztwillige Verfügungen nur von einer Person errichtet werden können. Hat jemand über seinen Nachlaß nur teilweise verfügt, so tritt im übrigen die gesetzliche Erbfolge ein. — Gründe für den Anfall einer Erbschaft, die „Erbschaftseröffnung", sind: der Tod, der Verlust der Standesrechte, Eintritt in ein Kloster und gerichtlich erklärte Verschollenheit.

§ 53. Erbfähigkeit.

Erbfähig ist jeder, der zur Zeit des Erbanfalls konzipiert war (§ 6). Ausgenommen sind Klostergeistliche der griechischen und römischen Kirche und Personen, die zum Verlust der Standesrechte verurteilt sind. Die Erbfähigkeit einzelner Personen kann beschränkt sein. So ist es verboten, Ebräern, Polen und Ausländern Güter zu vermachen, wo diese Personen Grundbesitz nicht erwerben dürfen. Relativ unfähig sind Kinder, die sich gegen den Willen der Eltern verheiratet haben. Sie verlieren auf Antrag der Eltern das gesetzliche Erbrecht, können jedoch in letztwilligen Verfügungen bedacht werden.

§ 54. Nachlaßgericht.

Örtlich zuständig ist für die Nachlaßverhandlung dasjenige Gericht, in dessen Bezirk der Nachlaß sich befindet, sachlich zuständig je nach dem Werte des Nachlasses der Friedensrichter oder das Bezirksgericht, für Sicherungsmaßregeln in den Städten der Friedensrichter, auf dem Lande die Landhauptleute und die Kreisglieder des Bezirksgerichts. Das Verfahren wird als „Fürsorgeordnung" bezeichnet.

§ 55. Gesetzliche Erbfolge.

A. Zunächst erbberechtigt sind die Abkömmlinge; jedoch erben nur die Söhne des Erblassers und deren Abkömmlinge kraft Repräsentationsrechts. Die Töchter erhalten nur eine Quote, und zwar jede $^1/_{14}$ des unbeweglichen und $^1/_8$ des beweglichen Vermögens. Sind so viel Töchter vorhanden, daß ihre Quoten zusammen mehr betragen würden als der Erbteil der Söhne, so teilen alle gleich. Sind oder waren nur Töchter vorhanden, so teilen sie, wie die Söhne, mit Repräsentationsrecht. — Uneheliche Kinder erben nur das wohlerworbene Vermögen der Mutter und nur, wenn sie allein mit Töchtern konkurrieren. Mit diesen erben sie zu gleichen Teilen.

B. Sind keine Abkömmlinge da, so erben die Seitenlinien, wobei die nähere Linie die entferntere ausschließt. Sind männliche Personen vorhanden, so schließen sie die weiblichen aus. Bei den männlichen Personen besteht Repräsentationsrecht. Erbgüter fallen jedoch auf die Seite, von der sie stammen, und wohlerworbenes Vermögen wird im allgemeinen in der Vaterseite vererbt.

C. Ascendenten erben nicht. Haben jedoch Eltern ihre Kinder abgefunden, und sterben letztere ohne Leibeserben, so fällt die Abfindung an die Eltern zurück (§ 50). Ferner haben Eltern ein gesetzliches lebenslängliches Nießbrauchsrecht an dem wohlerworbenen Vermögen ihrer ohne Leibeserben verstorbenen Kinder (§ 18).

D. Der überlebende Ehegatte hat kein Erbrecht, wohl aber Anspruch auf eine statutarische Portion: $^1/_7$ des unbeweglichen und $^1/_4$ des beweglichen Vermögens. Diese Portion vergrößert sich durch Anwachsung nicht und ist, soweit Erbgut vorliegt, unentziehbar; für wohlerworbenes Vermögen kann sie durch Testament beseitigt werden. Durch notarielles Testament kann dem Ehegatten an Stelle der statutarischen Portion, wenn keine Abkömmlinge da sind, der lebenslängliche Nießbrauch des Erbguts gewährt werden (§ 18). Dann hat der Ehegatte das Wahlrecht zwischen der statutarischen Portion

und dem lebenslänglichen Nießbrauch. Stirbt jemand bei Lebzeiten seiner Eltern mit Hinterlassung eines Ehegatten, so kann letzterer, wenn seine Schwiegereltern Grundbesitz haben, der verstorbene Ehegatte aber nicht, die statutarische Portion, die ihm von diesem zugefallen wäre, von dessen Eltern auch schon bei deren Lebzeiten fordern.

E. Erbloses Gut fällt an den Fiskus.

§ 56. Testamentarische Erbfolge.

Testament heißt jede in gesetzlicher Form errichtete letztwillige Verfügung. Einer Erbeseinsetzung bedarf es nicht. Testamente müssen „bei gesundem Verstande und gutem Gedächtnis" errichtet werden. Sie setzen Geschäftsfähigkeit voraus. Deshalb können Testamente nicht errichten: 1. Geisteskranke, auch wenn sie nicht entmündigt sind, außer in lichten Zwischenräumen; 2. ununterrichtete Taubstumme; 3. Minderjährige; 4. Personen, welche die Standesrechte verloren haben. 5. Klostergeistliche der griechischen und römischen Kirche; 6. Selbstmörder. Doch erkennt die Praxis ihre Testamente an, wenn sie längere Zeit vor dem Tode errichtet sind.

Die Errichtung von Testamenten kann nur in Schriftform erfolgen. Die ordentlichen Testamente sind entweder notarielle oder häusliche. 1. Notarielle Testamente werden vor einem Notar und drei Zeugen in der durch die Notariatsordnung vorgeschriebenen Form errichtet. Zeugen können nicht sein: die Bedachten und deren Verwandte der vier und Verschwägerte der drei ersten Grade, Testamentsvollstrecker, Vormünder, Personen, die selbst kein Testament errichten können, mit Ausnahme von Klostergeistlichen, und Zeugnisunfähige im Sinne der Z.P.O. Die Urschrift des Testaments wird ins Notariatsbuch wörtlich eingetragen; der Notar erteilt eine der Urschrift gleichwertige Ausfertigung; bei Widersprüchen entscheidet der Text im Notariatsbuch. 2. Häusliche Testamente müssen vom Testator selbst oder in seinem Namen mit der Bemerkung unterzeichnet sein, daß der Unterzeichner im Namen des Testators unterschrieben habe. Hat der Testator das Testament nicht selbst geschrieben, so muß es ferner derjenige unterzeichnen, der die Niederschrift besorgt hat. Sodann ist es von drei Zeugen zu unterschreiben. Hat der Testator das Testament eigenhändig niedergeschrieben, oder ist einer der Zeugen sein Beichtiger, so genügen zwei Zeugen. Das Testament muß auf einem ganzen Bogen Papier geschrieben sein. Sind mehrere Bogen verwandt, so muß ihr Zusammenhang aus dem Text hervorgehen. — Die Zeugen haben die Identität des Testators und seine geistige Gesundheit zu bekunden. — Notarielle Testamente können nur wegen Fälschung angefochten werden. Werden häusliche Testamente vorschriftsmäßig hinterlegt, so haben sie die Kraft notarieller. — Außerordentliche Testamente sind: das Militärtestament, das Testament zur See, das Testament eines Russen im Auslande. Wird letzteres den Landesgesetzen gemäß errichtet und im russischen Konsulat produziert, so gilt es als Notariatstestament. Der Widerruf eines Testaments kann jederzeit erfolgen, doch kann ein notarielles Testament nur durch ein neues notarielles aufgehoben werden, stillschweigend dadurch, daß ein neues notarielles errichtet wird. Ein häusliches Testament kann durch ein zweites häusliches oder durch ein notarielles aufgehoben werden. Für den Inhalt des Testaments gilt folgendes: Über wohlerworbenes Vermögen kann frei verfügt werden, über Erbgut nicht; doch kann jemand, der keine Abkömmlinge hat, sein Erbgut in der Seitenlinie einem Verwandten vermachen, ohne die anderen zu berücksichtigen. Grundstücke werden dadurch, daß sie vererbt werden, Erbgut. Deshalb können Nacherben in solche nicht eingesetzt werden. Aber auch in wohlerworbenes Vermögen können Nacherben nicht eingesetzt werden, weil niemand in seinem Verfügungsrecht auf den Todesfall beschränkt werden kann. Dagegen können Ersatzerben bestimmt, aus dem wohlerworbenen Vermögen Vermächtnisse gewährt und den Verfügungen Bedingungen und Zeitbestimmungen beigefügt werden. Auch kann einer Person der lebenslängliche Nießbrauch, einer anderen das Eigentumsrecht an einem Vermögensstück vermacht werden. Ein Pflichtteilsrecht ist unbekannt. Sind ungesetzliche Bestimmungen mit gesetzlichen verbunden, so bleiben die letzteren bestehen. — Vermächtnisse sind

vom Erbrecht nicht deutlich abgegrenzt. Die Praxis hat den Vermächtnisnehmern auch die Haftung für Nachlaßschulden auferlegt. — In der Praxis werden häufig Testamentsvollstrecker eingesetzt, doch gibt es über sie nur wenig Bestimmungen. Sie können nur durch rechtsgültiges Testament berufen werden, welches als Vollmacht und Instruktion für sie gilt. Sie übernehmen die Nachlaßverwaltung auf Grund gerichtlichen Vermögensverzeichnisses und sind rechnungspflichtig.

§ 57. Übergang des Erbrechts.

Die Annahme einer Erbschaft kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen; stillschweigend, wenn die Erben weder die Zahlung der Schulden des Erblassers verweigern noch die Einnahmen aus seinem Vermögen aufbewahren, dieses vielmehr zu ihrem persönlichen Vorteil besitzen und nutzen. Die Ausschlagung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht; doch gilt auch als Ausschlagung, wenn die Erben den Nachlaß wegen Überschuldung anzutreten oder in der Aufrufsfrist sich zu melden unterlassen. Hat der Erbe den Nachlaß nicht ausgeschlagen, so tritt Schuldenhaftung ein; für Deliktsschulden und für Schulden, welche erst nach dem Tode des Erblassers ausgeklagt werden, haftet der Erbe nur bis zur Höhe des Nachlasses. Erben Kinder nach dem Tode ihrer Eltern von den Großeltern oder anderen Verwandten kraft Repräsentationsrechts, so brauchen sie die Schulden ihrer Eltern nicht zu zahlen. Von mehreren Erben haftet jeder für seinen Teil. Das beneficium inventarii und das beneficium separationis sind unbekannt.

§ 58. Sicherung des Nachlasses.

Sind Erben ortsabwesend oder hat der Nachlaß unter vormundschaftliche Verwaltung zu kommen, so erfolgt auf Antrag von Interessenten oder auf Anzeige der Polizei Sicherung des Nachlasses. Die Sicherungsmaßregeln können bestehen 1. in der Aufnahme eines Nachlaßverzeichnisses oder in der Versiegelung des Nachlasses; 2. indem der Nachlaß in Verwahrung gegeben wird, und 3. in gerichtlichem Erbenaufruf. Letzterer erfolgt mit halbjährlicher Frist seit dem Tage der letzten Insertion. Wer sich rechtzeitig meldet und sein Erbrecht glaubhaft macht, tritt in den Besitz des Nachlasses; wer sich nicht meldet, hat sein Erbrecht durch Klage zu beweisen. Meldet sich niemand, so wird eine Pflegschaft eingesetzt. Ist ein Handelsgeschäft Gegenstand des Nachlasses, so legen Testamentsvollstrecker, Teilnehmer oder Prokuristen dem Handelsgericht in drei Tagen nach dem Tode des Inhabers die Handlungsbücher vor. Sind sie in Ordnung, so verfügt das Gericht den Fortgang des Geschäfts unter der Verwaltung dieser Personen; sind sie nicht in Ordnung, so wird ein Geschäftsverzeichnis aufgenommen und das Geschäft versiegelt, bis die Erben sich legitimieren.

§ 59. Bestätigung im Erbrecht.

Testamente müssen zwecks Ausführung gerichtlich bestätigt werden. Der Antrag ist in Jahresfrist seit dem Tode des Erblassers oder, wenn die Erben im Auslande sind, innerhalb zweier Jahre zu stellen; andernfalls verliert das Testament seine Wirksamkeit. Der Antrag ist beim Nachlaßgericht oder bei demjenigen Gericht anzubringen, in dessen Bezirk ein vermachtes Grundstück belegen ist. Das Gericht prüft das Testament und bestätigt notarielle Testamente ohne weiteres, häusliche nach uneidlicher Vernehmung der Testamentszeugen. Schließlich wird die Bestätigung im „Senatsanzeiger" veröffentlicht. Wird das Testament angefochten, so wird eine Pflegschaft eingesetzt. Hat der Erblasser kein Testament hinterlassen, so brauchen anwesende und großjährige Erben eine Legitimation nur, wenn ein Grundstück zum Nachlaß gehört, Nachlaßkapitalien in Banken liegen oder Nachlaßvermögen unter vormundschaftlicher Verwaltung steht. Die Legitimation erfolgt durch gerichtliche Vorlegung von Urkunden, welche das Verwandtschaftsverhältnis zum Erblasser dartun. — Die Bestätigung wird erst erteilt, nachdem die Erbschaftssteuer erlegt oder förmlich gestundet ist.

§ 60. Erbschaftsklage.

Ist jemand als gesetzlicher Erbe in den Besitz des Nachlasses getreten, während dieser einem Testamentserben zusteht, so hat letzterer die Erbschaftsklage. Dieser im Gesetz allein erwähnte Fall wird analog auf andere Fälle der Erbrechtskonkurrenz angewandt. Bis zur Klagezustellung haftet der Beklagte als gutgläubiger; hat er aber das Testament verheimlicht, so haftet er von Anfang an als bösgläubiger Besitzer.

§ 61. Erbschaftsteilung.

Die Erbschaftsteilung erfolgt entweder freiwillig oder gerichtlich. Auch wenn gerichtliche Teilung beantragt ist, haben die Erben noch zwei Jahre Zeit zu freiwilliger Teilung. Kommt sie in dieser Zeit nicht zu stande, so wird der Nachlaß mit Arrest belegt, und es werden 6 % zu Gunsten von Wohltätigkeitsanstalten erhoben. Sodann erfolgt die gerichtliche Teilung, mit deren Vorbereitung ein Notar betraut werden kann. Eine freiwillige Teilung ist unanfechtbar; eine gerichtliche kann in Jahresfrist durch Beschwerde angefochten werden.

6.

Grundzüge des Handelsrechts.

Von

Otto Gierke (Berlin).

Erstes Buch.

Allgemeines.

Erstes Kapitel.

Das Handelsrecht überhaupt.

§ 1. Begriff. Handelsrecht ist der Inbegriff der besonderen Rechtssätze, die für den Bereich des Handels gelten. Der Begriff des Handels ist zunächst ein vom Leben geprägter wirtschaftlicher Begriff, unter den die auf den Umsatz von Gütern gerichtete gewerbliche Tätigkeit fällt. Für den Herrschaftsbereich des Handelsrechtes aber ist der rechtliche Begriff des Handels maßgebend, den die Rechtsordnung beliebig prägen kann und mehr und mehr abweichend vom wirtschaftlichen Begriff geprägt hat. Hiervon ist später zu reden (Kap. 3).

Das Handelsrecht im weiteren Sinne umfaßt öffentlichrechtliche und privatrechtliche Sätze. Es gibt im Völkerrecht, im Staats- und Verwaltungsrecht, auch im Prozeßrecht und im Strafrecht besondere Normen, die sich auf den Handel beziehen. Unter Handelsrecht im engeren Sinne versteht man das Handelsprivatrecht. Nur von diesem ist hier zu reden.

Die folgende Darstellung befaßt sich mit dem deutschen Handelsrecht, für die das fremde Handelsrecht nur als Hilfsmittel in Betracht kommt. Das deutsche Handelsrecht ist überwiegend einheitliches Reichsrecht. In einzelnen Punkten gilt auch heute partikuläres Handelsrecht.

§ 2. Stellung im Rechtssystem. Das Handelsrecht ist ein als Sonderrecht ausgestalteter Teil des deutschen Privatrechts. Im Gegensatz zum Handelsrecht wird das gemeine Privatrecht schlechthin als „bürgerliches" Recht bezeichnet.

Die Neigung zur Ausscheidung von Sonderrechten hat die moderne Welt von der germanisch-romanischen Welt des Mittelalters ererbt. Allein die Stellung der Sonderrechte zum gemeinen Recht hat sich verändert, seitdem die grundsätzliche Rechtsungleichheit der grundsätzlichen Rechtsgleichheit gewichen ist. Während im Mittelalter das gemeine Recht sich in die Sonderrechte der einzelnen Stände und Güterkreise aufzulösen drohte und jedes Sonderrecht sich möglichst abzuschließen strebte, behauptet heute das gemeine Recht die Zentralstellung und gestattet den Sonderrechten nur eine ergänzende Wirksamkeit. Die heutigen Sonderrechte gleichen nicht mehr selbständigen Gebäuden, sondern lehnen sich als An- und Ausbauten an das große Gebäude des gemeinen Rechtes an.

Das heutige Handelsrecht ist trotz seines erheblichen Umfanges noch weniger als manches andere Sonderrecht ein in sich geschlossenes Rechtssystem. Es ruht auf dem Fundament des bürgerlichen Rechts und müßte haltlos zusammenbrechen, wenn ihm diese Grundlage entzogen würde. Zum Teil besteht es überhaupt nur aus einzelnen Rechtssätzen, die in diesem oder jenem Punkt abwandelnd eingreifen, wenn ein Rechts-

institut des bürgerlichen Rechts in den Bereich des Handels tritt. So verhält es sich z. B. mit den dem Sachenrecht und den meisten dem allgemeinen Teil des Obligationenrechts angehörigen Handelsrechtssätzen. Aber auch die dem Handelsrecht eigentümlichen Rechtsinstitute erscheinen heute nur als Abarten bürgerlicher Rechtsinstitute. Manche von ihnen, wie z. B. die Prokura, die offene Handelsgesellschaft oder der Handelskauf, empfangen überhaupt erst durch komplementäre Vorschriften des bürgerlichen Rechts ihre Vollendung. Andere, wie z. B. die Firma, die Aktiengesellschaft oder das Kommissionsgeschäft, sind in sich abgerundeter, bleiben aber immerhin in einzelnen Beziehungen auf die Anlehnung an das bürgerliche Recht (Namenrecht, Vereinsrecht, Recht des Werkvertrages) verwiesen.

Gleichwohl hat das Handelsrecht den Charakter eines *Sonderrechts* gewahrt. Es ist seiner Hauptmasse nach in einem besonderen Gesetzbuch kodifiziert und erfreut sich abgesonderter wissenschaftlicher Behandlung und Lehre. Diese äußere Selbständigkeit aber wird durch eine *innere Einheit* getragen. Denn auch wo das Handelsrecht scheinbar sich aus Bruchstücken zusammensetzt, waltet ein gemeinsamer Geist, der sie zum Ganzen verbindet. Alle Abwandlungen des bürgerlichen Rechts zeigen eine gleichartige Grundfärbung. Diese durchgehende Eigenart ist geschichtlich aus den Anschauungen und Bedürfnissen des Kaufmannsstandes erwachsen und hat insoweit, als sie den Bedürfnissen anderer Lebenskreise gleichfalls entsprach oder zu entsprechen schien, die allmähliche Erweiterung des Geltungsbereichs des Handelsrechts veranlaßt. Die meisten charakteristischen Züge des Handelsrechts erklären sich aus der dem Handelsverkehr innewohnenden Tendenz, sich möglichst frei und doch in möglichst sicheren Bahnen zu bewegen, sich mit möglichst geringem Aufwande an Zeit und Kosten abzuwickeln und sich in Massenwirkungen zu entfalten. So die Abneigung gegen Beschränkungen der Vertragsfreiheit; die Abstreifung von Formerfordernissen unter gleichzeitiger Begünstigung besonderer Formalinstitute; die Strenge der Verpflichtung und der Haftung; die Forderung erhöhter Sorgfalt; die Vermutung für Entgeltlichkeit jeder Leistung; die Beförderung der schleunigen und glatten Erledigung von Anständen; die Steigerung des Publizitätsprinzips und der Wirkungen des guten Glaubens; die Ausbildung fester und gleichförmiger Geschäftstypen und deren Bindung durch die Verkehrssitte. Daneben empfängt das Handelsrecht sein eigentümliches Gepräge durch die personenrechtlichen Gebilde, die dem Bestreben nach Schaffung tragfähiger Organisationen für den Geschäftsbetrieb im ganzen entsprungen sind. Hier wurzeln die Besonderheiten der handelsrechtlichen Personenverbindungen, des Vertreter- und Gehilfenrechts, des Gesellschafts- und Genossenschaftsrechts. Im Zusammenhange hiermit endlich zieht sich durch das Handelsrecht die Tendenz, das Geschäft zu verselbständigen und die geschäftliche Sphäre von der Privatsphäre ihres Trägers genau zu sondern. Manche handelsrechtlichen Institute, wie Firma und Handelsbücher, sind vorzugsweise auf dieses Ziel gerichtet.

Diese innerlich begründete Eigenart des Handelsrechts rechtfertigt den *Fortbestand* seines Sonderdaseins. Der Wunsch nach Beseitigung des Zwiespalts zwischen Handelsrecht und bürgerlichem Recht ist oft laut geworden. Allein entweder müßte der Handel auf eine ihm kongeniale Rechtsordnung verzichten oder das bürgerliche Leben sich einer für die Gesamtheit unpassenden und sozial bedenklichen Rechtsordnung unterwerfen. Eines schickt sich nicht für alle. Der Grundsatz der Rechtsgleichheit fordert nicht doktrinäre Gleichmacherei. Vielfach hat freilich das Handelsrecht, wie oft gesagt ist, als Pionier dem allgemeinen Fortschritt der Rechtsentwicklung vorgearbeitet. Gerade in neuester Zeit ist das deutsche bürgerliche Gesetzbuch in der Verpflanzung ehemals handelsrechtlicher Sätze in das bürgerliche Recht ziemlich weit gegangen. Allein, auch das Handelsrecht steht nicht still und bringt immer wieder Neubildungen hervor, zu deren Verallgemeinerung die Zeit nicht reif ist. So hat denn auch die Gesetzgebung bisher nur in der Schweiz die sonderrechtliche Stellung des Handelsrechts formell beseitigt, ohne übrigens die materielle Besonderheit der handelsrechtlichen Institute auszutilgen. Für Deutschland ist auf absehbare Zeit hinaus durch den gleichzeitigen Erlaß eines neuen Handelsgesetzbuches neben dem bürgerlichen Gesetzbuch der Fortbestand eines auch formell als Sonderrecht anerkannten Handelsrechts gesichert.

Literatur: Molengraaff, Is het noodzakelijk of wenschelijk, tuschen handelsrecht en burgerlijk recht te onderscheiden en ze tot voorwerpen van afzonderlijk wettelijke regeling te maken? Amsterdam 1888; Het verkeersrecht in wetgeving en wetenschap, Haarlem 1885. — G. Cohn, Warum hat und braucht der Handel ein besonderes Recht? Drei rechtswissenschaftliche Vorträge, Heidelberg 1888, II. — Rießer, Der Einfluß handelsrechtlicher Ideen auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Stuttgart 1891. — Ph. Heck, Weshalb besteht ein von dem bürgerlichen Rechte gesondertes Handelsprivatrecht? Archiv für civ. Praxis 1902, S. 438 ff. (etwas einseitige Charakterisierung des Handelsrechtes als „Recht des rechtsgeschäftlichen Massenbetriebes"). — K. Lehmann, Die Entwicklung des deutschen Handelsrechts, Z. f. H.R. LII 1 ff.

§ 3. Geschichte. Dem Altertum war ein besonderes Handelsrecht fremd. Insbesondere haben die Römer ein Handelsrecht nicht ausgeschieden. Commercium ist der Verkehr überhaupt, für die mercatura gilt kein Sonderrecht. Der Handel bedurfte keines Sonderrechts, weil ihm das jus commune, zumal das jus gentium, genügte. Das römische Privatrecht, als Stadtrecht geboren, paßte sich seit der Entwicklung Roms zur Handelsstadt und in erhöhtem Maße seit seiner Erhebung zum Weltrecht den Bedürfnissen des Handels an und stellte ihm namentlich ein geeignetes Obligationenrecht zur Verfügung. Daneben fehlte zu umfassenderen Sonderrechtsbildungen der Stoff, weil bei aller Großartigkeit des Handels doch dessen Organisation einfacher als im Mittelalter und heute war. Es gab keinen geschlossenen Handelsstand. Im Zusammenhange mit der Sklavenwirtschaft waren manche später verselbständigte Handelszweige, die den Zwischengeschäften dienen, nicht ausgebildet und die Handelsgesellschaften unvollkommen entwickelt. Vereinzelte, auf den Handel bezügliche besondere Rechtsbildungen, wie die actio tributoria, fanden im gemeinen Rechte Unterkunft.

Auch im Mittelalter gab es ursprünglich kein Handelsrecht. Allein das nunmehr zur Herrschaft gelangte germanische und auch das von ihm befruchtete romanische Recht war dem Handel möglichst unangemessen. Es war auf dem Lande geboren und auf die Verhältnisse von Rittern und Bauern zugeschnitten. Dem Zustande der Naturalwirtschaft mit unbedeutender Ergänzung durch Tauschhandel entsprechend, beruhte es auf der Voraussetzung, daß der Grundbesitz der Träger der sozialen Stellung, das bewegliche Vermögen und die Arbeit zu seinem Dienste bestimmt und an ihn gebunden seien. Durchweg war es auf Bodenständigkeit der Rechtsverhältnisse berechnet und setzte mit seinem schwerfälligen und strengen Formalismus und seinen Einschränkungen der Vertragsfreiheit dem beweglichen Verkehr unüberwindliche Hindernisse entgegen. Dazu kam, daß das kanonische Recht seinen kirchlichen Geboten die gleichen Anschauungen zu Grunde legte und insbesondere das handelsfeindliche Verbot des Zinsennehmens erließ.

So entstand im späteren Mittelalter, als mit dem Aufblühen der Städte der Handel hinreichend erstarkt war, um seinen Anspruch auf ein für ihn angemessenes Recht durchzusetzen, das Handelsrecht als Sonderrecht. Handel und Gewerbe waren hier zu ausschlaggebenden Mächten, das bewegliche Kapital war selbständig, die Arbeit war frei geworden. Ein neues Recht also war unerläßlich. Die Kaufleute aber hatten sich zu einem freien, in der Stadt herrschenden oder mitherrschenden, genossenschaftlich organisierten Berufsstande erhoben und besaßen daher nach dem germanischen Prinzip der Autonomie Befugnis und Macht, sich ein besonderes Recht zu schaffen. War doch die damalige Welt von Sonderrechten voll. Zuerst brach sich hier, wie überall, das neue Recht in der Form des Gewohnheitsrechtes Bahn. Bald wurden auch einzelne Sätze in Satzungsform ausgesprochen, sei es nun in städtischen Statuten oder sei es in besonderen Statuten der Kaufmannsgilden. Vielfach wurden auch besondere Handelsgerichte gebildet, deren Praxis das junge Handelsrecht befestigte und entfaltete. Am frühesten vollendete sich das Handelsrecht in Italien. Von den anderen romanischen Ländern gingen Katalonien und Frankreich voran. Aber nicht viel später und durchaus selbständig erblühte auch in Deutschland und den Niederlanden, dann in England ein besonderes Handelsrecht. In den romanischen Gebieten fand eine Anknüpfung an das römische Recht statt, von der auf germanischem Boden noch nicht die Rede war. Allein die lebendigsten und eigenartigsten Institute

des Handelsrechts erwuchsen auch bei den romanischen Völkern aus germanischer Wurzel. So besteht denn auch bei mancher Verschiedenheit Übereinstimmung in den Grundzügen.

In der Neuzeit setzte sich die Entwicklung auf der gewonnenen Grundlage fort. Mit der Rezeption drang in Deutschland das italienische Handelsrecht ein. Auch erlangte das römische Recht wachsenden Einfluß auf die handelsrechtliche Begriffsbildung. Doch blieb mehr als auf anderen Gebieten der nationale Kern unversehrt. Langsam aber bereiteten sich Wandlungen vor, die in neuester Zeit zum Durchbruch kamen. Die autonomische Rechtsbildung wurde durch die staatliche Gesetzgebung zurückgedrängt und endlich das Handelsrecht in ein staatlich gesetztes Sonderrecht umgeprägt, bei dessen Gestaltung freilich der Handelsstand sich immer noch eine kräftigere Mitwirkung, als anderen Ständen vergönnt blieb, zu wahren wußte. Die ständische Geschlossenheit des Handelsrechts wurde durchbrochen, sein Geltungsbereich unter Heranziehung objektiver Gesichtspunkte erweitert, sein Inhalt in nähere Verbindung mit dem des bürgerlichen Rechtes gesetzt. Das Handelsrecht wurde in großen Gesetzbüchern kodifiziert und national vereinheitlicht. Darüber hinaus meldet sich das Streben nach internationaler Ausgleichung an, das auf einzelnen Gebieten (z. B. im Eisenbahnrecht) bereits erhebliche Erfolge aufzuweisen hat.

Literatur: L. Goldschmidt, Universalgeschichte des Handelsrechts, Bd. I 1891 (Bd. I Abschn. 1 Lief. 1 der 3. Aufl. des Handbuchs); Handb., 2. Aufl. Bd. I. — Lastig, Entwicklungswege und Quellen des Handelsrechts, 1877; Beiträge in der Zeitschr. f. H.R. XXIII 138 ff., XXIV 387 ff. — Endemann, Studien in der romanistisch-kanonistischen Wirtschafts- und Rechtslehre, 2 Bde., 1874 u. 1878. — A. Lattes, Il diritto commerciale nella legislazione statutaria delle città Italiane, Milano 1884; Studii di diritto statutario 1886; Il diritto consuetudionario delle città Lombarde, 1899.

Zweites Kapitel.

Quellen, Literatur und Hilfsmittel des deutschen Handelsrechts.

§ 4. Die deutschen Handelsgesetze. Im Mittelalter finden sich in Stadtrechten und Gildesatzungen einzelne handelsrechtliche Bestimmungen. Seit dem siebzehnten Jahrhundert griff die Gesetzgebung stärker ein, aber immer nur partikulär und in einzelnen Punkten. Die erste Kodifikation des Handelsrechts vollzog das Preußische Allgemeine Landrecht von 1794 in T. II Tit. 8 Abschn. 7: „von Kaufleuten". Daneben wurde in Deutschland der französische Code de commerce von 1807, beruhend auf den Ordonnanzen von 1673, als Stück der Napoleonischen Gesetzgebung eingeführt und im Gebiet des rheinischen Rechts in Kraft belassen. In Baden wurde eine Übersetzung des Code de commerce dem Landrecht als Anhang „von Handelsgesetzen" beigegeben.

Als nach den Freiheitskriegen die auf Erringung eines einheitlichen deutschen Privatrechts gerichtete Bewegung gescheitert war, tauchte mehrfach der Plan auf, mindestens ein deutsches Handelsgesetzbuch zu schaffen. Eine Anregung Württembergs beim Zollverein im Jahre 1836 blieb erfolglos. Die Ausarbeitung eines Entwurfs durch eine im Jahre 1848 vom damaligen Reichsjustizminister eingesetzte Kommission wurde nach Fertigstellung von fünf Titeln abgebrochen. Im Jahre 1856 berief der Bundestag auf Antrag Bayerns eine von den meisten deutschen Staaten beschickte Kommission „zur Entwerfung und Vorlage eines allgemeinen Handelsgesetzbuches für die deutschen Bundesstaaten". Die Kommission tagte vom 15. Januar 1857 bis zum 12. März 1861 in Nürnberg (nur für das Seerecht in Hamburg) und brachte unter Zugrundelegung eines preußischen Entwurfs und Mitbenutzung eines österreichischen Entwurfs in drei Lesungen, zwischen deren zweiter und dritter die Kritik gehört wurde, das ihr aufgetragene Werk zu stande. Der Bundestag empfahl durch Beschluß vom 31. Mai 1861 den einzelnen Staaten, das Gesetzbuch einzuführen und womöglich einseitig nicht abzuändern. Die Inkraftsetzung erfolgte durch Einführungsgesetze der deutschen Staaten in den Jahren 1861 bis 1867 (ausgenommen Schaumburg-Lippe, Holstein und Luxemburg).

Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch wurde im Jahre 1869 zum Gesetz des Norddeutschen Bundes und später zum deutschen Reichsgesetz erhoben. Dadurch wandelte es sich aus allgemeinem Recht in formell gemeines Recht und wurde der Abänderung durch Landesgesetz entzogen. Dagegen erfuhr es durch jüngere Reichsgesetze (besonders im Aktiengesellschaftsrecht) wichtige Änderungen. In seiner ursprünglichen Fassung gilt es in Österreich.

Im Deutschen Reich wurde es durch das neue Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 nebst Einführungsgesetz vom gleichen Tage ersetzt. Das neue Handelsgesetzbuch ging aus einer Revision des alten hervor, die im Reichsjustizamt ausgearbeitet und im Jahre 1895 von einer Kommission durchberaten, dann noch einmal im Jahre 1896 unter Zuziehung von Sachverständigen geprüft und im Jahre 1897 mit geringen Änderungen von Reichstag und Bundesrat angenommen wurde. Das hauptsächlichste Ziel war die Herstellung des Einklanges mit dem neuen bürgerlichen Recht. Viele Sätze des alten H.G.B. wurden gestrichen, weil sie entweder in das B.G.B. übergegangen sind oder abweichende handelsrechtliche Vorschriften nicht mehr erforderlich zu sein schienen. Im übrigen wurden zahlreiche Fassungsänderungen, aber auch wichtige sachliche Änderungen vorgenommen. Endlich wurden einige Ergänzungen eingefügt. Das neue H.G.B. hat nur vier Bücher statt der fünf des alten, wovon, da das letzte dem Seerecht gewidmet ist, drei sich mit dem eigentlichen Handelsrecht beschäftigen. Es zählt, während das alte in Artikel zerfällt, nach Paragraphen. In Kraft ist es seit dem 1. Januar 1900, jedoch hinsichtlich der neuen Vorschriften für Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge schon seit dem 1. Januar 1898.

Neben dem Handelsgesetzbuch gelten zahlreiche andere Reichsgesetze von ganz oder teilweise handelsrechtlichem Inhalt, von denen manche, wie das Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung und das Binnenschiffahrtsgesetz, nur aus äußeren Gründen nicht in das Handelsgesetzbuch eingefügt sind. In Ermangelung sonderrechtlicher Vorschriften kommt auch in Handelssachen das gemeine Reichsprivatrecht und insbesondere das B.G.B. zur Anwendung (E. G. Art. 2.).

Die Landesgesetzgebung konnte ursprünglich das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch nicht nur ergänzen, sondern auch abändern. Seit der Erhebung des alten H.G.B. zum Reichsgesetzbuch wurde zwar dessen Abänderung durch Landesgesetz unzulässig, ergänzendes Landesrecht aber blieb zulässig und in erheblichem Umfange, vor allem ja im ganzen Bereiche des subsidiär anzuwendenden bürgerlichen Rechts, von hoher Bedeutung. Dem neuen H.G.B. gegenüber ist auch ergänzendes Landesrecht ausgeschlossen. Die Landesgesetzgebung ist zum Erlaß von Vorschriften im Gebiete des Handelsprivatrechts wie alles Privatrechts überhaupt nur insoweit befugt, als sie dazu durch Reichsgesetz ausdrücklich ermächtigt ist. Einzelne derartige Vorbehalte finden sich im E.G. zum H.G.B. (Art. 15—21) oder ergeben sich aus den Vorbehalten im E.G. zum B.G.B. Demgemäß sind in den einzelnen Staaten Ausführungsgesetze zum neuen H.G.B. ergangen.

Materialien: Preuß. A.L.R. II 8, § 475—2464. — Code de commerce, publ. 20—25 Sept. 1807. — Entw. eines H.G.B. für das Königr. Württemberg, 2 Tle., 1839 u. 40. — Entw. eines allgemeinen H.G.B. für Deutschland (Reichshandelsgesetzentwurf) Titel 1—5, 1848 u. 49. — Entw. eines H.G.B. für die Preuß. Staaten, 2 Tle., 1857 u. 59 (verfaßt von Bischoff). Entw. eines Oesterr. Handelsrechts, Wien 1857. Protokolle der Kommission zur Berathung eines A.D.H.G.B., herausg. v. J. Lutz, 9 Tle. mit Registerband und Beilageband, 1858/63. Einführungsgesetze zum A.D.H.G.B. (Preuß. v. 24. Juli 1861, Österr. v. 17. Dez. 1862 u. s. w.) im Beilageband zu den Protok. (III), besonders 1871. Auch bei Salpius, Die Ergänzungen der A.D.W.O. und des A.D.H.G., 1870. — Norddeutsch. B.G. v. 5. Juli 1869, R.G. v. 16. Apr. 1870 (für Württ., Baden, Hessen), v. 22. Apr. 1871 (s. Bayern), v. 19. Juni 1872 (s. Elsaß-Lothr.), v. 22. März 1891 (s. Helgoland), v. 10. Juli 1879 u. 17. April 1886 (s. Konsularbezirke und Schutzgebiete). — Entw. eines H.G.B. mit Denkschrift, 1896. Rießer, Zur Revision des H.G.B., 1887/89; Dickel, Bemerkungen zu dem Entw. eines neuen H.G.B., 1897; Laband, Deutsche J.Z. I 345 ff.; Gierke, Z. f. H.R. XLV 441 ff., Der Entwurf des neuen H.G.B., 1897; K. Lehmann, Arch. f. civ. Pr. LXXXVI 289 ff.; Ehrenberg, Jahrb. f. Dogm. XXXVII 77 ff.; G. Cohn, Arch. f. bürg. R. XII 185 ff. — Ausgaben des neuen H.G.B. mit Anmerkungen von Gareis, von Frankenburger, von Rudorff. Mit den Nebengesetzen b. Friedberg, Die Handelsgesetzgebung des Deutschen Reichs, 5. Aufl. 1899. Ferner G. Meyerhoff, Corpus juris civilis für das Deutsche Reich und Preußen; mit Erläuterungen; Bd. II Handelsrecht. — Die Ausführungsgesetze in der Sammlung von Becher.

§ 5. Das Handelsgewohnheitsrecht. Das Gewohnheitsrecht, einst die weitaus überwiegende Quelle des Handelsrechts, wahrte in Handelssachen auch gegenüber der vordringenden Gesetzgebung Lebendigkeit und schöpferische Kraft. Das alte Handelsgesetzbuch (Art. 1) entzog ihm seinen eignen Bestimmungen gegenüber die derogatorische Funktion, sprach aber ausdrücklich den Handelsgebräuchen den Vorrang vor allem bürgerlichen Recht und somit auch vor den sonst das Gewohnheitsrecht ausschließenden Privatrechtsgesetzen zu. Das neue H.G.B. schweigt gleich dem B.G.B. über die Kraft des Gewohnheitsrechts. Somit ist das Handelsgewohnheitsrecht nicht mehr privilegiert. Im Sinne der allgemeinen Ausschließung des Landesprivatrechts durch das Reichsprivatrecht ist anzunehmen, daß partikuläres Gewohnheitsrecht als solches nur anerkannt werden soll, wo das Reichsrecht auf Partikularrecht verweist oder dem Partikularrecht eine Entscheidung vorbehält. Ob sich nicht dennoch auch partikuläres Gewohnheitsrecht durchsetzen kann, ist eine andere Frage. Dagegen steht der Bildung eines gemeinen deutschen Handelsgewohnheitsrechts ein Hindernis nicht entgegen. Ein solches kann auch das gesetzte Recht so gut abändern wie ergänzen. Die Erfordernisse und die Feststellung des Handelsgewohnheitsrechts richten sich nach den allgemeinen Regeln über Gewohnheitsrecht.

Vom Handelsgewohnheitsrecht zu unterscheiden, obschon mit ihm oft unter dem Namen „Handelsgebräuche" oder „Handelsusancen" zusammengefaßt, ist die Handelssitte („die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche"). Die Handelssitte ist tatsächliche Übung ohne die Überzeugung rechtlicher Gebundenheit, daher keine Rechtsquelle. Sie ist aber ein wichtiges Auslegungsmittel für das rechtsgeschäftlich Gewollte und kann im Gebiete des nachgiebigen Rechts die gesetzliche Regel zwar nicht abschaffen, aber tatsächlich außer Anwendung setzen. Das alte H.G.B. verwies bei Handelsgeschäften allgemein auf die Handelssitte (Art. 279), das neue nur unter Kaufleuten (§ 346). Daneben finden sich allgemeine Verweisungen auf den Handelsgebrauch bei einzelnen Rechtsgeschäften (z. B. § 90, 359, 380, 393). Im übrigen gilt die Auslegungsregel des § 157 B.G.B., wonach die Verkehrssitte zu beachten ist. Die Verkehrssitte kann auch im Verkehr zwischen Kaufleuten und Nichtkaufleuten auf Beachtung der Handelssitte hinauslaufen. Zur Feststellung der Handelssitte sind Bekundungen von kaufmännischen Korporationen oder Handelskammern oder von sachkundigen Einzelnen (sog. Pareres) besonders geeignete Mittel.

Sammlungen: Pegoletti, La pratica della mercatura (vor 1343). — Decisiones Rotae Genuensis. — Gutachten der Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin über Gebräuche im Handelsverkehr, herausg. v. Dove u. Apt, 1899. Breslauer Handelsgebräuche; Gutachten der Breslauer Handelskammer, herausg. v. Riesenfeld, 1900.

§ 6. Literatur. Die älteste wissenschaftliche Erörterung handelsrechtlicher Fragen begegnet in den Werken der mittelalterlichen Legisten und Kanonisten (z. B. bei Bartolus, Baldus, Durantis). Vorläufer einer gesonderten Darstellung des Handelsrechts waren die Aufzeichnungen der Handelsgebräuche und die Schriften der juristisch-theologischen Summisten über die Erlaubtheit der Handelsgeschäfte vor dem forum conscientiae (so z. B. der compendiosus tractatus de contractibus mercatorum des 1438 verstorbenen deutschen Dominikaners Joh. Nider). Im sechzehnten Jahrhundert löste sich die Handelsrechtswissenschaft als besonderer Zweig der Rechtswissenschaft von der zivilistischen Jurisprudenz ab, behielt aber ihr europäisches Gepräge. Das älteste Kompendium des Handelsrechts veröffentlichte i. J. 1553 Benvenuto Straccha aus Ankona: Tractatus de mercatura s. mercatore. Ihm folgten andere Italiener, wie Sigism. Scaccia, Tractatus de commerciis et cambio, 1618, Jos. de Casaregis, Discursus legales de commercio, 1719/29, und Franzosen, wie J. Savary, Le parfait négotiant, 1675. Auf demselben Boden steht der i. J. 1662 erschienene umfangreiche Tractatus politico-juridicus de jure mercatorum et commerciorum singulari des lübischen Ratsherrn Joh. Marquard.

Die selbständige wissenschaftliche Behandlung des deutschen Handelsrechts regte Joh. Georg Büsch (1728—1800) mit seinen das Handelsrecht in die Handelslehre

hineinziehenden Arbeiten an. Sein Schüler F. v. Martens (1756—1821) schrieb das erste deutsche Werk über Handelsrecht, in juristischer, aber vom Naturrecht beeinflußter Behandlungsweise (Grundriß des Handelsrechts, 1. Aufl. 1797, 3. Aufl. 1820). Eine mehr positivrechtliche Richtung wurde durch die Praxis der Hansestädte und deren ausgezeichnete Vertreter angebahnt. Insbesondere durch Heise (1778—1851), dessen 1814 bis 1817 gehaltene Vorlesungen 1858 veröffentlicht sind. Zu erwähnen sind ferner Bender (1797—1859, Grundsätze des deutschen Handlungsrechts, 1824), Meno Pöhls (Darstellung des gemeinen und des Hamburgischen Handelsrechts, 1828/34) und Brinkmann (1809—1855, Lehrbuch des Handelsrechts, herausgegeben von Endemann 1853/60), sowie Cropp (1790—1832) und Treitschke (1783—1855). Mit außerordentlicher Energie und nachhaltigem Erfolg, aber nicht ohne romanisierende Begriffsvergewaltigung, führte Heinrich Thöl (1807—1884) die juristisch-konstruktive Methode durch (1. Aufl. 1847). Einen neuen Impuls durch tiefgründige rechtsgeschichtliche Forschung und Verwertung derselben für die Dogmatik gab Levin Goldschmidt (1829—1897) der Handelsrechtswissenschaft. Für die Verbindung juristischer und wirtschaftlicher Betrachtungsweise, vielfach aber auf Kosten der festen Rechtsbegriffe, wirkte W. Endemann.

Eine neue Epoche der deutschen Handelsrechtswissenschaft brach mit dem Zustandekommen des Handelsgesetzbuches an. Das Gesetzbuch wurde mit zahlreichen und zum Teil wissenschaftlich wertvollen Kommentaren versehen. Aber auch die systematischen Darstellungen des Handelsrechts und die Einzelschriften stellten sich auf den Boden des nunmehr errungenen Gesetzesrechtes. Die neuesten Arbeiten verfolgen die gleichen Wege im Anschluß an das neue Handelsgesetzbuch.

Kommentare: Anschütz u. v. Völderndorff, 3 Bde. 1867/73, zum Teil in 2. Aufl. v. Allfeld 1894. — v. Hahn, 2 Bde. 1877/83, Bd. I 4. Aufl. 1894. — Keyßner 1870. — Makower, 12. Aufl. 1898 ff. — Puchelt, 4. Aufl. v. Fortsch 1894. — Gareis u. Fuchsperger 1871, 2. Aufl. 1898 ff. — H. Staub 1891, 6. u. 7. Aufl. 1900. — Düringer u. Hachenburg 1898 ff. — K. Lehmann u. B. Ring 1899 ff.

Systeme: H. Thöl, Das Handelsrecht, 6. Aufl. 1879. — L. Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, 1864 ff. (Bd. I 2. Aufl. 1875, Bd. II 1883, unvollendet); System des H.R. im Grundriß, 4. Aufl. 1892. — W. Endemann, Das deutsche H.R., 4. Aufl. 1887. — Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts, 4 Bde. 1881/85 (Beiträge verschiedener Verfasser), herausg. v. W. Endemann. — J. Fr. Behrend, Lehrbuch des H.R., Bd. I 1886/96. — C. Gareis, Das deutsche H.R., 6. Aufl. 1899 (7. Aufl. 1903). — K. Cosack, Lehrbuch des H.R., 5. Aufl. 1900 (6. Aufl. 1903). — H. O. Lehmann in Birkmeyers Encyklopädie der Rechtswissenschaft S. 595 ff. — Außerdem Darstellungen in manchen Lehrbüchern des deutsch. Privatrechts (z. B. bei Beseler, Bluntschli, Gerber) und in dem Werke H. Dernburgs über preuß. Privatrecht und jetzt über bürg. R.

Zeitschriften: Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, seit 1858, begründet von Goldschmidt, jetzt herausg. v. H. Keyßner u. K. Lehmann. — Busch, Archiv für Theorie und Praxis des Handels- und Wechselrechts, 1863—1888. — Löhr, Centralorgan für das deutsche Handels- und Wechselrecht, 1862—1873.

Entscheidungen: Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte, seit 1847. — Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts, 25 Bde., 1871/79. — Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen, seit 1880.

Formulare: Friedberg, Formelbuch für Handels-, Wechsel- und Seerecht, 1890.

Handelsrechtspraktikum von Rießer, 1888.

§ 7. Das fremde Handelsrecht. Das fremde Handelsrecht ist für das Verständnis des deutschen Handelsrechts nur Hilfsmittel. Es ist aber wegen der hier besonders starken internationalen Zusammenhänge ein besonders wichtiges Hilfsmittel. Überdies ist es von den deutschen Gerichten auf Grund der Regeln des internationalen Privatrechts vielfach unmittelbar anzuwenden.

Den größten Einfluß erlangte der französische Code de commerce von 1807. Er gilt in Frankreich selbst bis heute, wenngleich mit wichtigen Abänderungen durch spätere Gesetze. Auch gilt er in Luxemburg und in Polen. In Belgien ist er 1867 bis 1879 revidiert. Mit geringen Änderungen reproduzieren ihn die Handelsgesetzbücher von Griechenland (1835), Serbien (1860), Rumänien (1863, neues 1887), der Türkei (1850/60) und Ägypten (1874/75). Verwandt mit ihm sind die Handelsgesetzbücher der

Niederlande (1838), Spaniens (1829, revid. 1885), Portugals (1833, revid. 1888) und der mittel- und südamerikanischen Staaten (Brasilien 1850, Argentinien 1859/62, revid. 1889, Chile 1865 u. s. w.). Auch der italienische Codice di commercio von 1865, während die Neufassung von 1882 vielfach auch aus dem deutschen Recht schöpft.

Das deutsche Handelsgesetzbuch alter Fassung gilt in Österreich. Verwandt mit ihm sind die H.G.B. für Ungarn von 1875 und für Bosnien und Herzegowina von 1883. Auf deutscher Grundlage ruht das Handelsrecht im schweizerischen Obligationenrecht von 1881. Vielfach an das deutsche Recht schließt sich auch das seit dem 16. Juni 1899 in Kraft getretene japanische Handelsrecht an.

Eine selbständige Stellung nimmt die russische Handelsgesetzgebung im Reichsgesetzbuch von 1835 XI (3. Ausg. 1857) ein.

Nicht kodifiziert, wenn auch in einzelnen Materien gesetzlich geregelt, ist das Handelsrecht in England, den Vereinigten Staaten von Amerika und den skandinavischen Ländern.

Materialien; O. Borchardt, Die geltenden Handelsgesetze des Erdballs, gesammelt und ins Deutsche übertragen, Bd. I 2. Aufl. 1884, Bd. II—V 1884/87 u. Nachträge. — Berichte in den einzelnen Bänden der Z. f. H.R. — Übersetzung des russischen H.G.B. von Zwingemann, 1889. — Übersetzung des japanischen H.G.B. von Löhnholm.

Literatur: Pardessus: Cours de droit commercial, 6. éd. 1856/57 (deutsche Bearbeitung von Schiebe, 1838). Ch. Lyon-Caen et L. Renault, Traité de droit commercial, 2. éd. 1888 sq., 3. éd. 1900 sq. E. Valabrèque, Nouveau cours de droit commercial, 1897. — Vidari, Corso di diritto commerciale, 4. ed. 1893 sq. — Fr. Pollitzer, Das Oesterr. Handelsrecht, 1895. R. v. Canstein, Lehrbuch des Oesterr. Handelsrechts, 1895 ff. — Schneider u. Fick, Das Schweizerische Obligationenrecht, 2. Aufl. 1896. Hafner, Schweiz. O.R., 2. Aufl. 1896. — P. Rehme, Das japanische Handelsrecht, Z. f. H.R. LI 1 ff., LII 1 ff. — J. W. Smith, A compendium of mercantile law, 10. ed. 1890. Kent, Commentaries on american law, Vol. II (12. ed. 1873).

§ 8. **Hilfswissenschaften.** Für das Handelsrecht bilden einerseits die übrigen Zweige der Rechtswissenschaft, anderseits die allgemeine und spezielle Nationalökonomie ein unentbehrliches Hilfsmittel. Überdies aber empfängt es sein volles Verständnis erst durch die Handelswissenschaften, die das Getriebe des Handels im ganzen, seine Geschichte, seine Technik und seine Differenzierung darlegen.

Literaturnachweise bei Thöl § 1, Goldschmidt, Handb. I 10, System § 1.

Drittes Kapitel.

Der Geltungsbereich des Handelsrechts.

§ 9. **Handelssachen.** Das Handelsrecht gilt in „Handelssachen" (E. G. Art. 2). Handelssachen sind die in Anlehnung an den wirtschaftlichen Begriff des Handels, aber in formell selbständiger und vielfach abweichender Weise durch die Rechtsordnung dafür erklärten Tatbestände.

Enger ist der Begriff der Handelssachen im Sinne der Handelsprozeßsachen. Dieser Begriff hat nur Bedeutung, soweit besondere Handelsgerichte bestehen, deren Zuständigkeit bestimmt werden soll. Nach heutigem deutschen Recht umfaßt er die Streitsachen, die gemäß G.V.G. § 101 in erster Instanz vor die Kammern für Handelssachen, falls solche bei den Landgerichten gebildet sind, gehören.

§ 10. **Handel im wirtschaftlichen Sinn.** Eigentlicher Handel ist der gewerbemäßige Umsatz von Natur- oder Kunsterzeugnissen. Wer ein solches Gewerbe betreibt, heißt Kaufmann. Der Gegenstand des Umsatzes heißt Ware. Das Umsatzgeschäft ist das eigentliche Handelsgeschäft. Es besteht aus Anschaffung und Veräußerung in Beziehung aufeinander und vermittelt zwischen Produzenten und Konsumenten, von denen jene nur Absatz, diese nur Einkauf wollen. Der Handel zerfällt nach dem Gegenstande in Waren-, Effekten-, Geld- und Buchhandel; nach den Beziehungen zum In- oder

Auslande in Binnen-, Ausfuhr-, Einfuhr- und Zwischenhandel; nach dem Wege, den die Waren nehmen, in Land- oder Seehandel; nach dem Betriebe für eigne oder fremde Rechnung in Eigen- und Kommissionshandel; nach dem vorzugsweise auf den Absatz an andere Kaufleute oder unmittelbar auf den Absatz an die Konsumenten eingerichteten Betriebe in Großhandel und Detailhandel. Handel im offenen Laden heißt Kramhandel, Handel im Umherziehen Hausierhandel, Handel mit gewöhnlichen Lebensmitteln Hökerhandel, Handel mit gebrauchten Sachen Trödelhandel.

Zum Handel im weiteren Sinne gehört alle dem Warenumsatz dienende, ihn vorbereitende, fördernde oder sichernde geschäftliche Tätigkeit, also z. B. Vergesellschaftung, Gewinnung von Hilfskräften, Beschaffung von Verkehrs- und Zahlungsmitteln, Transport und Versicherung.

Handel im uneigentlichen Sinne ist die nicht gewerbemäßige Vornahme eines Umsatzgeschäftes.

Kein Handel im wirtschaftlichen Sinne ist sonstiger Gewerbebetrieb. Daher nicht die gewerbemäßige Urproduktion (Land- und Forstwirtschaft, Jagd, Fischerei, Bergbau). Aber auch nicht die Formproduktion im Großbetriebe (Fabrikation) oder Kleinbetriebe (Handwerk); auch dadurch, daß er den Rohstoff kauft, wird der Fabrikant oder Handwerker wirtschaftlich nicht zum Kaufmann. Ebensowenig sind die selbständigen Hilfsgewerbe, wie z. B. die Vermittlungsgewerbe (Agentur, Mäkelei), das Auskunftsgewerbe, das Transportgewerbe, das Aufbewahrungsgewerbe und das Versicherungsgewerbe, zum Handel im wirtschaftlichen Sinn zu rechnen. Ein jedes dieser Gewerbe aber kann nach dem zuerst vom Handel geprägten Vorbilde „kaufmännisch", mit kaufmännisch eingerichtetem Geschäft und insbesondere mit kaufmännischer Buchführung, betrieben werden.

§ 11. Rechtliche Abgrenzung der Handelssachen. 1. Prinzip der Abgrenzung. Die Abgrenzung der Handelssachen kann nach dem subjektiven oder dem objektiven Prinzip oder nach einem gemischten System erfolgen. Im Sinne des subjektiven Prinzips sind Handelssachen Kaufmannssachen, d. h. alle zum Geschäftsbetriebe eines Kaufmanns gehörigen Tatbestände. Im Sinne des objektiven Prinzips sind Handelssachen Merkantilsachen, d. h. alle den Handelsverkehr bildenden Tatbestände.

Ursprünglich war das Handelsrecht lediglich Sonderrecht der Kaufleute. Seit der Durchbrechung der ständischen Geschlossenheit wurde vielfach das objektive Prinzip, jedoch niemals rein, durchgeführt.

Das alte H.G.B. beruht auf einem gemischten System. Es geht vom Begriff des Kaufmanns aus (Art. 4) und stellt ein Sonderrecht für Kaufleute auf. Die Eigenschaft als Kaufmann knüpft es an den gewerbemäßigen Betrieb gewisser Geschäfte, die als Grundhandelsgeschäfte anerkannt sind (Art. 271—272). Die Kaufmannseigenschaft jedoch, einmal begründet, durchdringt den ganzen Geschäftsbetrieb und macht auch alle anderen ihm eingefügten Geschäfte zu Handelsgeschäften (Art. 273). Zugleich aber legt das alte H.G.B. im Sinne des objektiven Prinzips den Begriff des Handelsgeschäftes zu Grunde. Es unterwirft einerseits gewisse Geschäfte, deren gewerbemäßiger Betrieb zum Kaufmann macht, auch dann, wenn sie von einem Nichtkaufmann oder von einem Kaufmann außerhalb seines Gewerbebetriebes geschlossen werden, dem Handelsrecht, indem diese Geschäfte stets um ihres Inhaltes willen als Handelsgeschäfte gelten (absolute oder objektive Handelsgeschäfte, Art. 272). Und es entzieht anderseits gewisse Geschäfte auch dann, wenn sie gewerbemäßig oder von einem Kaufmann vorgenommen werden, dem Handelsrecht. Vor allem Verträge über unbewegliche Sachen, die niemals Handelsgeschäfte sein können (Art. 275). Außerdem die Veräußerungen der Handwerker in ihrem sonst kaufmännischen Gewerbebetriebe (Art. 273 Abs. 3).

Das neue H.G.B. ist grundsätzlich zum subjektiven Prinzip zurückgekehrt. Es geht vom Begriff des Kaufmanns aus und kennt keine Handelssachen, bei denen nicht ein Kaufmann beteiligt wäre. Kaufmann ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt. Handelsgeschäfte sind die zum Betriebe eines Handelsgewerbes gehörigen Geschäfte. Daher gibt es keine objektiven Handelsgeschäfte. Ferner sind auch Verträge über unbewegliche Sachen,

wenn sie im Betriebe eines Handelsgewerbes geschlossen werden, Handelsgeschäfte. Allerdings wirkt der alte Gedanke, daß Grund und Boden nicht zum Handel bestimmt ist, darin nach, daß unter den einzelnen aufgezählten Geschäften, deren gewerbemäßiger Betrieb ohne weiteres zum Kaufmann macht, sich keine Verträge über unbewegliche Sachen befinden, und daß Grundstücke niemals als Waren gelten. Ist aber jemand Kaufmann, — und er kann es auch sein, wenn Verträge über unbewegliche Sachen den Hauptinhalt seines Geschäftsbetriebes bilden, — so macht die Zugehörigkeit zu seinem Betriebe auch Grundstücksgeschäfte zu Handelsgeschäften. Auch die Ausnahme in Ansehung der Veräußerungen von Handwerkern ist gestrichen. Nur dadurch wird das subjektive Prinzip abgewandelt, daß die Regel des alten H.G.B. beibehalten, wenn auch durch zahlreichere Ausnahmen durchbrochen ist, nach der im handelsgeschäftlichen Verkehr zwischen Kaufleuten und Nichtkaufleuten auch auf den Nichtkaufmann das Handelsrecht Anwendung findet.

2. Umfang des Handelsbegriffs. Das Handelsrecht, das ursprünglich nur für den Handel im wirtschaftlichen Sinne galt, ist mehr und mehr auf andere Gewerbebetriebe ausgedehnt. Damit sind zahlreiche Gewerbetreibende, die im Sinne des Lebens Kaufleute nicht sind, im Sinne des Rechts zu Kaufleuten geworden. So schon nach dem alten H.G.B. die meisten Fabrikanten, viele Handwerker (diese freilich nur halb) und zahlreiche Unternehmer von Hilfsgewerben. Ferner nach späteren Gesetzen bestimmte Genossenschaften, die ihrer Form wegen auch dann Kaufleute sind, wenn sie Handel im wirtschaftlichen Sinn nicht treiben. Endlich hat das neue H.G.B. nicht nur an diesen Kategorien mit einigen Änderungen und unter Beseitigung der Einschränkung für Handwerker festgehalten, sondern den Kaufmannsbegriff auf eine unbestimmte weitere Klasse von Gewerbetreibenden erstreckt, die im wesentlichen den gesamten kaufmännisch eingerichteten Großbetrieb umfassen soll.

Literatur: Thöl I § 25 ff. Goldschmidt, Handb. I § 40 ff. Behrend I § 22 ff. — G. Wendt, Die Tragweite des Art. 275 des H.G.B., 1882. Marcuse, Begriff und Arten der Verträge über unbewegliche Sachen im Sinne des H.G.B. Art. 275, 1884. Pollitzer, Das Verhalten des A.D.H.G. zum Immobiliarverkehr, 1885. — F. Richter, Die Voraussetzungen des Kaufmannsbegriffs, 1895. Schirrmeister, Der Kaufmannsbegriff, Z. f. H.R. XLVIII 29 ff.

Zweites Buch.

Handelspersonenrecht.

Erstes Kapitel.

Die Kaufmannseigenschaft.

§ 12. Die Kaufmannseigenschaft überhaupt. „Kaufmann" im Sinne des H.G.B. ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt (§ 1 Abs. 1). Der Kaufmannsbegriff des H.G.B. ist für das öffentliche Recht (z. B. Steuergesetze, Bildung von Handelskammern) nicht maßgebend.

Die Kaufmannseigenschaft entsteht durch die Tatsache des Betriebes eines Handelsgewerbes. Während nach dem früheren Handelsrecht Kaufmann nur war, wer befugterweise Handel trieb, ist nach altem und neuem H.G.B. (Art. 11, § 7) auch Kaufmann, wer verbotswidrig ein Handelsgewerbe betreibt. Manche Gewerbebetriebe aber werden nach dem neuen H.G.B. erst durch Eintragung zum Handelsgewerbe.

Erforderlich ist der Betrieb durch ein rechtsfähiges Wesen (Einzelperson, juristische Person oder Personeneinheit). Geschäftsfähigkeit ist nicht erforderlich.

Erforderlich ist ferner, obschon das Gesetzbuch dies nicht ausdrücklich sagt, Betrieb in eignem Namen. Kaufmann ist nur der Gewerbeprinzipal; nicht der Gehilfe, nicht das bloße Organ (z. B. der Vorsteher einer Aktiengesellschaft), nicht der bloß mit einer Vermögenseinlage Beteiligte (z. B. der Kommanditist oder stille Gesellschafter), nicht das

Mitglied einer kaufmännischen Verbandsperson. Kaufmann ist aber jeder Prinzipal; auch der bloße Mitprinzipal (z. B. der persönlich haftende Gesellschafter); auch der selbst nicht tätige Prinzipal (z. B. das bevormundete Kind oder die von einem Prokuristen durchweg vertretene Witwe); auch wer für fremde Rechnung tätig ist; ja auch wer mit fremden Mitteln (sei es auch nur als vorgeschobene Person) für einen anderen in eignem Namen Handel treibt.

Erforderlich ist endlich *gewerbemäßiger* Betrieb. Gewerbe ist eine dauernde und gleichförmige Tätigkeit, die als eine regelmäßige Einkommensquelle dienen soll. Die Tätigkeit muß auf die Dauer angelegt sein, es genügt aber ein begrenzter längerer Zeitraum (z. B. im Rahmen einer Pachtung). Die Tätigkeit muß gleichförmig sein, kann aber in einer zusammengehörigen Gattung verschiedenartiger Geschäfte bestehen. Sie muß eine regelmäßige Einkommensquelle bilden sollen, keineswegs aber notwendig die ausschließliche Nahrungsquelle, so daß auch ein Nebengewerbe Handelsgewerbe sein kann. Unerläßlich ist Gewinnabsicht; ob der Erfolg erreicht wird, ist gleichgültig. Schlechthin wesentlich ist ein erklärter oder aus den Umständen erhellender konstitutiver Wille („Gewerbeabsicht"), der die einzelnen Geschäfte zu einem zweckbestimmten Ganzen verbindet. Dieser Wille macht schon das erste Geschäft, das die Reihe eröffnet, zum Gewerbegeschäft; würde jemand nach dem ersten Geschäft vom Schlage gerührt, so wäre er als Kaufmann gestorben.

Die Kaufmannseigenschaft *endet* durch Einstellung des Gewerbebetriebs. Vorübergehende Sistierung (auch Konkurs) wirkt nicht beendigend. Auch wo die Kaufmannseigenschaft erst durch Eintragung entsteht, endet sie durch Einstellung des Gewerbebetriebes ohne Löschung und überdauert die Löschung, wenn der Betrieb fortgesetzt wird.

§ 13. Handelsgewerbe kraft Geschäftsbetriebes. Als Handelsgewerbe gilt ohne weiteres und ohne Eintragung jeder Gewerbebetrieb, der *Grundhandelsgeschäfte* zum Gegenstande hat. Die Grundhandelsgeschäfte sind im § 1 Abs. 2 des H.G.B. unter neun Nummern aufgezählt (es sind mit einigen Änderungen die Grundhandelsgeschäfte des alten H.G.B., sowohl die objektiven Handelsgeschäfte des Art. 271 wie die Handelsgewerbegeschäfte des Art. 272). Es genügt, daß der gewerbemäßige Betrieb solcher Geschäfte einem Gewerbebetriebe beigemischt ist, um ihn zum Handelsgewerbe zu machen. Ebenso macht ein auf solche Geschäfte gerichtetes Nebengewerbe in Ansehung des Nebenbetriebes (nicht dagegen in Ansehung des Hauptgewerbes) zum Kaufmann. Eine Ausnahme gilt in beiderlei Hinsicht für die Land- und Forstwirtschaft (§ 3).

Die einzelnen Grundhandelsgeschäfte sind die folgenden.

1. Das *Warenumsatzgeschäft*, die Anschaffung und Weiterveräußerung von Waren oder Wertpapieren mit oder ohne Veränderung. Darunter fallen die beiden wichtigsten objektiven Handelsgeschäfte des alten H.G.B., die Spekulationsanschaffung (Art. 271 Z. 1) und die Spekulationsveräußerung (Art. 271 Z. 2).

Anschaffung ist der Erwerb von Eigentum oder Eigenbesitz durch entgeltliches Rechtsgeschäft. Insbesondere durch Kauf, aber auch durch Tausch, Annahme an Zahlungs Statt, Werkvertrag u. s. w. Nicht dagegen unentgeltlicher Erwerb (aus Schenkung oder von Todes wegen); nicht Erwerb durch Aneignung oder Erzeugung (Jagd, Fischfang, Bergbau, Fruchtziehung u. s. w.); nicht Erwerb zu bloßem Miets- oder Pfandbesitz.

Weiterveräußerung ist die Übertragung von Eigentum oder Eigenbesitz durch entgeltliches Rechtsgeschäft. Insbesondere durch Kauf, aber auch durch Tausch, Hingabe an Zahlungs Statt, Werkvertrag u. s. w. Nicht dagegen unentgeltliche Weggabe; nicht bloßes Vermieten (z. B. durch ein Reitinstitut, eine Leihbibliothek, ein Garderobengeschäft) oder Verpfänden.

Geeigneter *Gegenstand* sind Waren und Wertpapiere. Waren sind bewegliche Sachen mit stofflichem Wert. Keine Waren sind Grundstücke. Somit ist der Grundstückshandel kein Grundhandelsgeschäft. Ebensowenig die Anschaffung eines Grundstücks, um aus ihm hergestellte bewegliche Sachen (z. B. Steine aus dem Steinbruch, Kohlen aus dem Kohlenbergwerk, Mineralwasser aus der Quelle, Ziegel aus der gebrannten Erde, Mate-

rialien aus dem abgebrochenen Gebäude) zu verkaufen. Oder die Anschaffung beweglicher Sachen, um eine aus ihnen hergestellte unbewegliche Sache zu veräußern (z. B. der Kauf des Bauunternehmers oder Bauhandwerkers). Den Waren gleichgestellt sind Wertpapiere (nach altem H.G.B. nur Staatspapiere, Aktien und andere für den Handel bestimmte Wertpapiere), d. h. Urkunden, die das verbriefte Recht dergestalt verkörpern, daß sie das Mittel seiner Verwertung bilden und somit den Wert des Rechtes in sich tragen. Nicht dagegen andere vermögenswerte Rechte mit den ihnen zugehörigen Urkunden.

Anschaffung und Veräußerung müssen mit einander in Verbindung gesetzt sein. Es genügt weder gewerbemäßige Anschaffung, um zu behalten, zu gebrauchen, zu vermieten u. s. w., noch gewerbemäßige Veräußerung der eigenen Erzeugnisse oder des zu anderem Zwecke Angeschafften (z. B. Einrichtung eines gewerbemäßigen Verkaufs behufs Auflösung einer Kunstsammlung).

Diese Verbindung muß in Gewinnabsicht erfolgen. Dies ergibt sich aus dem Erfordernis des gewerbemäßigen Betriebes, war aber schon nach dem alten H.G.B. anzunehmen, da sonst jeder Einkauf von Weihnachts- oder Geburtstagsgeschenken ein Handelsgeschäft gewesen wäre. Somit ist nicht nur die Anschaffung, um zu verschenken oder zu verschleudern, sondern auch die Anschaffung, um zum Selbstkostenpreise zu verkaufen, kein Grundhandelsgeschäft. So die Anschaffung von Wein oder Zigarren, um einen Teil an Freunde abzugeben; der Ankauf von Holz oder Lebensmitteln durch einen wohltätigen Verein behufs Überlassung zum Einkaufspreise an Bedürftige; der Betrieb eines Offizierkasinos; an sich auch der eines Konsumvereins. Ferner die Anschaffung von Nebensachen, die mit selbsterzeugten Sachen mitveräußert werden sollen, ohne daß gerade an ihnen gewonnen werden soll, wie von Säcken, Fässern u. s. w. oder von Rahmen und Kartons für selbstgefertigte Photographien.

Endlich müssen sich Anschaffung und Veräußerung auf denselben Gegenstand richten. Erfolgt der Umsatz ohne Veränderung (die in bloßer Zerlegung oder Verkleinerung nicht zu finden ist), so liegt das eigentliche Handelsgeschäft vor, dessen gewerbemäßige Vornahme zum Händler, zum Kaufmann im wirtschaftlichen Sinn und damit immer auch zum Kaufmann im Rechtssinne macht. Auch der kleinste Händler, die Blumenverkäuferin oder das mit Wachsstreichhölzern handelnde Kind ist Kaufmann. Das H.G.B. erweitert aber den Begriff des handelsrechtlichen Umsatzgeschäftes außerordentlich, indem es ihn auch für anwendbar erklärt, wenn die Weiterveräußerung „nach einer Bearbeitung oder Verarbeitung" erfolgt. Bearbeitung ist Formveränderung des Stoffs (z. B. Färben, Bemalen, Schleifen), Verarbeitung Herstellung einer neuen Sache aus dem Stoff (z. B. eines Rockes aus Tuch, eines Sattels aus Leder, einer Maschine aus Eisen). Hiermit sind alle Fabrikanten, die Rohstoffe oder Halbfabrikate kaufen, und ebenso zahlreiche Handwerker (wie Bäcker, Fleischer, Brauer, Schlosser, Schmiede, Klempner, Kürschner, Gerber, Schuhmacher, die meisten Schneider u. s. w.) zu Kaufleuten erklärt. Dagegen wird ein Betrieb dadurch nicht zum Handelsgewerbe, daß Stoffe eingekauft werden, die bei der Produktion als bloße Zutaten oder Mittel verbraucht werden sollen. Der Gärtner wird durch die Anschaffung von Samen oder Stecklingen, der Milch- oder Käseproduzent durch die Anschaffung von Vieh, der Flickschneider durch die Anschaffung von Futter, Knöpfen und Nähmaterial, der Maler durch die Anschaffung von Leinwand und Farbe, der Bildhauer durch die Anschaffung von Marmor nicht zum Kaufmann.

2. Die fabrikmäßige Be- oder Verarbeitung von Waren (das erste Handelsgewerbegeschäft des alten H.G.B. Art. 272 Z. 1). Erforderlich ist, daß die Bearbeitung oder Verarbeitung fremder Sachen durch entgeltliches Rechtsgeschäft, das regelmäßig Werkvertrag ist, aber auch Dienstvertrag sein kann, übernommen wird. Ausgeschlossen ist auch hier die Bearbeitung unbeweglicher Sachen (z. B. Hausanstrich, Dachreparatur, Wegeanlage, Drainage, Kanalbau) und die Herstellung eines Werkes, zu dem der Besteller nur Verbrauchs- oder Arbeitsmittel (z. B. Marmor zur Büste) liefert. Vor allem aber ist erforderlich, daß „der Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht", also Fabrikbetrieb ist. Kaufleute sind hiernach die Unternehmer großer Färbereien, Plättereien, Spinnereien, Wäschereien, Bleichereien, Gerbereien, Mühlen,

Reparaturwerkstätten, Schleifereien, Hundedressuranstalten u. s. w. Keine Kaufleute dagegen sind unter den Handwerkern die Färber, Maler, Wäscher, Lohntischler, Flickschneider, Lohnmüller, Buchbinder u. s. w. Freilich aber wird der Buchbinder, der nebenbei mit Papier und Schreibheften handelt, der Friseur, der Seife und Haaröl verkauft, der Uhrmacher, der Uhren kauft und verkauft, durch solchen Nebenhandel zum Kaufmann.

3. Übernahme von Versicherung gegen Prämie (nach altem H.G.B. Art. 271 Z. 3 das dritte objektive Handelsgeschäft). Dagegen ist die Versicherung auf Gegenseitigkeit kein Grundhandelsgeschäft.

4. Die Bankier- und Geldwechslergeschäfte (Handelsgewerbegeschäft auch nach altem H.G.B. Art. 272 Z. 2). Was dazu gehört, bestimmt sich nach den Verkehrsanschauungen. Das gewöhnliche Pfandleihgewerbe fällt nicht darunter.

5. Gewisse Transportgeschäfte. Unbedingt die Übernahme der Beförderung von Gütern oder Reisenden zur See (früher zusammen mit der jetzt als Grundhandelsgeschäft ganz gestrichenen Bodmerei das vierte objektive Handelsgeschäft des Art. 271 Z. 4). Ferner die Geschäfte der Frachtführer und der zur Beförderung von Personen zu Lande oder auf Binnengewässern bestimmten Anstalten (Handelsgewerbegeschäft nach altem H.G.B. Art. 272 Z. 3). Unbedingt also die Güterbeförderung zu Lande oder auf Binnengewässern, so daß auch der kleinste Frachtführer Kaufmann ist; dagegen die Personenbeförderung hier nur als Großbetrieb, so daß die Unternehmer von Straßenbahnen, Droschkenanstalten, Dampfschiffverbindungen u. s. w. Kaufleute sind, gewöhnliche Lohnfuhrherrn, Droschkenbesitzer, Fährleute u. s. w. der Kaufmannseigenschaft darben. Endlich die Geschäfte der Schleppschiffahrtsunternehmer (neu).

6. Die Geschäfte der Kommissionäre, der Spediteure oder der Lagerhalter. Kommissionär ist, wer gewerbsmäßig in eignem Namen für fremde Rechnung Waren oder Wertpapiere kauft oder verkauft (§ 383); Spediteur, wer gewerbsmäßig in eignem Namen für fremde Rechnung Güterversendungen durch Frachtführer oder Verfrachter von Seeschiffen besorgt (§ 407); Lagerhalter, wer gewerbsmäßig die Lagerung und Aufbewahrung von Gütern übernimmt (§ 416). (Das Kommissions- und Speditionsgeschäft waren auch nach dem alten H.G.B., Art. 272 Z. 3, Handelsgewerbegeschäfte.)

7. Die Geschäfte der Handlungsagenten und Handelsmäkler. Handlungsagenten und Handelsmäkler sind selbständige gewerbsmäßige Vermittler von Handelsgeschäften, die Handlungsagenten kraft ständigen Auftrages für ein fremdes Handelsgewerbe (§ 84), die Handelsmäkler kraft einzelner Aufträge für andere (§ 93). (Das alte H.G.B., § 272 Z. 4, erklärte jede Vermittlung von Handelsgeschäften, mit Ausnahme der amtlichen Geschäfte der Handelsmäkler, für ein Handelsgewerbegeschäft.)

8. Die Verlagsgeschäfte sowie die sonstigen Geschäfte des Buch- und Kunsthandels (ebenso altes H.G.B. Art. 272 Z. 5). Die Verleger sind Kaufleute, obschon ihre Tätigkeit Urproduktion ist. Auch Zeitungsverlag, Kommissionsverlag, gewerbsmäßiger Selbstverlag macht zum Kaufmann.

9. Die Geschäfte der Druckereien, sofern ihr Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht (wie altes H.G.B. Art. 272 Z. 5). Der kleine Drucker oder Lithograph ist nicht Kaufmann.

§ 14. Handelsgewerbe kraft Eintragung. Ein gewerbliches Unternehmen, das nicht auf Grundhandelsgeschäfte gerichtet ist, erlangt unter Umständen durch Eintragung der Firma des Unternehmers in das Handelsregister für das Handelsrecht die Eigenschaft eines Handelsgewerbes. Voraussetzung dafür ist, daß das Unternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert (§ 2 S. 1). Die kaufmännische Einrichtung wird sich besonders in der Buchführung, dem Firmengebrauch, der Korrespondenz, der Kassenführung, dem Hilfspersonal geltend machen. Dem Umfange nach muß das Unternehmen, um kaufmännische Einrichtung zu fordern, jedenfalls Großbetrieb sein. Wie es der Art nach beschaffen sein muß, läßt sich nur nach der jeweiligen Verkehrsgewohnheit entscheiden. Es handelt sich also stets um eine konkrete Tatfrage.

rialien aus dem abgebrochenen Gebäude) zu verkaufen. Oder die Anschaffung beweglicher Sachen, um eine aus ihnen herstellte unbewegliche Sache zu veräußern (z. B. der Kauf des Bauunternehmers oder Bauhandwerkers). Den Waren gleichgestellt sind Wertpapiere (nach altem H.G.B. nur Staatspapiere, Aktien und andere für den Handel bestimmte Wertpapiere), d. h. Urkunden, die das verbriefte Recht dergestalt verkörpern, daß sie das Mittel seiner Verwertung bilden und somit den Wert des Rechtes in sich tragen. Nicht dagegen andere vermögenswerte Rechte mit den ihnen zugehörigen Urkunden.

Anschaffung und Veräußerung müssen mit einander in Verbindung gesetzt sein. Es genügt weder gewerbemäßige Anschaffung, um zu behalten, zu gebrauchen, zu vermieten u. s. w., noch gewerbemäßige Veräußerung der eigenen Erzeugnisse oder des zu anderem Zwecke Angeschafften (z. B. Einrichtung eines gewerbemäßigen Verkaufs behufs Auflösung einer Kunstsammlung).

Diese Verbindung muß in Gewinnabsicht erfolgen. Dies ergibt sich aus dem Erfordernis des gewerbemäßigen Betriebes, war aber schon nach dem alten H.G.B. anzunehmen, da sonst jeder Einkauf von Weihnachts- oder Geburtstagsgeschenken ein Handelsgeschäft gewesen wäre. Somit ist nicht nur die Anschaffung, um zu verschenken oder zu verschleudern, sondern auch die Anschaffung, um zum Selbstkostenpreise zu verkaufen, kein Grundhandelsgeschäft. So die Anschaffung von Wein oder Zigarren, um einen Teil an Freunde abzugeben; der Ankauf von Holz oder Lebensmitteln durch einen wohltätigen Verein behufs Überlassung zum Einkaufspreise an Bedürftige; der Betrieb eines Offizierkasinos; an sich auch der eines Konsumvereins. Ferner die Anschaffung von Nebensachen, die mit selbsterzeugten Sachen mitveräußert werden sollen, ohne daß gerade an ihnen gewonnen werden soll, wie von Säcken, Fässern u. s. w. oder von Rahmen und Kartons für selbstgefertigte Photographien.

Endlich müssen sich Anschaffung und Veräußerung auf denselben Gegenstand richten. Erfolgt der Umsatz ohne Veränderung (die in bloßer Zerlegung oder Verkleinerung nicht zu finden ist), so liegt das eigentliche Handelsgeschäft vor, dessen gewerbemäßige Vornahme zum Händler, zum Kaufmann im wirtschaftlichen Sinn und damit immer auch zum Kaufmann im Rechtssinne macht. Auch der kleinste Händler, die Blumenverkäuferin oder das mit Wachsstreichhölzern handelnde Kind ist Kaufmann. Das H.G.B. erweitert aber den Begriff des handelsrechtlichen Umsatzgeschäftes außerordentlich, indem es ihn auch für anwendbar erklärt, wenn die Weiterveräußerung „nach einer Bearbeitung oder Verarbeitung" erfolgt. Bearbeitung ist Formveränderung des Stoffs (z. B. Färben, Bemalen, Schleifen), Verarbeitung Herstellung einer neuen Sache aus dem Stoff (z. B. eines Rockes aus Tuch, eines Sattels aus Leder, einer Maschine aus Eisen). Hiermit sind alle Fabrikanten, die Rohstoffe oder Halbfabrikate kaufen, und ebenso zahlreiche Handwerker (wie Bäcker, Fleischer, Brauer, Schlosser, Schmiede, Klempner, Kürschner, Gerber, Schuhmacher, die meisten Schneider u. s. w.) zu Kaufleuten erklärt. Dagegen wird ein Betrieb dadurch nicht zum Handelsgewerbe, daß Stoffe eingekauft werden, die bei der Produktion als bloße Zutaten oder Mittel verbraucht werden sollen. Der Gärtner wird durch die Anschaffung von Samen oder Stecklingen, der Milch- oder Käseproduzent durch die Anschaffung von Vieh, der Flickschneider durch die Anschaffung von Futter, Knöpfen und Nähmaterial, der Maler durch die Anschaffung von Leinwand und Farbe, der Bildhauer durch die Anschaffung von Marmor nicht zum Kaufmann.

2. Die fabrikmäßige Be- oder Verarbeitung von Waren (das erste Handelsgewerbegeschäft des alten H.G.B. Art. 272 Z. 1). Erforderlich ist, daß die Bearbeitung oder Verarbeitung fremder Sachen durch entgeltliches Rechtsgeschäft, das regelmäßig Werkvertrag ist, aber auch Dienstvertrag sein kann, übernommen wird. Ausgeschlossen ist auch hier die Bearbeitung unbeweglicher Sachen (z. B. Hausanstrich, Dachreparatur, Wegeanlage, Drainage, Kanalbau) und die Herstellung eines Werkes, zu dem der Besteller nur Verbrauchs- oder Arbeitsmittel (z. B. Marmor zur Büste) liefert. Vor allem aber ist erforderlich, daß „der Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht", also Fabrikbetrieb ist. Kaufleute sind hiernach die Unternehmer großer Färbereien, Plättereien, Spinnereien, Wäschereien, Bleichereien, Gerbereien, Mühlen,

Reparaturwerkstätten, Schleifereien, Hundedressuranstalten u. s. w. Keine Kaufleute dagegen sind unter den Handwerkern die Färber, Maler, Wäscher, Lohntischler, Flickschneider, Lohnmüller, Buchbinder u. s. w. Freilich aber wird der Buchbinder, der nebenbei mit Papier und Schreibheften handelt, der Friseur, der Seife und Haaröl verkauft, der Uhrmacher, der Uhren kauft und verkauft, durch solchen Nebenhandel zum Kaufmann.

3. Übernahme von Versicherung gegen Prämie (nach altem H.G.B. Art. 271 Z. 3 das dritte objektive Handelsgeschäft). Dagegen ist die Versicherung auf Gegenseitigkeit kein Grundhandelsgeschäft.

4. Die Bankier- und Geldwechslergeschäfte (Handelsgewerbegeschäft auch nach altem H.G.B. Art. 272 Z. 2). Was dazu gehört, bestimmt sich nach den Verkehrsanschauungen. Das gewöhnliche Pfandleihgewerbe fällt nicht darunter.

5. Gewisse Transportgeschäfte. Unbedingt die Übernahme der Beförderung von Gütern oder Reisenden zur See (früher zusammen mit der jetzt als Grundhandelsgeschäft ganz gestrichenen Bodmerei das vierte objektive Handelsgeschäft des Art. 271 Z. 4). Ferner die Geschäfte der Frachtführer und der zur Beförderung von Personen zu Lande oder auf Binnengewässern bestimmten Anstalten (Handelsgewerbegeschäft nach altem H.G.B. Art. 272 Z. 3). Unbedingt also die Güterbeförderung zu Lande oder auf Binnengewässern, so daß auch der kleinste Frachtführer Kaufmann ist; dagegen die Personenbeförderung hier nur als Großbetrieb, so daß die Unternehmer von Straßenbahnen, Droschkenanstalten, Dampfschiffverbindungen u. s. w. Kaufleute sind, gewöhnliche Lohnfuhrherrn, Droschkenbesitzer, Fährleute u. s. w. der Kaufmannseigenschaft darben. Endlich die Geschäfte der Schleppschiffahrtsunternehmer (neu).

6. Die Geschäfte der Kommissionäre, der Spediteure oder der Lagerhalter. Kommissionär ist, wer gewerbsmäßig in eignem Namen für fremde Rechnung Waren oder Wertpapiere kauft oder verkauft (§ 383); Spediteur, wer gewerbsmäßig in eignem Namen für fremde Rechnung Güterversendungen durch Frachtführer oder Verfrachter von Seeschiffen besorgt (§ 407); Lagerhalter, wer gewerbsmäßig die Lagerung und Aufbewahrung von Gütern übernimmt (§ 416). (Das Kommissions- und Speditionsgeschäft waren auch nach dem alten H.G.B., Art. 272 Z. 3, Handelsgewerbegeschäfte.)

7. Die Geschäfte der Handlungsagenten und Handelsmäkler. Handlungsagenten und Handelsmäkler sind selbständige gewerbsmäßige Vermittler von Handelsgeschäften, die Handlungsagenten kraft ständigen Auftrages für ein fremdes Handelsgewerbe (§ 84), die Handelsmäkler kraft einzelner Aufträge für andere (§ 93). (Das alte H.G.B., § 272 Z. 4, erklärte jede Vermittlung von Handelsgeschäften, mit Ausnahme der amtlichen Geschäfte der Handelsmäkler, für ein Handelsgewerbegeschäft.)

8. Die Verlagsgeschäfte sowie die sonstigen Geschäfte des Buch- und Kunsthandels (ebenso altes H.G.B. Art. 272 Z. 5). Die Verleger sind Kaufleute, obschon ihre Tätigkeit Urproduktion ist. Auch Zeitungsverlag, Kommissionsverlag, gewerbsmäßiger Selbstverlag macht zum Kaufmann.

9. Die Geschäfte der Druckereien, sofern ihr Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht (wie altes H.G.B. Art. 272 Z. 5). Der kleine Drucker oder Lithograph ist nicht Kaufmann.

§ 14. Handelsgewerbe kraft Eintragung. Ein gewerbliches Unternehmen, das nicht auf Grundhandelsgeschäfte gerichtet ist, erlangt unter Umständen durch Eintragung der Firma des Unternehmers in das Handelsregister für das Handelsrecht die Eigenschaft eines Handelsgewerbes. Voraussetzung dafür ist, daß das Unternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert (§ 2 S. 1). Die kaufmännische Einrichtung wird sich besonders in der Buchführung, dem Firmengebrauch, der Korrespondenz, der Kassenführung, dem Hilfspersonal geltend machen. Dem Umfange nach muß das Unternehmen, um kaufmännische Einrichtung zu fordern, jedenfalls Großbetrieb sein. Wie es der Art nach beschaffen sein muß, läßt sich nur nach der jeweiligen Verkehrsgewohnheit entscheiden. Es handelt sich also stets um eine konkrete Tatfrage.

Wer ein derartiges Unternehmen betreibt, ist nach der gesetzlichen Regel nicht nur berechtigt, sondern auch *verpflichtet*, eine Firma anzunehmen und deren Eintragung zu bewirken (§ 2 S. 2). Es findet gegen ihn amtlicher Eintragungszwang statt. Somit sollen z. B. auch Fabrikanten, die nur selbsterzeugte Rohstoffe verarbeiten, wie dies bei Ziegeleien, Porzellanmanufakturen, Zementfabriken, Hüttenwerken, Brennereien u. s. w. vorkommen kann, die Kaufmannseigenschaft, die sie an sich nicht haben, durch Eintragung erwerben. Ebenso aber unter Umständen Grundstückshändler, Bauunternehmer, Bergbautreibende, Handelsgärtner, Pfandleiher, Unternehmer von Auskunftsbureaus, Leihbibliotheken, Reitinstituten u. s. w. Die Fülle der Betriebe, die so dem Handelsrecht unterworfen werden können, ist unübersehbar.

Die gesetzliche Regel wird aber durch die der *Land- und Forstwirtschaft* eingeräumte Ausnahmestellung durchbrochen (§ 3).

Der Betrieb der Land- und Forstwirtschaft *als solcher* ist niemals Handelsgewerbe. Er ist es niemals von Rechts wegen, auch wenn ihm der gewerbemäßige Betrieb von Grundhandelsgeschäften (z. B. Ankauf von Magervieh zur Weiterveräußerung als Mastvieh) beigemischt ist. Er ist aber auch, wenn er kaufmännisch eingerichtet ist, von der Umwandlung in ein Handelsgewerbe durch Eintragung ausgeschlossen.

Auch ein mit dem Betriebe von Land- oder Forstwirtschaft verbundenes *Nebengewerbe* ist niemals von selbst ein Handelsgewerbe, mögen auch in ihm gewerbsmäßige Grundhandelsgeschäfte geschlossen werden (anders nach altem H.G.B.). So, wenn eine Brennerei, Ziegelei, Sägemühle auf den Zukauf von Kartoffeln, Lehm, Holz angelegt ist, oder wenn ein Landwirt Lohnmüllerei im großen betreibt. Der Land- oder Forstwirt ist aber auch niemals verpflichtet, für ein Nebengewerbe die Kaufmannseigenschaft zu erwerben. Er ist jedoch, falls das Nebengewerbe nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, zum Erwerbe der Kaufmannseigenschaft in Ansehung des Nebengewerbes durch Firmeneintragung berechtigt. In diesem Falle hat er also die freie Wahl, Kaufmann zu werden oder nicht. Hat er aber einmal die Eintragung bewirkt, so bleibt der Betrieb bis zur Einstellung für ihn und für jeden Rechtsnachfolger ein Handelsgewerbe.

Die *Wirkung der Firmeneintragung* besteht in den Fällen der §§ 2 und 3 nicht bloß, wie in den Fällen des § 1, in der Feststellung, sondern in der Begründung der Kaufmannseigenschaft. Diese Wirkung tritt aber an sich nicht ein, wenn die Eintragung ungehörig erfolgt ist, weil es an ihren materiellen Voraussetzungen gebricht. Soweit jedoch der Mangel in der Beschaffenheit des unter der Firma betriebenen Gewerbes liegt, ist der Eintragung bis zur Löschung eine noch über den öffentlichen Glauben des Grundbuches hinausgehende formale Rechtskraft beigelegt (§ 5). Denn gegenüber dem, der sich auf die Eintragung beruft, ist der Einwand, daß das Gewerbe kein Handelsgewerbe sei, unbedingt und selbst dann, wenn er den gegenteiligen Sachverhalt kennt, unzulässig. Der eingetragene Nichtkaufmann kann also jedem Dritten gegenüber Kaufmannseigenschaft geltend machen und muß sich von jedem Dritten als Kaufmann behandeln lassen. Für das öffentliche Recht, für den Strafrichter, für die Registerbehörde besteht diese formale Rechtskraft nicht; der Registerrichter kann daher die ungehörige Eintragung nachträglich löschen. Auch erstreckt sich die formale Rechtskraft nicht auf sonstige Mängel in den Voraussetzungen der Kaufmannseigenschaft. So bleibt der Einwand zulässig, die Eintragung sei ohne die erforderliche Genehmigung des gesetzlichen Vertreters oder aus Irrtum herbeigeführt, oder es handle sich überhaupt um kein „Gewerbe", oder der Geschäftsbetrieb sei eingestellt.

§ 15. Personeneinheiten und juristische Personen als Kaufleute.

1. *Überhaupt.* Die Kaufmannseigenschaft kann *mehreren Personen in ihrer Verbundenheit* zustehen. Dies ist der Fall, wenn ein Handelsgewerbe von mehreren Personen in einer Gemeinschaft zur gesamten Hand betrieben wird. Sie haben dann nicht nur eine jede für sich, sondern zugleich in ihrer Personeneinheit die Rechte und Pflichten von Kaufleuten. Somit kann namentlich Gesellschaften des bürgerlichen

Rechts und nicht rechtsfähigen Vereinen Kaufmannseigenschaft zuzuschreiben sein. Dabei gelten die allgemeinen Regeln. Eine Ausnahme besteht für Bergwerksgesellschaften ohne juristische Persönlichkeit (insbesondere Gewerkschaften alten Rechts), indem sie auch dann, wenn ihr Betrieb die Voraussetzungen des § 2 erfüllt, nicht als Kaufleute eingetragen werden (E.G. Art. 5).

Die Kaufmannseigenschaft kann ferner einer *juristischen Person* zukommen. Sie wird, wenn eine juristische Person ein Handelsgewerbe betreibt, nach den allgemeinen Regeln entweder schon durch den Geschäftsbetrieb oder erst durch Firmeneintragung begründet. Dies gilt für Verbandspersonen jeder Art, für rechtsfähige Vereine und öffentliche Körperschaften, für private Stiftungen und öffentliche Anstalten.

2. *Handelsgesellschaften.* Handelsgesellschaften sind *stets* Kaufleute (§ 6 Abs. 1). Und sie sind *ganz* Kaufleute, indem ihre Einheit in der Kaufmannseigenschaft aufgeht und für einen nichtkaufmännischen Lebensbereich keinen Raum läßt.

Die *Handelsgesellschaften mit bloßer Personeneinheit* sind Kaufleute auf Grund des für sie begrifflich notwendigen Betriebes eines Handelsgewerbes, das seinerseits nach Maßgabe der allgemeinen Regeln (§ 1 u. 2) entweder durch bloßen Geschäftsbetrieb oder erst durch Firmeneintragung begründet wird. So verhält es sich bei der offenen Handelsgesellschaft, bei der zugleich alle Gesellschafter als Einzelne Kaufleute sind, und bei der Kommanditgesellschaft, bei der nur die persönlich haftenden Gesellschafter auch als Einzelne Kaufmannseigenschaft haben.

Die *Handelsgesellschaften mit juristischer Persönlichkeit* sind Kaufleute auf Grund ihrer handelsrechtlichen Organisationsform. Es sind dies die Aktiengesellschaft, die Kommanditgesellschaft auf Aktien, bei der zugleich die persönlich haftenden Gesellschafter als Einzelne Kaufleute sind, und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Hier setzt die Kaufmannseigenschaft einen Handelsgewerbebetrieb, ja überhaupt einen Gewerbebetrieb nicht voraus. Die Gesellschaft ist Kaufmann, selbst wenn sie nur gemeinnützige Zwecke verfolgt (z. B. Herstellung von Arbeiterwohnungen, Kirchenbau, Volksküche) oder rein ideellen Interessen ihrer Mitglieder dient (z. B. Lesehalle, Studentenheim, Kasino).

Auch *eingetragene Genossenschaften* gelten, obschon sie Handelsgesellschaften im technischen Sinne nicht sind, als Kaufleute im Sinne des H.G.B., soweit das Genossenschaftsgesetz nichts Abweichendes bestimmt (Genoss.G. § 17 Abs. 2).

Dagegen sind *Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit* keine Kaufleute. Die Bestimmungen des H.G.B. über den Kaufmannsbegriff (§ 1—7) finden auf sie keine Anwendung. Doch sind sie den Kaufleuten grundsätzlich gleichgestellt (Quasi-Kaufleute). Denn die übrigen Vorschriften des ersten und dritten Buchs des H.G.B. für Kaufleute finden auf sie entsprechende Anwendung, soweit in dem Gesetz über die privaten Versicherungsunternehmungen nicht ein anderes bestimmt ist (R.G. v. 12. Mai 1901 § 16).

3. *Juristische Personen des öffentlichen Rechts.* Die juristischen Personen des öffentlichen Rechts sind Kaufleute, wenn und soweit sie ein Handelsgewerbe betreiben. Sie sind von selbst Kaufleute, falls sie gewerbsmäßig Grundhandelsgeschäfte abschließen. So die öffentlichen Banken (vgl. altes H.G.B. Art. 5 Abs. 2). Auch die Reichsbank ist Kaufmann, obschon sie vom Eintragungszwange befreit ist (Reichsbank-G. § 66). Sie sind, wenn ihr Gewerbebetrieb unter § 2 des H.G.B. fällt, verpflichtet, wenn er unter § 3 Abs. 2 fällt, berechtigt, die Kaufmannseigenschaft durch Firmeneintragung zu erwerben. Nur das Reich, die deutschen Einzelstaaten und die inländischen Kommunalverbände sind, weil sie keinem Eintragungszwange unterliegen (§ 36), in Ansehung eines von ihnen betriebenen Unternehmens, das sie nicht von selbst zu Kaufleuten macht, niemals verpflichtet, sondern nur berechtigt, sich dem Kaufmannsrecht zu unterstellen. So z. B. der Staat als Bergbautreibender.

Sehr bestritten aber ist die Frage, *wann* ein vom Staat oder von einer andern öffentlichen Verbandsperson im Nebenberuf betriebenes Gewerbe als Handelsgewerbe anzusehen ist. Der geschichtlichen Entwicklung gemäß (in Anknüpfung an die alte

Unterscheidung von negotiatio politica und lucrativa) ist anzunehmen, daß ein Handelsgewerbe nicht vorliegt, sobald das Unternehmen in erster Linie auf den gemeinen Nutzen und nur nebenbei auf Erwerb abzielt und deshalb durch das öffentliche Recht grundsätzlich abweichend von einem Privatunternehmen ausgestaltet ist. Darum war die vielerörterte Streitfrage, ob das Reich in Ansehung der Reichspost Kaufmann sei, verneinend zu entscheiden, wie dies jetzt durch ausdrückliche gesetzliche Bestimmung geschehen ist (H.G.B. § 452). Dagegen ist der Staat als Eisenbahnunternehmer Kaufmann. Desgleichen der preußische Staat in Ansehung der Seehandlung und der Porzellanmanufaktur. Bei kommunalen Sparkassen, Gasanstalten, Wasserleitungen u. s. w. läßt sich eine generelle Entscheidung nicht geben.

§ 16. Vollkaufleute und Minderkaufleute. Die Kaufleute im Sinne des H.G.B. sind eine buntgemischte Gesellschaft. Das ganze Handelsrecht paßt nicht für alle. Darum werden zahlreiche Kaufleute, ja, tatsächlich die große Mehrheit von den auf größere Betriebe berechneten Vorschriften des H.G.B. ausgenommen. Man stellt sie den Vollkaufleuten als Minderkaufleute gegenüber (§ 4).

Für Minderkaufleute kommen die besonderen Rechtsinstitute des Handelspersonenrechts, die Eintragung in das Handelsregister, das Firmenrecht, das Recht der Handelsbücher und die Prokura, in Wegfall. Ferner kann durch Vereinigung zu dem Gewerbebetriebe eines Minderkaufmanns eine offene Handelsgesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft nicht begründet werden. Endlich finden einige Verschärfungen des Obligationenrechts (Wegfall des Erfordernisses der Schriftform bei abstrakten Versprechen und Bürgschaften, der Einrede der Vorausklage für den Bürgen und des richterlichen Ermäßigungsrechts bei der Vertragsstrafe) auf Minderkaufleute keine Anwendung (§ 351).

Minderkaufleute sind zunächst alle Handwerker. Sie sind es ohne Rücksicht auf den Umfang des Handwerksbetriebes. Minderkaufleute sind außerdem alle Personen, deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht. Die Landesregierungen können den Kreis der Kleingewerbetreibenden nach der Gewerbesteuer und eventuell nach anderen Merkmalen fest abgrenzen (aber nicht, wie nach altem H.G.B. Art. 10 Abs. 3 die Landesgesetze, erweitern oder verengern). Dazu gehören Kleinhändler (nach altem H.G.B. Art. 10 Abs. 1 Höker, Trödler, Hausierer und dergleichen Handelsleute von geringerem Gewerbebetriebe), kleine Gastwirte (nach altem H.G.B. überhaupt alle Wirte, während jetzt der größere Hotelwirt Vollkaufmann ist), gewöhnliche Fuhrleute und Schiffer, aber auch kleine Agenten und Mäkler, kleine Verleger u. s. w. Auch Personeneinheiten und juristische Personen können Minderkaufleute sein, nicht aber Handelsgesellschaften (vgl. einerseits § 4 Abs. 2, anderseits § 6 Abs. 2).

Ist ein Minderkaufmann ungehörigerweise in das Handelsregister eingetragen, so wird er dadurch nicht zum Vollkaufmann. Die Eintragung hat aber insoweit formale Rechtskraft für und wider den Eingetragenen, daß gegenüber der Berufung auf die Eintragung der Einwand, daß das unter der Firma betriebene Gewerbe ein minderkaufmännisches sei, ausgeschlossen ist (§ 5).

§ 17. Frauen als Kaufleute. Während das ältere Handelsrecht besondere Rechtssätze für die „Handelsfrau" aufstellte, enthält das neue H.G.B. keine Vorschriften über weibliche Kaufleute.

Demgemäß begründet der Geschlechtsunterschied keinen Unterschied in Ansehung des Erwerbes und Verlustes der Kaufmannseigenschaft. Ältere Vorschriften, nach denen nur die persönlich der Handlung vorstehende Frau Handelsfrau war (revid. lüb. R. III 6 Art. 21, Hamb. Stadtr. II 8 Art. 1, Preuß. L.R. II 8 §§ 491 ff.) und auch die Stellung als Gesellschafterin nicht genügte (Preuß. L.R. II 8 § 495), waren schon durch das alte H.G.B. Art. 6 aufgehoben. Das neue H.G.B. aber hat auch den im alten H.G.B. Art. 7 (ebenso im Code de comm. Art. 4) ausgesprochenen deutschrechtlichen Satz beseitigt, der für die verheiratete Frau sowohl den Eintritt wie den Fortbestand der Kaufmannseigenschaft von der Einwilligung des Ehemanns abhängig

machte. Auch wenn aus eherechtlichen Gründen die Frau der Einwilligung des Mannes bedarf, um ein Handelsgewerbe zu betreiben (B.G.B. § 1354), richtet sich ihre Kaufmannseigenschaft lediglich nach den allgemeinen handelsrechtlichen Vorschriften.

Anderseits verleiht das Handelsrecht der Handelsfrau als solcher keine *besondere Rechtsstellung* mehr. Der schon seit dem Mittelalter geltende Satz, nach dem jede Handelsfrau für den Handelsbetrieb gewissermaßen ihr Geschlecht ablegt und daher die weiblichen Rechtswohltaten einbüßt und selbständig vor Gericht auftreten kann (H.G.B. Art. 6 Abs. 2 u. Art. 9), ist gegenstandlos geworden. Die weitere Regel aber, nach der die verheiratete Handelsfrau in Ansehung der Verpflichtung aus Handelsgeschäften und der Haftung für Handelsschulden der unverheirateten Handelsfrau gleichstand (H.G.B. Art. 8), ist beseitigt. Vielmehr kommen lediglich die Vorschriften des B.G.B. zur Anwendung, nach denen jede Ehefrau vollkommen geschäftsfähig, jedoch bei gesetzlichem Güterstande in der Verfügung über ihr Eingebrachtes beschränkt und bei Gütergemeinschaft von der Verfügung über das Gesamtgut ausgeschlossen ist und die Rechte des Mannes am Eingebrachten oder am Gesamtgut dem Zugriff der Gläubiger der Frau entgegenstehen. Hiernach kommt der Einwilligung des Mannes zu dem selbständigen Handelsbetriebe der Frau, sowie seinem Einspruch gegen den Betrieb oder dem Widerrufe der Einwilligung je nach dem ehelichen Güterstande und je nach der Zugehörigkeit des Geschäftsvermögens zu der einen oder anderen Gütermasse eine sehr ungleichartige vermögensrechtliche Bedeutung zu (vgl. bes. B.G.B. §§ 1405, 1435, 1452, 1462, 1538, 1549). Eine handelsrechtliche Besonderheit besteht nur darin, daß die Wirkung der Eintragung in das Güterrechtsregister, falls der Wohnsitz des Mannes und der Sitz der Handelsniederlassung in verschiedenen Registerbezirken liegen, in Ansehung des Handelsgewerbes der Frau nur eintritt, wenn die Eintragung auch in das Güterrechtsregister des Bezirks der Handelsniederlassung erfolgt ist (E.G. Art. 4).

Die *Ehefrau des Kaufmanns* ist nicht Handelsfrau, mag sie auch als Gehilfin im Geschäfte des Mannes tätig sein. Die nach manchen Partikularrechten durch solche Mithilfe begründete Mithaftung für Handelsschulden („Sitzen zu offenem Kram und Laden begründet die allgemeine Gütergemeinschaft") ist durch das B.G.B. beseitigt. Vielmehr richtet sich die Haftung der Frau für die Handelsschulden des Mannes stets nach den allgemeinen Regeln. Doch ist die Wirkung einer Eintragung in das Güterrechtsregister auch hier in Ansehung des Handelsgewerbes davon abhängig, daß die Eintragung in das Güterrechtsregister des Bezirks der Handelsniederlassung erfolgt ist (E.G. Art. 4).

§ 18. **Minderjährige als Kaufleute.** Der Erwerb und Verlust der Kaufmannseigenschaft durch eine geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person richtet sich lediglich nach bürgerlichem Recht (vgl. B.G.B. §§ 1643, 1645, 1822, 1823, 1827). Gleiches gilt von der rechtlichen Stellung eines derartigen Kaufmanns. Der früher bisweilen für den Bereich des Handelsgewerbes angeordnete Wegfall der privilegia minorum (bayr. E.G. z. alten H.G.B. Art. 7, württ. Art. 7, meckl. Art. 7, hess. Art. 22) wurde mit deren allgemeiner Beseitigung bedeutungslos. Die Voraussetzungen und Wirkungen der Ermächtigung eines Minderjährigen zum selbständigen Handelsbetriebe, die früher zum Teil durch Handelsrecht im Sinne des Satzes „Handel macht mündig" besonders geregelt waren (Code de comm. Art. 2, bayr. E.G. Art. 7, bad. Art. 2, hess. Art. 24), richten sich nach B.G.B. § 112.

Zweites Kapitel.

Das Sonderrecht der Kaufleute.

§ 19. **Das Recht zum Handelsbetriebe.** Das Recht zum Handelsbetriebe war einstmals Ausfluß der Gilde- oder Zunftmitgliedschaft, später auch staatlicher Konzession; es war häufig durch Staats- oder Gemeindeangehörigkeit oder durch Eintragung in eine Matrikel bedingt; auch war es in gewissem Umfange Adligen und Juden versagt. Seit Durchführung der Gewerbefreiheit ist es Ausfluß des allgemeinen Rechtes der Persönlichkeit.

Wer ein derartiges Unternehmen betreibt, ist nach der gesetzlichen Regel nicht nur berechtigt, sondern auch *verpflichtet*, eine Firma anzunehmen und deren Eintragung zu bewirken (§ 2 S. 2). Es findet gegen ihn amtlicher Eintragungszwang statt. Somit sollen z. B. auch Fabrikanten, die nur selbsterzeugte Rohstoffe verarbeiten, wie dies bei Ziegeleien, Porzellanmanufakturen, Zementfabriken, Hüttenwerken, Brennereien u. s. w. vorkommen kann, die Kaufmannseigenschaft, die sie an sich nicht haben, durch Eintragung erwerben. Ebenso aber unter Umständen Grundstückshändler, Bauunternehmer, Bergbautreibende, Handelsgärtner, Pfandleiher, Unternehmer von Auskunftsbureaus, Leihbibliotheken, Reitinstituten u. s. w. Die Fälle der Betriebe, die so dem Handelsrecht unterworfen werden können, ist unübersehbar.

Die gesetzliche Regel wird aber durch die der *Land- und Forstwirtschaft* eingeräumte Ausnahmestellung durchbrochen (§ 3).

Der Betrieb der Land- und Forstwirtschaft *als solcher* ist niemals Handelsgewerbe. Er ist es niemals von Rechts wegen, auch wenn ihm der gewerbemäßige Betrieb von Grundhandelsgeschäften (z. B. Ankauf von Magervieh zur Weiterveräußerung als Mastvieh) beigemischt ist. Er ist aber auch, wenn er kaufmännisch eingerichtet ist, von der Umwandlung in ein Handelsgewerbe durch Eintragung ausgeschlossen.

Auch ein mit dem Betriebe von Land- oder Forstwirtschaft verbundenes *Nebengewerbe* ist niemals von selbst ein Handelsgewerbe, mögen auch in ihm gewerbsmäßige Grundhandelsgeschäfte geschlossen werden (anders nach altem H.G.B.). So, wenn eine Brennerei, Ziegelei, Sägemühle auf den Zukauf von Kartoffeln, Lehm, Holz angelegt ist, oder wenn ein Landwirt Lohnmüllerei im großen betreibt. Der Land- oder Forstwirt ist aber auch niemals verpflichtet, für ein Nebengewerbe die Kaufmannseigenschaft zu erwerben. Er ist jedoch, falls das Nebengewerbe nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, zum Erwerbe der Kaufmannseigenschaft in Ansehung des Nebengewerbes durch Firmeneintragung berechtigt. In diesem Falle hat er also die freie Wahl, Kaufmann zu werden oder nicht. Hat er aber einmal die Eintragung bewirkt, so bleibt der Betrieb bis zur Einstellung für ihn und für jeden Rechtsnachfolger ein Handelsgewerbe.

Die *Wirkung der Firmeneintragung* besteht in den Fällen der §§ 2 und 3 nicht bloß, wie in den Fällen des § 1, in der Feststellung, sondern in der Begründung der Kaufmannseigenschaft. Diese Wirkung tritt aber an sich nicht ein, wenn die Eintragung ungehörig erfolgt ist, weil es an ihren materiellen Voraussetzungen gebricht. Soweit jedoch der Mangel in der Beschaffenheit des unter der Firma betriebenen Gewerbes liegt, ist der Eintragung bis zur Löschung eine noch über den öffentlichen Glauben des Grundbuches hinausgehende formale Rechtskraft beigelegt (§ 5). Denn gegenüber dem, der sich auf die Eintragung beruft, ist der Einwand, daß das Gewerbe kein Handelsgewerbe sei, unbedingt und selbst dann, wenn er den gegenteiligen Sachverhalt kennt, unzulässig. Der eingetragene Nichtkaufmann kann also jedem Dritten gegenüber Kaufmannseigenschaft geltend machen und muß sich von jedem Dritten als Kaufmann behandeln lassen. Für das öffentliche Recht, für den Strafrichter, für die Registerbehörde besteht diese formale Rechtskraft nicht; der Registerrichter kann daher die ungehörige Eintragung nachträglich löschen. Auch erstreckt sich die formale Rechtskraft nicht auf sonstige Mängel in den Voraussetzungen der Kaufmannseigenschaft. So bleibt der Einwand zulässig, die Eintragung sei ohne die erforderliche Genehmigung des gesetzlichen Vertreters oder aus Irrtum herbeigeführt, oder es handle sich überhaupt um kein „Gewerbe", oder der Geschäftsbetrieb sei eingestellt.

§ 15. Personeneinheiten und juristische Personen als Kaufleute.

1. *Überhaupt.* Die Kaufmannseigenschaft kann *mehreren Personen in ihrer Verbundenheit* zustehen. Dies ist der Fall, wenn ein Handelsgewerbe von mehreren Personen in einer Gemeinschaft zur gesamten Hand betrieben wird. Sie haben dann nicht nur eine jede für sich, sondern zugleich in ihrer Personeneinheit die Rechte und Pflichten von Kaufleuten. Somit kann namentlich Gesellschaften des bürgerlichen

Rechts und nicht rechtsfähigen Vereinen Kaufmannseigenschaft zuzuschreiben sein. Dabei gelten die allgemeinen Regeln. Eine Ausnahme besteht für Bergwerksgesellschaften ohne juristische Persönlichkeit (insbesondere Gewerkschaften alten Rechts), indem sie auch dann, wenn ihr Betrieb die Voraussetzungen des § 2 erfüllt, nicht als Kaufleute eingetragen werden (E.G. Art. 5).

Die Kaufmannseigenschaft kann ferner einer *juristischen Person* zukommen. Sie wird, wenn eine juristische Person ein Handelsgewerbe betreibt, nach den allgemeinen Regeln entweder schon durch den Geschäftsbetrieb oder erst durch Firmeneintragung begründet. Dies gilt für Verbandspersonen jeder Art, für rechtsfähige Vereine und öffentliche Körperschaften, für private Stiftungen und öffentliche Anstalten.

2. *Handelsgesellschaften.* Handelsgesellschaften sind *stets* Kaufleute (§ 6 Abs. 1). Und sie sind *ganz* Kaufleute, indem ihre Einheit in der Kaufmannseigenschaft aufgeht und für einen nichtkaufmännischen Lebensbereich keinen Raum läßt.

Die *Handelsgesellschaften mit bloßer Personeneinheit* sind Kaufleute auf Grund des für sie begrifflich notwendigen Betriebes eines Handelsgewerbes, das seinerseits nach Maßgabe der allgemeinen Regeln (§ 1 u. 2) entweder durch bloßen Geschäftsbetrieb oder erst durch Firmeneintragung begründet wird. So verhält es sich bei der offenen Handelsgesellschaft, bei der zugleich alle Gesellschafter als Einzelne Kaufleute sind, und bei der Kommanditgesellschaft, bei der nur die persönlich haftenden Gesellschafter auch als Einzelne Kaufmannseigenschaft haben.

Die *Handelsgesellschaften mit juristischer Persönlichkeit* sind Kaufleute auf Grund ihrer handelsrechtlichen Organisationsform. Es sind dies die Aktiengesellschaft, die Kommanditgesellschaft auf Aktien, bei der zugleich die persönlich haftenden Gesellschafter als Einzelne Kaufleute sind, und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Hier setzt die Kaufmannseigenschaft einen Handelsgewerbebetrieb, ja überhaupt einen Gewerbebetrieb nicht voraus. Die Gesellschaft ist Kaufmann, selbst wenn sie nur gemeinnützige Zwecke verfolgt (z. B. Herstellung von Arbeiterwohnungen, Kirchenbau, Volksküche) oder rein ideellen Interessen ihrer Mitglieder dient (z. B. Lesehalle, Studentenheim, Kasino).

Auch *eingetragene Genossenschaften* gelten, obschon sie Handelsgesellschaften im technischen Sinne nicht sind, als Kaufleute im Sinne des H.G.B., soweit das Genossenschaftsgesetz nichts Abweichendes bestimmt (Genoss.G. § 17 Abs. 2).

Dagegen sind *Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit* keine Kaufleute. Die Bestimmungen des H.G.B. über den Kaufmannsbegriff (§ 1—7) finden auf sie keine Anwendung. Doch sind sie den Kaufleuten grundsätzlich gleichgestellt (Quasi-Kaufleute). Denn die übrigen Vorschriften des ersten und dritten Buchs des H.G.B. für Kaufleute finden auf sie entsprechende Anwendung, soweit in dem Gesetz über die privaten Versicherungsunternehmungen nicht ein anderes bestimmt ist (R.G. v. 12. Mai 1901 § 16).

3. *Juristische Personen des öffentlichen Rechts.* Die juristischen Personen des öffentlichen Rechts sind Kaufleute, wenn und soweit sie ein Handelsgewerbe betreiben. Sie sind von selbst Kaufleute, falls sie gewerbsmäßig Grundhandelsgeschäfte abschließen. So die öffentlichen Banken (vgl. altes H.G.B. Art. 5 Abs. 2). Auch die Reichsbank ist Kaufmann, obschon sie vom Eintragungszwange befreit ist (Reichsbank-G. § 66). Sie sind, wenn ihr Gewerbebetrieb unter § 2 des H.G.B. fällt, verpflichtet, wenn er unter § 3 Abs. 2 fällt, berechtigt, die Kaufmannseigenschaft durch Firmeneintragung zu erwerben. Nur das Reich, die deutschen Einzelstaaten und die inländischen Kommunalverbände sind, weil sie keinem Eintragungszwange unterliegen (§ 36), in Ansehung eines von ihnen betriebenen Unternehmens, das sie nicht von selbst zu Kaufleuten macht, niemals verpflichtet, sondern nur berechtigt, sich dem Kaufmannsrecht zu unterstellen. So z. B. der Staat als Bergbautreibender.

Sehr bestritten aber ist die Frage, *wann* ein vom Staat oder von einer andern öffentlichen Verbandsperson im Nebenberuf betriebenes Gewerbe als Handelsgewerbe anzusehen ist. Der geschichtlichen Entwicklung gemäß (in Anknüpfung an die alte

Unterscheidung von negotiatio politica und lucrativa) ist anzunehmen, daß ein Handelsgewerbe nicht vorliegt, sobald das Unternehmen in erster Linie auf den gemeinen Nutzen und nur nebenbei auf Erwerb abzielt und deshalb durch das öffentliche Recht grundsätzlich abweichend von einem Privatunternehmen ausgestaltet ist. Darum war die vielerörterte Streitfrage, ob das Reich in Ansehung der Reichspost Kaufmann sei, verneinend zu entscheiden, wie dies jetzt durch ausdrückliche gesetzliche Bestimmung geschehen ist (H.G.B. § 452). Dagegen ist der Staat als Eisenbahnunternehmer Kaufmann. Desgleichen der preußische Staat in Ansehung der Seehandlung und der Porzellanmanufaktur. Bei kommunalen Sparkassen, Gasanstalten, Wasserleitungen u. s. w. läßt sich eine generelle Entscheidung nicht geben.

§ 16. Vollkaufleute und Minderkaufleute. Die Kaufleute im Sinne des H.G.B. sind eine buntgemischte Gesellschaft. Das ganze Handelsrecht paßt nicht für alle. Darum werden zahlreiche Kaufleute, ja, tatsächlich die große Mehrheit von den auf größere Betriebe berechneten Vorschriften des H.G.B. ausgenommen. Man stellt sie den Vollkaufleuten als Minderkaufleute gegenüber (§ 4).

Für Minderkaufleute kommen die besonderen Rechtsinstitute des Handelspersonenrechts, die Eintragung in das Handelsregister, das Firmenrecht, das Recht der Handelsbücher und die Prokura, in Wegfall. Ferner kann durch Vereinigung zu dem Gewerbebetriebe eines Minderkaufmanns eine offene Handelsgesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft nicht begründet werden. Endlich finden einige Verschärfungen des Obligationenrechts (Wegfall des Erfordernisses der Schriftform bei abstrakten Versprechen und Bürgschaften, der Einrede der Vorausklage für den Bürgen und des richterlichen Ermäßigungsrechts bei der Vertragsstrafe) auf Minderkaufleute keine Anwendung (§ 351).

Minderkaufleute sind zunächst alle Handwerker. Sie sind es ohne Rücksicht auf den Umfang des Handwerksbetriebes. Minderkaufleute sind außerdem alle Personen, deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht. Die Landesregierungen können den Kreis der Kleingewerbetreibenden nach der Gewerbesteuer und eventuell nach anderen Merkmalen fest abgrenzen (aber nicht, wie nach altem H.G.B. Art. 10 Abs. 3 die Landesgesetze, erweitern oder verengern). Dazu gehören Kleinhändler (nach altem H.G.B. Art. 10 Abs. 1 Höker, Trödler, Hausierer und dergleichen Handelsleute von geringerem Gewerbebetriebe), kleine Gastwirte (nach altem H.G.B. überhaupt alle Wirte, während jetzt der größere Hotelwirt Vollkaufmann ist), gewöhnliche Fuhrleute und Schiffer, aber auch kleine Agenten und Mäkler, kleine Verleger u. s. w. Auch Personeneinheiten und juristische Personen können Minderkaufleute sein, nicht aber Handelsgesellschaften (vgl. einerseits § 4 Abs. 2, anderseits § 6 Abs. 2).

Ist ein Minderkaufmann ungehörigerweise in das Handelsregister eingetragen, so wird er dadurch nicht zum Vollkaufmann. Die Eintragung hat aber insoweit formale Rechtskraft für und wider den Eingetragenen, daß gegenüber der Berufung auf die Eintragung der Einwand, daß das unter der Firma betriebene Gewerbe ein minderkaufmännisches sei, ausgeschlossen ist (§ 5).

§ 17. Frauen als Kaufleute. Während das ältere Handelsrecht besondere Rechtssätze für die „Handelsfrau" aufstellte, enthält das neue H.G.B. keine Vorschriften über weibliche Kaufleute.

Demgemäß begründet der Geschlechtsunterschied keinen Unterschied in Ansehung des Erwerbes und Verlustes der Kaufmannseigenschaft. Ältere Vorschriften, nach denen nur die persönlich der Handlung vorstehende Frau Handelsfrau war (revid. lüb. R. III 6 Art. 21, Hamb. Stadtr. II 8 Art. 1, Preuß. L.R. II 8 §§ 491 ff.) und auch die Stellung als Gesellschafterin nicht genügte (Preuß. L.R. II 8 § 495), waren schon durch das alte H.G.B. Art. 6 aufgehoben. Das neue H.G.B. aber hat auch den im alten H.G.B. Art. 7 (ebenso im Code de comm. Art. 4) ausgesprochenen deutschrechtlichen Satz beseitigt, der für die verheiratete Frau sowohl den Eintritt wie den Fortbestand der Kaufmannseigenschaft von der Einwilligung des Ehemanns abhängig

machte. Auch wenn aus eherechtlichen Gründen die Frau der Einwilligung des Mannes bedarf, um ein Handelsgewerbe zu betreiben (B.G.B. § 1354), richtet sich ihre Kaufmannseigenschaft lediglich nach den allgemeinen handelsrechtlichen Vorschriften.

Anderseits verleiht das Handelsrecht der Handelsfrau als solcher keine besondere Rechtsstellung mehr. Der schon seit dem Mittelalter geltende Satz, nach dem jede Handelsfrau für den Handelsbetrieb gewissermaßen ihr Geschlecht ablegt und daher die weiblichen Rechtswohltaten einbüßt und selbständig vor Gericht auftreten kann (H.G.B. Art. 6 Abs. 2 u. Art. 9), ist gegenstandlos geworden. Die weitere Regel aber, nach der die verheiratete Handelsfrau in Ansehung der Verpflichtung aus Handelsgeschäften und der Haftung für Handelsschulden der unverheirateten Handelsfrau gleichstand (H.G.B. Art. 8), ist beseitigt. Vielmehr kommen lediglich die Vorschriften des B.G.B. zur Anwendung, nach denen jede Ehefrau vollkommen geschäftsfähig, jedoch bei gesetzlichem Güterstande in der Verfügung über ihr Eingebrachtes beschränkt und bei Gütergemeinschaft von der Verfügung über das Gesamtgut ausgeschlossen ist und die Rechte des Mannes am Eingebrachten oder am Gesamtgut dem Zugriff der Gläubiger der Frau entgegenstehen. Hiernach kommt der Einwilligung des Mannes zu dem selbständigen Handelsbetriebe der Frau, sowie seinem Einspruch gegen den Betrieb oder dem Widerrufe der Einwilligung je nach dem ehelichen Güterstande und je nach der Zugehörigkeit des Geschäftsvermögens zu der einen oder anderen Gütermasse eine sehr ungleichartige vermögensrechtliche Bedeutung zu (vgl. bes. B.G.B. §§ 1405, 1435, 1452, 1462, 1533, 1549). Eine handelsrechtliche Besonderheit besteht nur darin, daß die Wirkung der Eintragung in das Güterrechtsregister, falls der Wohnsitz des Mannes und der Sitz der Handelsniederlassung in verschiedenen Registerbezirken liegen, in Ansehung des Handelsgewerbes der Frau nur eintritt, wenn die Eintragung auch in das Güterrechtsregister des Bezirks der Handelsniederlassung erfolgt ist (E.G. Art. 4).

Die Ehefrau des Kaufmanns ist nicht Handelsfrau, mag sie auch als Gehilfin im Geschäfte des Mannes tätig sein. Die nach manchen Partikularrechten durch solche Mithilfe begründete Mithaftung für Handelsschulden („Sitzen zu offenem Kram und Laden begründet die allgemeine Gütergemeinschaft") ist durch das B.G.B. beseitigt. Vielmehr richtet sich die Haftung der Frau für die Handelsschulden des Mannes stets nach den allgemeinen Regeln. Doch ist die Wirkung einer Eintragung in das Güterrechtsregister auch hier in Ansehung des Handelsgewerbes davon abhängig, daß die Eintragung in das Güterrechtsregister des Bezirks der Handelsniederlassung erfolgt ist (E.G. Art. 4).

§ 18. **Minderjährige als Kaufleute.** Der Erwerb und Verlust der Kaufmannseigenschaft durch eine geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person richtet sich lediglich nach bürgerlichem Recht (vgl. B.G.B. §§ 1643, 1645, 1822, 1823, 1827). Gleiches gilt von der rechtlichen Stellung eines derartigen Kaufmanns. Der früher bisweilen für den Bereich des Handelsgewerbes angeordnete Wegfall der privilegia minorum (bayr. E.G. z. alten H.G.B. Art. 7, württ. Art. 7, meckl. Art. 7, hess. Art. 22) wurde mit deren allgemeiner Beseitigung bedeutungslos. Die Voraussetzungen und Wirkungen der Ermächtigung eines Minderjährigen zum selbständigen Handelsbetriebe, die früher zum Teil durch Handelsrecht im Sinne des Satzes „Handel macht mündig" besonders geregelt waren (Code de comm. Art. 2, bayr. E.G. Art. 7, bad. Art. 2, hess. Art. 24), richten sich nach B.G.B. § 112.

Zweites Kapitel.

Das Sonderrecht der Kaufleute.

§ 19. **Das Recht zum Handelsbetriebe.** Das Recht zum Handelsbetriebe war einstmals Ausfluß der Gilde- oder Zunftmitgliedschaft, später auch staatlicher Konzession; es war häufig durch Staats- oder Gemeindeangehörigkeit oder durch Eintragung in eine Matrikel bedingt; auch war es in gewissem Umfange Adligen und Juden versagt. Seit Durchführung der Gewerbefreiheit ist es Ausfluß des allgemeinen Rechtes der Persönlichkeit.

Doch bestehen öffentlichrechtliche Beschränkungen für bestimmte Arten von Handelsgewerbebetrieben auf Grund der Gewerbeordnung und für Militärpersonen, Beamte und Geistliche nach Reichs- und Landesgesetzen. Sie sind privatrechtlich bedeutungslos (H.G.B. § 7, altes H.G.B. Art. 11 u. 276).

Privatrechtliche Beschränkungen der Handelsfreiheit können vertragsmäßig hergestellt werden, begründen aber keinerlei Unfähigkeit, sondern immer nur Obligationen auf Unterlassung und Schadensersatz.

Nach gesetzlicher Regel sind Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge, Handelsgesellschafter und Vorsteher von Aktiengesellschaften kraft ihres Vertragsverhältnisses während dessen Dauer verpflichtet, sich in bestimmtem Umfange des eignen Handelsbetriebes zu enthalten (vgl. unten § 29 Z. 4, § 38 Z. 1 c, § 50 Z. 3). Diese Beschränkungen können wegbedungen werden.

Durch besonderen Vertrag (Konkurrenzklausel) kann jemand sich einem anderen verpflichten, sich in bestimmtem Umfange des Wettbewerbes zu enthalten. Ein solcher Vertrag ist an sich gültig und kann Auswüchse des freien Wettbewerbes wohltätig beschneiden oder ein illoyales Verhalten (z. B. des ausgeschiedenen Gesellschafters, des Geschäftsvorgängers, des ehemaligen Angestellten) verhindern. Er ist aber nichtig, wenn er gegen die guten Sitten verstößt, weil er die wirtschaftliche Freiheit vernichtet oder übermäßig einschränkt oder wucherische Ausbeutung enthält. Die Praxis verlangt namentlich eine gehörige sachliche, zeitliche oder örtliche Beschränkung des Konkurrenzverbots.

Engere Grenzen zieht das H.G.B., §§ 74, 75, in unabänderlicher Weise der Wirksamkeit von Konkurrenzklauseln in Verträgen mit Handlungsgehilfen und Handlungslehrlingen, weil es hier eines Schutzes gegen Mißbrauch der sozialen Übermacht des Prinzipals bedarf. Das Versprechen ist hier schon wegen bloßer Unbilligkeit insoweit unverbindlich, als die Beschränkungen nach Zeit, Ort und Gegenstand die Grenzen überschreiten, durch die eine unbillige Erschwerung des Fortkommens ausgeschlossen wird. Der Richter kann die Beschränkung auf das rechte Maß zurückführen. Immer gilt die Beschränkung höchstens für drei Jahre nach Beendigung des Dienstverhältnisses. Das von einem Minderjährigen abgegebene Versprechen ist überhaupt nichtig. Der Prinzipal kann Rechte aus dem Vertrage nicht herleiten, wenn er dem Gehilfen gerechten Grund zur Auflösung des Dienstverhältnisses gibt oder seinerseits ohne erheblichen Anlaß oder aus einem selbstverschuldeten Anlaß kündigt. Doch kann er im letzteren Falle die Klausel dadurch in Kraft halten, daß er den Gehalt fortzahlt. Ist eine Vertragsstrafe bedungen, so kann der Gehilfe sich stets durch deren Erlegung von der Vertragserfüllung und jeder weiteren Ersatzleistung befreien (abweichend von B.G.B. §§ 340, 341). Das richterliche Ermäßigungsrecht bei zu hoher Vertragsstrafe (B.G.B. § 343) bleibt unberührt.

Vertragsmäßige Beschränkungen hinsichtlich des Betriebes und Absatzes werden ferner durch die als Kartelle bezeichneten Vereinbarungen von Gewerbtreibenden gleicher Gattung begründet. Verträge und Vereinssatzungen dieser Art sind gültig, soweit sie einen erlaubten Zweck (Hinderung der Überproduktion und der Warenverschleuderung infolge schrankenloser Konkurrenz und des dadurch drohenden Niederganges des Gewerbes) mit erlaubten Mitteln (den sinngemäßen Einschränkungen der wirtschaftlichen Freiheit) verfolgen. Sie sind dagegen nichtig, wenn sie einem unsittlichen Zwecke (z. B. der Erzielung eines übermäßigen Gewinnes durch einen sog. „Ring") dienen oder unsittliche Mittel (z. B. ungehörigen Zwang, Verrufserklärungen, völlige Unterdrückung der Freiheit des einzelnen) anwenden. Eine gesetzliche Normierung der Kartelle, wie sie in Amerika ohne sonderlichen Erfolg versucht ist, fehlt bei uns.

§ 20. Das kaufmännische Geschäft. Unter dem „Geschäft" oder „Handelsgeschäft" eines Kaufmannes („fonds de commerce") versteht man den Inbegriff der seinem Handelsgewerbe angehörigen Verhältnisse. Die äußere Einrichtung, in der das Geschäft sichtbar wird, heißt auch „Handelsniederlassung" (Etablissement, Handlungshaus, „maison de commerce").

Die Begründung eines Geschäfts erfolgt durch einen tatsächlichen Akt, der als „Eröffnung" bezeichnet wird, weil er in der Regel mit der Öffnung eines Geschäftslokals (Kontors, Ladens, Werkstätte) verbunden ist. Doch kann ein Lokal auch fehlen (z. B. beim Hausiergeschäft). Üblich sind außerdem Kundmachungen an das Publikum (Inserate, Zirkulare, Anschläge u. s. w.). Die Geschäftseröffnung kann mit dem Erwerbe der Kaufmannseigenschaft zusammenfallen; man kann sich durch sie als Kaufmann „etablieren". Doch kann auch jemand, der schon Kaufmann ist, ein neues Geschäft gründen und jemand durch Erwerb eines bestehenden Geschäfts oder Eintritt in ein solches Kaufmann werden.

Beendigt wird das Geschäft durch Auflösung (Liquidation) und Schließung des Geschäftslokals. Die Schließung des Geschäfts kann mit der Beendigung der Kaufmannseigenschaft zusammenfallen. Der Inhaber kann aber auch auf Grund eines anderen Geschäftes Kaufmann bleiben. Und ein Kaufmann kann sich, indem er das Geschäft veräußert, vom Geschäft zurückziehen, während das Geschäft fortbesteht.

Zu den Bestandteilen des Geschäftes gehören Aktiva und Passiva. Aktivbestandteile sind körperliche und unkörperliche Gegenstände. Einmal die im Eigentum des Kaufmanns stehenden, dem Handelsgewerbe dienenden Sachen, Grundstücke wie bewegliche Sachen (Inventar, Waren, Wertpapiere und Geld). Sodann die für den Handelsbetrieb begründeten Rechte, Forderungsrechte (ausstehende Geld- und Warenforderungen, aber auch Forderungen aus Miets- und Pacht-, Dienst- und Werkverträgen, aus Konkurrenzausschlußverträgen u. s. w.), dingliche Rechte und Persönlichkeitsrechte (z. B. Firmen-, Zeichen-, Urheber- und Patentrechte, selbst Ehrenrechte, wie z. B. Ausstellungsmedaillen). Endlich Persönlichkeitsgüter ohne Rechtsform, vermögenswerte Beziehungen, die der Inhaber oder ein Vorgänger für das Geschäft erarbeitet hat, wie Ruf und Kredit, Kundschaft, Bezugsquellen, Geschäftsverbindungen jeder Art, Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse. Passivbestandteile sind die Geschäftsschulden, d. h. „alle im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten" (§ 25). Sie sind ordnungsmäßig aus den Geschäftsaktiven zu decken. Zu ihnen gehören nicht bloß Verbindlichkeiten aus Rechtsgeschäft oder aus Gesetz, sondern unter Umständen auch Verbindlichkeiten aus unerlaubter Handlung (z. B. aus Verletzung fremder Marken-, Patent- oder Urheberrechte).

Dem rechtlichen Wesen nach ist das Geschäft eine objektive Einheit. Es ist nicht, wie manche annehmen, ein besonderes Rechtssubjekt. Wenn der Kaufmann rechnungsmäßig das Geschäft wie ein ihm gegenüberstehendes Vermögenssubjekt behandelt, so bezweckt er damit nur eine objektive Sonderung der Vermögensmassen. Und wenn das Geschäft Dritten gegenüber als Kreditträger erscheint, so ist doch zuletzt die dahinterstehende Persönlichkeit des Kaufmanns maßgebend. Das Geschäft ist kein selbständiger Willensträger, sondern ein gegenständlicher Bereich, dessen Subjekt allein der Kaufmann ist. Allerdings entspricht dem Geschäft auf der subjektiven Seite regelmäßig ein oft sehr umfassender Personenverband, für den der Kaufmann nur das Haupt („Prinzipal") bildet. Allein dieser Verband, der auch wohl als „Geschäft" bezeichnet wird, ist streng herrschaftlich organisiert, so daß für das Recht nur der Prinzipal das Subjekt ist und die dem Geschäft eingegliederten Angestellten und Gehilfen an der Rechtssubjektivität des Geschäftes keinen Teil haben. Anderseits ist das Geschäft nicht, wie viele meinen, ein bloßer Sammelname für eine Summe von Einzelverhältnissen. Vielmehr ist es ein als einheitliches Ganzes konstituierter Inbegriff. Es ist ein in sich geschlossenes und vom übrigen Vermögen des Kaufmannes unterschiedenes Sondervermögen.

Die Sonderung des Geschäftsvermögens vom sonstigen Vermögen des Geschäftsinhabers ist rechtlich nur unvollkommen durchgeführt, so daß die rechtliche Bedeutung der Geschäftseinheit weit hinter ihrer wirtschaftlichen Bedeutung zurückbleibt. Allein in einer Reihe von Beziehungen ist eben auch rechtlich das Geschäft als objektive Einheit anerkannt. Beim Vollkaufmann wird die Sonderung durch die kaufmännische Firma, die der Geschäftsinhaber in dieser Eigenschaft als besonderen Namen führt, und durch die Handelsbücher, die den jeweiligen Bestand des Geschäfts angeben müssen, äußerlich gesichert. Das Geschäft begründet durch seine Anknüpfung an einen örtlichen Mittelpunkt

einen besonderen „Sitz der Handelsniederlassung", der, wenn er vom Wohnsitz des Geschäftsinhabers verschieden ist, für den Gerichtsstand (Z.P.O. § 22, bei Ausländern nach Konk.O. § 208 auch im Konkurse), für die Eintragungen in das Handelsregister (H.G.B. § 29) und in das Güterrechtsregister (oben § 17) und für den Erfüllungsort bei Verträgen (B.G.B. § 269 Abs. 2) Bedeutung hat. Der Bestand von Rechtsverhältnissen kann an den Bestand des Geschäftes geknüpft sein. Das Geschäft im ganzen kann übertragen werden (unten § 21). Dagegen ist den Gläubigern gegenüber eine Sonderung des Geschäftsvermögens vom Privatvermögen des Kaufmanns, wie sie zeitweilig das Handelsgewohnheitsrecht anstrebte, nicht durchgedrungen. Die Privatgläubiger haben in das Geschäftsvermögen und die Geschäftsgläubiger in das Privatvermögen beliebigen Zugriff; die Aufrechnung zwischen Geschäfts- und Privatobligationen ist unbeschränkt; eine Sonderung im Konkurse findet nicht statt.

Eine starke Steigerung erfährt die rechtliche Geschlossenheit des Geschäfts beim Handelsgesellschaftsgeschäft. Davon ist später zu reden.

Ein Kaufmann kann das Subjekt mehrerer Geschäftsbetriebe sein. Handelt es sich dabei nur um verschiedene Betriebsstellen (z. B. Fabrik und Magazin, Werkstätte und Laden, Zahlungsstellen, Eisenbahnstationen, Reichsbanknebenstellen), so liegt nur ein Geschäft mit besonderen Bestandteilen vor. Handelt es sich umgekehrt um mehrere getrennte Geschäfte (z. B. ein Hotel und ein Bankiergeschäft), so sind sie voneinander in gleichem Maße (nicht, wie vielfach nach älterem Recht, in stärkerem Maße) gesondert, wie vom Privatvermögen des Inhabers. Dazwischen aber ist ein Verhältnis möglich, bei dem sich Einheit des Geschäfts und Mehrheit von Geschäften kombinieren.

Dies ist das Verhältnis von Hauptgeschäft und Zweiggeschäft (Zweigniederlassung, Tochtergeschäft, Filiale, Kommandite). Sie bilden zusammen ein von einheitlichem Mittelpunkt aus geleitetes Ganzes. Das Zweiggeschäft aber ist zugleich ein Ganzes für sich, das losgelöst vom Hauptgeschäft bestehen könnte. Erforderlich hierfür ist, daß die Zweigniederlassung ein relativ selbständiges Handelsgewerbe mit besonderem Geschäftsbetriebe bildet. Das H.G.B. fordert aber überdies zum rechtlichen Begriff der Zweigniederlassung, daß sie sich an einem anderen Orte oder in einer anderen Gemeinde als die Hauptniederlassung befindet. Subdirektionen oder Generalagenturen von Versicherungsgesellschaften können Zweigniederlassungen sein. Nach positiver Vorschrift sind es die Reichsbankhauptstellen und Reichsbankstellen. Die Zweigniederlassung ist Zubehör des Hauptgeschäfts. Daher erstreckt sich im Zweifel eine Verfügung über das Hauptgeschäft auf die Zweigniederlassung. Auch darf ihre Eintragung erst nach Eintragung der Hauptniederlassung und jede Eintragung bei ihr erst nach der entsprechenden Eintragung bei der Hauptniederlassung erfolgen. Zugleich aber ist die Zweigniederlassung ein besonderes Geschäft. Darum ist sie besonders einzutragen. Sie hat ihren eignen Sitz. Für sie kann und muß unter Umständen eine besondere Firma geführt werden. Auch ist die Erteilung einer besonderen Prokura für sie möglich.

Literatur: v. Völderndorff in Endemanns Handb. I 181 ff. Behrend I 202 ff. Cosack § 14. — Agricola, Die Zweigniederlassung, in Siebenhaars Arch. XII 279 ff. Brendel, Die rechtliche Natur der Zweigniederlassung, in Gruchots Beitr. XXXIII 213 ff. W. Schulze, Die Zweigniederlassung, im Sächs. Arch. f. d. R. VII 265 ff., 359 ff. O. Denzler, Die Stellung der Filiale im internen und internationalen Privatrechte, Zürich 1902.

§ 21. Wechsel des Geschäftsinhabers. Das Geschäft kann unter Lebenden und von Todes wegen auf ein anderes Subjekt als „Geschäftsnachfolger" übertragen werden. Hierbei vor allem macht sich die objektive Einheit des Geschäftes geltend.

1. Veräußerung. Geschäfte werden veräußert. Sie werden verkauft, vertauscht oder verschenkt, bei der Erbesauseinandersetzung von einem Miterben oder bei der Auflösung einer Gesellschaft von einem Gesellschafter übernommen. Auch kann an einem Geschäft ein Nießbrauch bestellt und es kann ein Geschäft verpachtet werden, wobei gleichfalls ein Wechsel des Prinzipals eintreten kann und insoweit ähnliche Grundsätze wie bei der Veräußerung gelten.

a) Im Verhältnis zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber

entscheidet der in Zweifelfällen durch Auslegung zu ermittelnde Vertragsinhalt. Steht fest, daß Veräußerung des Geschäftes im ganzen gewollt ist, so erstreckt sie sich im Zweifel auf alle Geschäftsbestandteile. Nur die Firma muß ausdrücklich einbegriffen werden. Dagegen ist, obschon darüber viel Streit herrscht, anzunehmen, daß die Forderungen mitübertragen und die Schulden mitübernommen werden sollen. Möglich ist aber auch eine Veräußerung des Geschäftes im ganzen mit Vorbehalt einzelner Bestandteile, daher auch unter Ausschließung aller oder gewisser Forderungen oder Schulden. Darum kann die Übernahme der Geschäftsschulden auch dann ausgeschlossen werden, wenn die Firma, die nur mit dem Geschäft im ganzen übertragen werden kann, vom Geschäftsnachfolger fortgeführt werden soll (R.Ger. XXV Nr. 1). Umgekehrt kann der Geschäftsinhaber einzelne Bestandteile mit Ausnahme der Firma, z. B. sogar das Geschäftslokal mit der Kundschaft, veräußern und doch das Geschäft im ganzen behalten.

b) *Im Verhältnis zu Dritten* tritt der Geschäftsnachfolger erst an Stelle des Veräußerers, wenn die Übertragung vollzogen ist. Hierzu bedarf es in Ansehung der einzelnen Geschäftsbestandteile der nach bürgerlichem Recht erforderlichen Rechtshandlungen. Hinsichtlich der Forderungen und Schulden aber gelten handelsrechtliche Besonderheiten.

α) Die Übertragung der *Aktivbestandteile* hat der Veräußerer je nach ihrer Beschaffenheit in verschiedener Weise zu vollziehen. Grundstücke muß er durch Auflassung und Eintragung, bewegliche Sachen durch Übergabe, oder was gleichsteht, übereignen. Rechte muß er formgerecht abtreten. Bei Forderungen und anderen Rechten, zu deren Übertragung der Abtretungsvertrag genügt, ist eine Generalabtretung ausreichend. Doch gelten zu Gunsten des Schuldners, bis er Kenntnis von der Abtretung erlangt hat, die Schutzvorschriften des bürgerlichen Rechts (B.G.B. §§ 406—408). Die mitveräußerten Persönlichkeitsgüter ohne Rechtsform muß der Veräußerer durch geeignete Handlungen überleiten, also z. B. dem Nachfolger über Kundschaft und Bezugsquellen Auskunft erteilen, ihn den Geschäftsfreunden und den Kunden empfehlen und sich selbst einer den Übergang vereitelnden Konkurrenz enthalten, ihn in Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse einweihen u. s. w.

Eine handelsrechtliche Besonderheit aber gilt in Ansehung der *Geschäftsforderungen*, sobald der Erwerber des Geschäfts mit Einwilligung des früheren Inhabers oder seiner Erben die alte Firma fortführt (§ 25 Abs. 1 S. 2). Dann tritt der Forderungsübergang den Schuldnern gegenüber auch ohne Abtretung von Rechts wegen ein. Die Firmenübertragung wirkt also zu Gunsten des Schuldners wie eine Anzeige nach B.G.B. § 409, ersetzt aber auch zu Ungunsten des Schuldners die Anzeige. Eine abweichende Vereinbarung, durch die der Übergang aller oder gewisser Forderungen ausgeschlossen ist, wirkt einem Dritten gegenüber nur, wenn sie in das Handelsregister eingetragen oder vom Veräußerer oder Erwerber dem Dritten mitgeteilt worden ist (§ 25 Abs. 2).

β) Der Übergang der *Geschäftsschulden* vollzieht sich durch Schuldübernahme, wenn sie der Gläubiger genehmigt oder durch Vertrag mit dem Geschäftsnachfolger selbst ausbedingt. Eine Schuldmitübernahme, kraft deren der Erwerber dem Gläubiger neben dem Veräußerer haftet, tritt ohne Mitwirkung des Gläubigers ein, wenn dies gewollt ist.

Nach altem Handelsgewohnheitsrecht aber, das im neuen H.G.B. zugleich fixiert und begrenzt ist, haftet der Geschäftsnachfolger unabhängig von der wirklich erfolgten Mitübernahme für alle Geschäftsschulden, wenn er entweder die *bisherige Firma* (mit oder ohne Zusatz) fortführt oder die Übernahme der Geschäftsschulden in *handelsüblicher Weise bekanntgemacht* hat. Im ersteren Falle tritt er, mag er zur Fortführung der Firma berechtigt sein oder nicht, ohne weitere Kundmachung von Rechts wegen in die Haftung ein (§ 25 Abs. 1 S. 1). Jede abweichende Vereinbarung wird dem Gläubiger gegenüber nur durch Registereintrag oder besondere Mitteilung wirksam (§ 25 Abs. 2). Im Falle handelsüblicher Kundmachung der Übernahme des Geschäfts mit den Passiven haftet der Erwerber ohne weiteres allen ihm bekannten oder unbekannten Geschäftsgläubigern ohne Rücksicht auf wirklichen Empfang der Mitteilung (§ 25 Abs. 3).

Neben ihm haftet in beiden Fällen der *frühere Geschäftsinhaber* den Gläubigern, bis sie ihn entlassen. Doch verjähren die Ansprüche gegen ihn spätestens in fünf Jahren. Die Verjährung beginnt, wenn der Erwerber aus Firmenfortführung haftet, mit dem Ablauf des Tages der Eintragung des Geschäftsüberganges in das Handelsregister, wenn der Erwerber aus Kundmachung haftet, mit dem Ablauf des Tages der Kundmachung, in beiden Fällen aber bei späterer Fälligkeit der Forderung erst mit dem Tage der Fälligkeit (§ 26).

2. *Umwandlung eines Einzelgeschäfts in ein Gesellschaftsgeschäft.* Tritt jemand als persönlich haftender Gesellschafter oder als Kommanditist in das Geschäft eines Einzelkaufmanns ein, so liegt darin eine Veräußerung des Geschäfts im ganzen an die neue offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft. Es gilt aber die Besonderheit, daß stets und ohne Rücksicht auf Fortführung der Firma der Übergang der Forderungen und Schulden auf die Gesellschaft von Rechts wegen eintritt und stets jede abweichende Vereinbarung nur durch Registereintrag oder besondere Mitteilung Dritten gegenüber wirksam wird (§ 28).

3. *Vererbung.* Das Geschäft geht mit der Firma auf die Erben über. Es tritt die erbrechtliche Gesamtnachfolge ein. Hinsichtlich der Schuldenhaftung aber gelten, falls die Erben das Geschäft fortführen, dieselben handelsrechtlichen Grundsätze wie bei der Veräußerung des Geschäfts unter Lebenden. Insoweit die Erben hiernach für Geschäftsschulden haften, können sie sich auf die beschränkte Erbenhaftung nicht berufen. Doch können sie die unbeschränkte Haftung aus Fortführung der Firma binnen drei Monaten nach Erlangung der Kenntnis vom Erbschaftsanfalle durch Einstellung des Geschäftsbetriebes wieder abstreifen (§ 27).

Literatur: Behrend, Zeitschr. f. Gesetzg. u. Rechtspflege IV 429 ff. Regelsberger, Z. f. H.R. XIV 1 ff. Simon, ebenda XXIV 91 ff. Mommsen, Busch' Arch. XXXII 201 ff. Ladenburg, Busch' Arch. XXXIV 25 ff., XL 49 ff., Z. f. H.R. XXX 90 ff. Adler, Arch. f. bürg. R. III 1 ff. Bolte, Der Paragraph 27 des neuen H.G.B., Z. f. H.R. LI 413 ff.

§ 22. Handelsregister. Der Handel strebt, soweit er nicht für die „Interna" Geheimhaltung vorzieht, nach möglichster Publizität. Anschläge am Geschäftslokal oder an öffentlichen Stellen, Anzeigen in öffentlichen Blättern, Zirkulare, Schaustellungen, Ausrufungen u. s. w. dienen als Mittel der Kundmachung. Zum regelmäßigen und rechtlich entscheidenden Mittel aber, um handelsrechtliche Tatbestände offenkundig zu machen, ist durch die neuere Gesetzgebung das aus den alten Gilderollen hervorgegangene und allmählich verstaatlichte Handelsregister erhoben. Doch ist es nur für Vollkaufleute bestimmt.

Die *Führung* des Handelsregisters liegt den Gerichten ob (§ 8) und bildet eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Freiw. G.G. §§ 125—144). Das Handelsregister ist unbeschränkt öffentlich (§ 9). Die Eintragungen werden vollständig oder auszugsweise im deutschen Reichsanzeiger und mindestens einem anderen öffentlichen Blatte bekanntgemacht (§§ 10—11). Registergerichte sind die Amtsgerichte (im Auslande die Konsuln); die Organe des Handelsstandes sind zu ihrer Unterstützung verpflichtet (Freiw. G.G. §§ 125—126). Zuständig ist das Gericht der Handelsniederlassung, in Ansehung jeder Zweigniederlassung das Gericht der Zweigniederlassung, das aber die Eintragung nicht vornehmen darf, bevor nachgewiesen ist, daß die Eintragung beim Gericht der Hauptniederlassung geschehen ist (§ 13).

Die *Gegenstände* der Eintragung sind gesetzlich bestimmt. Es sind die Firmen der Einzelkaufleute und gewisse auf ihre Rechtsverhältnisse bezügliche Tatsachen; die Handelsgesellschaften und alle für sie wesentlichen Tatbestände; die Prokuren; die Eröffnung und Beendigung des Konkurses (§ 32). Andere Tatsachen, die früher nach Landesrecht eingetragen wurden, sind nicht mehr eintragungsfähig. So Verhältnisse des ehelichen Güterrechts, über die jetzt nur noch das Güterrechtsregister Auskunft gibt.

Die *Eintragung* erfolgt nur ausnahmsweise von Amts wegen, so bei der Löschung einer Firma, wenn eine Anmeldung nicht zu erwirken ist (seit dem R.G. v. 30. März 1888, jetzt nach H.G.B. § 31 Abs. 2 u. Freiw. G.G. § 141), beim Konkurse (§ 32)

und bei der Löschung einer unzulässigen oder nichtigen Eintragung (Freiw. G.G. §§ 142—143). Der Regel nach bedarf es einer Anmeldung seitens des Beteiligten. Die Anmeldung ist persönlich vor Gericht zu bewirken oder in öffentlich beglaubigter Form einzureichen; dieselbe Formvorschrift gilt für die zur Aufbewahrung bei Gericht bestimmten Zeichnungen und Unterschriften und für eine Vollmacht zur Anmeldung (§ 12, dazu Freiw. G.G. §§ 128—129). Sind mehrere Beteiligte vorhanden, so ist die Anmeldung aller erforderlich; es kann aber, wenn einer angemeldet hat, die Anmeldung der übrigen durch ein Urteil des Prozeßgerichts ersetzt werden (§ 16).

Regelmäßig besteht eine Anmeldungspflicht, deren Erfüllung verwaltungsrechtlich erzwingbar ist. Das Gericht hat von Amts wegen darüber zu wachen, daß die vorgeschriebenen Anmeldungen gehörig erfolgen, und erforderlichenfalls durch Androhung und Vollstreckung von Ordnungsstrafen (die einzelne nicht über 300 Mark) die Anmeldung herbeizuführen (§ 14). Das Verfahren richtet sich nach Freiw. G.G. §§ 132—139.

Die rechtliche Wirkung, die sich an die Unterlassung oder Bewirkung der Eintragung knüpft, besteht regelmäßig in einer gesetzlichen Vermutung wider oder für die Offenkundigkeit. Diese Vermutung, die das alte H.G.B. nur für die wichtigsten Einzelfälle aufstellte, gilt jetzt allgemein, soweit nichts anderes bestimmt ist. Danach kann eine einzutragende Tatsache, solange sie nicht eingetragen und bekanntgemacht ist, einem Dritten nur entgegengesetzt werden, wenn ihm nachgewiesen wird, daß er sie kannte. Ist dagegen die Tatsache eingetragen und bekanntgemacht, so muß jeder Dritte sie gegen sich gelten lassen, wenn er nicht nachweist, daß er sie weder kannte noch kennen mußte. Man setze z. B. den Fall, daß ein wegen Untreue entlassener Prokurist noch ein Darlehen für den Kaufmann aufnimmt und mit dem Gelde verschwindet. War zur Zeit der Darlehnsaufnahme die Entziehung der Prokura noch nicht publiziert, so muß der Kaufmann das Darlehn zurückzahlen, wenn er nicht dem Darlehnsgeber nachweisen kann, daß dieser bereits um die Entlassung wußte. Grob verschuldete Unkenntnis steht hier der Kenntnis keineswegs gleich. War dagegen die Publikation bereits ordnungsmäßig vollzogen, so kann der Darlehnsgeber das Geld vom Kaufmann nur fordern, wenn er nachweist, daß er trotzdem noch nichts von der Entlassung wußte und daß seine Unkenntnis vollkommen unverschuldet war. Es genügt also nicht, daß er die Zeitung noch nicht gelesen hatte, sondern nur etwa, daß er sie noch nicht gelesen haben konnte, weil sie an seinem Wohnort noch nicht angekommen war. Im geschäftlichen Verkehr mit einer Zweigniederlassung entscheidet die Kundmachung durch das Registergericht der Zweigniederlassung.

Eine schwächere Wirkung kommt einzelnen Eintragungen, wie z. B. denen, die sich auf den Konkurs beziehen, zu.

Eine stärkere Wirkung begegnet bei vielen Rechtsverhältnissen. Oft hängt der Bestand eines Rechtsverhältnisses von der Eintragung ab. So in den schon besprochenen Fällen, in denen die Eintragung Kaufmannseigenschaft begründet, und vielfach im Handelsgesellschaftsrecht. Nicht selten ferner bestimmt die Eintragung den Beginn einer Verjährung. Dazu tritt die schon erwähnte formale Rechtskraft, vermöge deren der eingetragene Nichtkaufmann im Verkehr als Kaufmann und der eingetragene Minderkaufmann als Vollkaufmann gilt.

Literatur: Lastig, Florentiner Handelsregister des Mittelalters, 1883. Keyßner, Z. f. H.R. XXV 449 ff. O. Rudorff, Die Vorschriften über die Führung des Handelsregisters, 1882. Späing, Handelsregister und Firmenrecht, 1882. Th. Cohn, Handels- und Genossenschaftsregister, 1892; 3. Aufl. 1901. Schultze-Görlitz, Führung des Handels- und Musterregisters, 1893. H. Lührs, Die Folgen der falschen Eintragungen in das Handelsregister, 1898.

§ 23. Firma. Der Vollkaufmann ist berechtigt und verpflichtet, eine Firma anzunehmen und zu führen.

1. Begriff und Geschichte. Die Firma ist der Name, unter dem ein Kaufmann im Handel seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgibt (§ 17 Abs. 1). Das Wort „Firma" kommt von „firmare", das Bekräftigen einer Urkunde durch die Hand („Handfeste") und dann durch Unterschrift bedeutet. Der Gebrauch eines besonderen

kaufmännischen Namens kam im Mittelalter bei den Handelsgesellschaften auf. Noch im Preuß. L.R. und im Code de comm. ist nur die Gesellschaftsfirma berücksichtigt. Mehr und mehr wurde auch ein besonderer Handelsname des Einzelkaufmanns üblich und errang gleichen Wert und Schutz. Die Firma ist Name des Kaufmanns (Personenname), nicht des Geschäfts. Geschäftsnamen (wie Gasthof zum goldnen Kreuz, Adlerapotheke, Goldene Hundertundzehn) sind keine Firmen. Die Firma ist aber ein vom bürgerlichen Namen verschiedener Name des Kaufmanns als Geschäftsinhaber. Darum kann ein Kaufmann für mehrere Geschäfte oder für Haupt- und Zweigniederlassung auch verschiedene Firmen führen.

2. Beschaffenheit. Die Firma muß ein Name für eine Person sein, kann aber als Einzelfirma auf eine Einzelperson, als Kollektivfirma auf eine Personeneinheit oder als Vereins- oder Anstaltsfirma auf eine juristische Person hinweisen. Wesentlich ist jeder Firma eine feste, schablonenhafte Form.

Die ursprüngliche Firma soll wahr sein. Der Kaufmann kann sie innerhalb des gesetzlichen Rahmens frei wählen, muß sie aber dem wirklichen Verhältnis entsprechend gestalten. Der Einzelkaufmann hat eine Einzelfirma zu führen, die seinen Familiennamen mit mindestens einem ausgeschriebenen Vornamen enthalten muß und Zusätze zur näheren Bezeichnung der Person (z. B. junior) oder des Geschäfts (z. B. Schuhbazar) enthalten kann, dagegen keinen ein Gesellschaftsverhältnis andeutenden Zusatz (z. B. u. Ko., Gebrüder) und keinen sonst zur Herbeiführung einer Täuschung geeigneten Zusatz enthalten darf (§ 18). Einzelkaufmann ist auch, wer nur einen stillen Gesellschafter hat. Die Handelsgesellschaft mit Personeneinheit hat eine Kollektivfirma zu führen, in der die Namen eines oder aller persönlich haftenden Gesellschafter mit oder ohne Vornamen und keine anderen Personennamen enthalten sind, auf das Vorhandensein nicht genannter Gesellschafter aber ein Zusatz hinweist (§ 19). Die Handelsgesellschaft mit Persönlichkeit hat eine Vereinsfirma zu führen, die in der Regel vom Gegenstande des Unternehmens herzunehmen ist und einen die Vereinsart bezeichnenden Zusatz enthält („A.-G.", „K. G. a. A.", § 20; ähnlich für Gesellschaften mit beschränkter Haftung Ges. § 4, für eingetragene Genossenschaften Ges. § 3).

Das Prinzip der Firmenwahrheit gilt aber (anders als in der Schweiz) nur für die ursprüngliche Firma. Die Firma kann, sofern nur das Geschäft dasselbe geblieben ist, fortgeführt werden, obschon sie durch Namensänderung (z. B. Verheiratung der Handelsfrau, Ablegung des jüdischen Namens) oder durch den Wechsel des Geschäftsinhabers unwahr geworden ist (§ 21). Auch ist die Weiterführung älterer Firmen, die den jetzigen Vorschriften nicht entsprechen, zulässig (E.G. Art. 22). Nur muß bei einem Gewerbebetriebe mit offenem Laden oder Gast- und Schankwirtschaft neben der Firma, falls sie unwahr oder unvollständig ist, der wahre Name des Geschäftsinhabers gehörig an der Außenseite oder dem Eingange des Geschäftslokals ersichtlich gemacht werden (Gew.O. § 15a).

3. Übertragung. Die Firma ist für sich nicht übertragbar (§ 23). Sie geht aber mit dem Geschäft auf die Erben über und kann mit dem Geschäft im Wege ausdrücklicher Einwilligung des Inhabers oder seiner Erben in die Fortführung veräußert oder zur Benutzung (durch den Nießbraucher, Pächter u. s. w.) überlassen werden (§ 22). Auch ist die Fortführung der bisherigen Firma zulässig, wenn jemand in das Geschäft als Gesellschafter aufgenommen wird oder wenn der Personalbestand einer Handelsgesellschaft sich verändert, jedoch für den Fall, daß der Name eines ausscheidenden Gesellschafters in der Firma enthalten ist, nur mit ausdrücklicher Einwilligung dieses Gesellschafters oder seiner Erben (§ 24). Der Geschäftsnachfolger kann der Firma einen das Nachfolgeverhältnis ausdrückenden Zusatz hinzufügen (z. B. Erben, Söhne, Nachfolger, Inhaber N. N). Er kann aber auch die Firma in vollem Widerspruch mit der wahren Sachlage unverändert fortführen. Nur der Zusatz „Aktiengesellschaft" oder „Kommanditgesellschaft auf Aktien" ist im Falle des Überganges einer Firma auf einen derartigen Verein unerläßlich (§ 22 Abs. 1 S. 2). Man wird annehmen dürfen, daß umgekehrt

dieser Zusatz gestrichen werden muß, wenn ein anders beschaffenes Subjekt die damit versehene Firma erwirbt.

4. Eintragung. Jeder Kaufmann ist verpflichtet, seine Firma und den Ort seiner Handelsniederlassung zur Eintragung anzumelden und die Firma zur Aufbewahrung zu zeichnen (§ 29). Gleiches gilt für den Fall der Veränderung der Firma oder ihres Inhabers, der Verlegung der Niederlassung und des Erlöschens der Firma (§ 31). Die Firma einer juristischen Person haben sämtliche Vorstandsmitglieder unter Beifügung der Satzung, der Urkunden über die Bestellung des Vorstandes und ihrer Zeichnungen anzumelden; gewisse wesentliche Satzungsbestimmungen und Änderungen derselben sind einzutragen (§§ 33—35). Gegen das Reich und die deutschen Einzelstaaten und Kommunalverbände findet, wie schon erwähnt ist, ein Eintragungszwang nicht statt; melden sie ein geeignetes Unternehmen an, so werden nur die Firma, der Sitz und der Gegenstand des Unternehmens eingetragen (§ 36).

5. Rechtsverhältnisse. Das Recht an der Firma ist ein eigentümlich gestaltetes Namenrecht. Als solches ist es ein Persönlichkeitsrecht, das daher ohne Einwilligung seines Subjekts nicht gepfändet oder vom Konkursverwalter veräußert werden kann. Es ist jedoch ein dem Geschäft als Bestandteil eingefügtes und mit diesem übertragbares Persönlichkeitsrecht, das darum einen Vermögenswert hat. Das Recht an der Firma entsteht unabhängig von der Eintragung durch Annahme, wird aber durch Eintragung verstärkt.

Das Firmenrecht gewährt die Befugnis zum Gebrauche der Firma. Der Kaufmann bedient sich der Firma mündlich oder schriftlich (durch „Zeichnen der Firma" oder „Firmieren"), um erkennbar zu machen, daß ein Verhältnis oder Vorgang einerseits seine Person betrifft, anderseits dem Bereich seines Handelsgewerbes angehört. Er kann daher unter der Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen. Auch kann er, was für den Einzelkaufmann früher streitig war, unter der Firma klagen und verklagt werden (§ 17 Abs. 2).

Durch Eintragung verstärkt sich das Recht an der Firma zu einem ausschließlichen Recht. Doch gilt die Ausschließlichkeit nur für den Ort oder die Gemeinde der Niederlassung oder einen durch die Landesregierung aus Nachbarorten gebildeten Firmenbezirk. Jede neueingetragene Firma muß sich daher von den bestehenden eingetragenen Firmen des Bezirks deutlich unterscheiden. Auch wer den eignen Namen als Firma annimmt, muß für die erforderliche Differentiierung sorgen. Ebenso verhält es sich bei einer Zweigniederlassung, wenn an deren Ort schon eine mit der Firma der Hauptniederlassung gleichlautende Firma eingetragen ist.

Der Schutz des Firmenrechts richtet sich nach Namenrecht. Im allgemeinen genießt der Berechtigte privatrechtlichen Schutz gegen jedermann, der sein Recht bestreitet oder durch rechtswidrigen Eingriff verletzt. Insbesondere ist ihm, wenn er durch unbefugten Gebrauch einer Firma in seinem Recht verletzt wird, stets ein Anspruch auf Unterlassung des unbefugten Firmengebrauchs und bei Verschulden des anderen auch auf Schadenersatz gewährt (§ 37 Abs. 2). Dies gilt nicht nur, wenn ein anderer sich die Firma anmaßt, sondern auch, wenn ein anderer durch Gebrauch einer irgendwie unzulässigen Firma in das Firmenrecht eingreift. Gegen unbefugten Gebrauch der Firma als Warenzeichen ist der Firmenberechtigte nach Zeichenrecht, gegen Mißbrauch einer an sich statthaften Firma (z. B. der gleichen Firma an einem anderen Ort) zu unlauterem Wettbewerb nach den Vorschriften über unlauteren Wettbewerb geschützt.

Der unbefugte Gebrauch einer Firma hat verwaltungsrechtliche und privatrechtliche Folgen. Das Registergericht hat durch Ordnungsstrafen die Unterlassung des Gebrauchs zu bewirken (§ 37 Abs. 1). Außerdem aber kann jedermann, der dadurch in seinen Rechten verletzt wird, also nicht bloß ein anderer Firmenberechtigter, sondern auch wer in seinem bürgerlichen Namenrecht oder einem Patentrecht oder irgend einem andern Recht gekränkt ist, auf Unterlassung des Gebrauchs und bei Verschulden auf Schadenersatz klagen (§ 37 Abs. 2).

6. Der Name, unter dem ein Minderkaufmann sein Gewerbe treibt, ist keine

Firma. Für ihn gilt lediglich das bürgerliche Namenrecht. Doch muß der Minderkaufmann, der einen offenen Laden hat oder Gast- und Schankwirtschaft treibt, seinen wahren Namen in gleicher Weise wie der Vollkaufmann offenkundig machen (Gew.O. § 15 a).

Literatur: v. Völderndorff b. Endemann I 192 ff. B. Ehrenberg, Z. f. H.R. XXVIII 25 ff. Th. Schmauser, Das Recht an der Handelsfirma, 1892. Cosack § 16. Olshausen, Das Verhältniß des Namenrechts zum Firmenrecht, 1900. Opet, Z. f. H.R. XLIX 1 ff.

§ 24. Warenzeichen.

1. Geschichte. Das Warenzeichen stammt unmittelbar aus der germanischen Marke. Kaufleute und andere Gewerbtreibende benutzten im Mittelalter die figürliche Marke, die sie neben dem Namen führten, in dreifacher Weise: als Personalzeichen bei der Unterzeichnung von Urkunden und Geschäftsbriefen, als Vermögenszeichen behufs Kundmachung der rechtlichen Zugehörigkeit einer gezeichneten Sache und endlich als Ursprungszeichen, um die Herkunft der gezeichneten Ware aus einem bestimmten Geschäft (Werkstätte oder Lager) kenntlich zu machen. Als Personalzeichen wurde die Marke durch den geschriebenen Namen, die Firma, aus dem Handelsrecht verdrängt. Als Vermögenszeichen spielte sie bei der symbolischen Tradition durch Zeichnung noch lange eine Rolle, trat aber im ganzen mehr und mehr zurück. Als Ursprungszeichen dagegen erhielt sie sich nicht nur in lebendigem Gebrauch, sondern gewann stetig an Verbreitung und Bedeutung.

Das Markenrecht war im Mittelalter allgemein als ein ausschließliches und voll geschütztes Privatrecht anerkannt. Später geriet es ins Wanken. Seine Wiederbefestigung und Weiterbildung erfolgte in neuerer Zeit durch besondere Markenschutzgesetze, die in allen Kulturstaaten ergingen. Dabei wurde überall nach dem teilweise schon im Mittelalter verwirklichten Vorbilde der Schutz oder doch der volle Schutz von der Eintragung in ein öffentliches Register abhängig gemacht. Mehr und mehr wurde zugleich der Schutz über die eigentlichen Marken hinaus auf andere Warenbezeichnungen ausgedehnt.

In Deutschland blieb der Schutz lange unvollkommen und partikulär (z. B. preuß. V. v. 18. Aug. 1847, österr. G. v. 7. Dez. 1858, württ. G. v. 12. Febr. 1862, bayr. V. v. 21. Dez. 1862). Sodann erging das R.G. über den Markenschutz v. 30. Nov. 1874, das ein nur Vollkaufleuten zugängliches Markenrecht schuf. Endlich aber stellte das R.G. zum Schutz der Warenbezeichnungen v. 12. Mai 1894 ein allgemeines gewerbliches Zeichenrecht her.

Das heutige deutsche Warenzeichenrecht ist ein besonderes Persönlichkeitsrecht, das jeder Gewerbtreibende erwerben kann. Es gehört daher nicht mehr bloß dem Handelsrecht, sondern dem Gewerberecht überhaupt an. Doch rechtfertigt sich seine Darstellung im Handelsrecht aus historischen und praktischen Gründen.

2. Erwerb. Das Recht, ein bestimmtes Warenzeichen zu gebrauchen, entsteht an sich durch dessen Annahme. Die Annahme ist eine Art von Okkupation eines bisher freien Zeichens. Um aber ein ausschließliches Recht an dem angenommenen Zeichen zu erwerben, ist dessen Anmeldung und Eintragung erforderlich. Nach dem Ges. v. 1874 erfolgte die Eintragung bei den Gerichten in die eine Abteilung des Handelsregisters bildenden Zeichenregister. Das Ges. v. 1894 hat dafür eine vom Reichspatentamt geführte, für ganz Deutschland einheitliche öffentliche Zeichenrolle geschaffen.

Berechtigt zur Anmeldung einer Marke war nach dem Ges. v. 1874 nur ein in das Handelsregister eingetragener Kaufmann. Dagegen kann nach dem Ges. von 1894 jeder Gewerbtreibende, auch der Minderkaufmann, der Handwerker, der Landwirt u. s. w., ein Warenzeichen, dessen er sich zur Unterscheidung seiner Waren von denen anderer bedienen will, zur Zeichenrolle anmelden. Doch muß die Anmeldung für einen bestimmten Geschäftsbetrieb und eine bestimmte Warengattung erfolgen. Für verschiedene Betriebe oder Warengattungen können verschiedene Zeichen angemeldet werden. Zur gehörigen Anmeldung gehört die Entrichtung von Gebühren (30 Mk. für jedes Zeichen).

Geeignet zur Anmeldung ist vor allem ein figürliches oder bildliches Zeichen, das Zahlen, Buchstaben oder Wörter enthalten, nicht aber ausschließlich aus solchen be-

stehen darf. Seit dem Gesetz von 1894 kann jedoch auch eine Wortmarke, insbesondere ein Phantasiename (z. B. Linoleum, Apollinariswasser), nur nicht eine bloß die Beschaffenheit, Herstellung oder Bestimmung der Ware ausdrückende Wortwendung, als Warenzeichen angemeldet werden. Unzulässig sind Zeichen, die ein Staatswappen oder inländisches Gemeindewappen, eine ärgerniserregende Darstellung oder ersichtlich unwahre täuschende Angaben enthalten. Ferner kann niemand sich ein im Gemeingebrauch befindliches Freizeichen (z. B. im Kohlenhandel die gekreuzten Bergmannsschlegel) aneignen. Endlich darf an dem Zeichen nicht schon ein anderer in Deutschland ein ausschließliches Recht für gleiche oder gleichartige Waren erworben haben. Der tatsächliche Besitzstand schützt nicht gegen fremde Aneignung des Zeichens durch frühere Anmeldung. Doch wurde durch Übergangsbestimmungen bei der Einführung und bei der Erweiterung des Zeichenschutzes ein Vorrang auf Grund des älteren Besitzstandes gewahrt.

Nach dem Ges. v. 1874 unterlag die Anmeldung nur einer formalen Prüfung durch das Gericht; die Eintragung *deklarierte* nur das durch Anmeldung erworbene Recht (R.Ger. III Nr. 22). Nach geltendem Recht dagegen wird die Zulässigkeit der Anmeldung durch das Reichspatentamt geprüft (wobei gegen Ablehnung regelmäßig nur die Beschwerde an die Beschwerdeabteilung des Patentamts, ausnahmsweise im Falle des § 6 Abs. 2 der Rechtsweg offen steht); die Eintragung wirkt *konstitutiv*, indem sie den Schutz gegen Gebrauch durch andere begründet (§ 12). Der Schutz tritt bis zur Löschung ein, wenn auch das eingetragene Recht nicht entstanden ist oder nicht mehr besteht; er fällt aber mit der Löschung rückwärts insoweit weg, als zur Zeit des angeblichrn Eingriffs das Recht mit Unrecht eingetragen war.

3. *Übertragung*. Während das frühere Markenrecht Zubehör der Firma war, ist das jetzige Zeichenrecht mit dem Geschäftsbetriebe, für den es angemeldet wurde, verknüpft. Es ist mit dem Geschäftsbetriebe und nur mit ihm vererblich und veräußerlich. Das Recht aus der Eintragung kann jedoch der Rechtsnachfolger erst geltendmachen, nachdem der Übergang in der Zeichenrolle vermerkt ist.

4. *Verlust*. Beendigungsgründe sind Verzicht, Wegfall des Geschäftsbetriebes und Ablauf von zehn Jahren seit der letzten Anmeldung. Die zur Erhaltung des Rechts erforderliche erneute Anmeldung kostet jedesmal eine Erneuerungsgebühr (10 Mk.) und kann gegen doppelte Gebühr binnen einem Monat nachgeholt werden.

Um die Wirkung der Eintragung zu beseitigen, ist *Löschung* notwendig. Mit ungehöriger Löschung endigt, obschon nicht das Recht, doch dessen Schutz. Die Löschung ist in gleicher Weise erforderlich, wenn das Recht beendigt ist und wenn es niemals bestanden hat. Die Löschung erfolgt jederzeit auf Antrag des Inhabers. Sie erfolgt von Amts wegen, wenn sich Unzulässigkeit der Eintragung herausstellt oder das Recht durch Zeitablauf beendigt ist. Sie erfolgt endlich auf Antrag eines Dritten, der im Wege der Klage seinen Anspruch auf Löschung durchgesetzt hat. Klageberechtigt ist, wenn das Zeichen mit einem früher angemeldeten Zeichen übereinstimmt, der in seinem Zeichenrecht Verletzte, wenn aber der Geschäftsbetrieb erloschen oder das Zeichen unwahr und täuschend ist, jedermann. Außerdem kann nach allgemeinen Grundsätzen der durch den Gebrauch des Zeichens in einem anderen Privatrecht (z. B. Namenrecht) Verletzte auf Löschung klagen (R.Ger. XLVIII Nr. 49, LIV Nr. 12).

Die *Wiedereintragung* eines gelöschten Zeichens für einen anderen als den bisherigen Inhaber ist erst nach zwei Jahren zulässig.

5. *Rechtsinhalt*. Den Inhalt des eingetragenen Zeichenrechts bildet die ausschließliche Befugnis, Waren der bestimmten Art oder deren Verpackung oder Umhüllung mit dem Zeichen zu versehen, so bezeichnete Waren in Verkehr zu setzen und auf Geschäftspapieren das Zeichen anzubringen.

Eine *Verletzung* des Zeichenrechts liegt in jeder unbefugten Vornahme einer derartigen Handlung. Sie wird durch unauffällige Abweichungen nicht ausgeschlossen. Dagegen wird sie niemals durch Gebrauch des eignen Namens oder der eignen Firma und durch richtige sachliche Angaben über die eignen Waren begangen. Der Verletzte hat stets einen Anspruch auf Unterlassung, bei wissentlicher oder grob fahrlässiger Ver-

letzung auch auf Schadensersatz und auf Beseitigung der widerrechtlich angebrachten Zeichen. Wegen wissentlicher Verletzung kann Strafverfolgung beantragt und neben Strafe an Stelle der Entschädigung Buße (bis zu 10 000 Mk.) zuerkannt werden.

6. Personennamen als Warenzeichen. Die Verwendung des Namens oder der Firma zur Warenbezeichnung ist ein ausschließliches Recht des Namen- oder Firmenberechtigten und zeichenrechtlich in gleicher Weise wie der Gebrauch eines eingetragenen Zeichens geschützt (R.G. v. 1894 § 14; G. v. 1874 §§ 13—14).

7. Sonstige Warenbezeichnungen. Unter den uneingetragenen Kennzeichnungen von Waren genießen die im Verkehr anerkannten charakteristischen Ausstattungsformen, deren sich ein bestimmter Gewerbtreibender bedient, einen zugleich privatrechtlichen und strafrechtlichen Schutz, der aber nur gegenüber arglistiger Anmaßung in Täuschungsabsicht Platz greift (G. v. 1894 § 15). In ähnlichem Umfange sind andere Bezeichnungen (auch Geschäftsnamen, Wirtshausschilder, Druckschriftentitel u. s. w.) durch die Vorschriften wider unlauteren Wettbewerb geschützt.

8. Ausländische Gewerbebetriebe genießen in Deutschland für ihre Warenbezeichnungen auf Grund verbürgter Gegenseitigkeit Schutz. Das ausländische Warenzeichen erlangt den Schutz erst durch Eintragung in die deutsche Zeichenrolle, wozu nach der gesetzlichen Regel Eintritt des Schutzes im Heimatsstaate, Bestellung eines inländischen Vertreters und Eintragungsfähigkeit des Zeichens nach deutschem Recht erforderlich sind. Durch Staatsverträge ist vielfach die Erlangung des Schutzes erleichtert.

Literatur: Homeyer, Die Haus- und Hofmarke, 1870. Lastig, Markenrecht und Zeichenregister, 1889. Gierke, Deutsch. P.R. I § 84. — Endemann, Komm. zum Ges. v. 1874. Kohler, Recht des Markenschutzes, 1884/86. — Komm. zum Ges. v. 12. Mai 1894 v. Seligsohn. Cosack § 17. Hauß, Markenschutz, Handwörterbuch der Staatswiss. V 682 ff.

Ausländ. Ges.: Französ. v. 23. Juni 1857 u. 7. Mai 1890. Engl. v. 25. Aug. 1883 u. 23. Aug. 1887. Ital. v. 30. Aug. 1868. Schweiz. v. 19. Dez. 1879, neues v. 26. Sept. 1890. Neues österr. v. 6. Jan. 1890. — Verträge des Deutschen Reichs mit Österreich-Ungarn v. 6. Dez. 1891, Italien v. 18. Jan. 1892, der Schweiz v. 13. Aug. 1892, Serbien v. 21. Aug. 1892. — Pariser Konvention v. 20. März 1883 mit Brüsseler Zusatzakte v. 14. Dez. 1901; Bekanntmachung über den Beitritt des Deutschen Reichs v. 9. April 1903 (R.G.Bl. S. 147 ff.).

§ 25. Schutz gegen unlauteren Wettbewerb. Der Kaufmann gleich jedem Gewerbtreibenden hat ein Recht auf Achtung seines Persönlichkeitsrechts an der von ihm oder einem Vorgänger erarbeiteten Besonderheit seines Geschäftsbetriebes. Er kann zwar die Schädigung oder Vernichtung seines mühsam erworbenen Tätigkeitsbereiches durch den freien Wettbewerb anderer nicht hindern. Wohl aber hat er einen Anspruch auf Schutz gegen unlauteren Wettbewerb, d. h. gegen fremde Handlungen, die unter Mißbrauch der Gewerbefreiheit die seinem Betriebe zugehörigen Persönlichkeitsgüter verletzen. Soweit solche Persönlichkeitsgüter zu besonderen Persönlichkeitsrechten ausgestaltet sind, wie Firma, Warenzeichen, gewerbliche Urheberrechte und Patentrechte, besteht ein besonderer Rechtsschutz. Darüber hinaus aber folgt aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht auch in Ansehung der nicht in Rechtsform gekleideten Persönlichkeitsgüter ein Anspruch auf Untersagung verletzender Eingriffe und bei Verschulden auf Schadensersatz. In Frankreich und anderen Ländern hat die Rechtsprechung auf Grund allgemeiner Gesichtspunkte einen ausgiebigen zivilrechtlichen Schutz gegen concurrence déloyale ausgebildet. Die deutsche Rechtsprechung vermochte hierzu sich nicht zu erheben. So mußte die Gesetzgebung einschreiten. Es erging das R.G. zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes v. 27. Mai 1896. Dieses Gesetz verbietet bestimmte Arten des unlauteren Wettbewerbes. Abgesehen von den rein gewerbepolizeilichen und nur durch Strafdrohung gesicherten Maßregeln gegen Quantitätsverschleierung (§ 5) werden die verbotenen Handlungen als Privatrechtsverletzungen behandelt, die für die betroffenen Gewerbtreibenden stets eine Klage auf Unterlassung und im Falle des Verschuldens auch eine Klage auf Schadensersatz begründen. Die Klagen, die im Sinne des Prozeßrechts zu den Handelssachen gehören (§ 15), verjähren in sechs Monaten seit der Kenntniserlangung und spätestens in drei Jahren (§ 11). Daneben tritt in schweren Fällen auf Antrag Strafverfolgung ein; neben Strafe kann an Stelle der Entschädigung Buße (bis zu 10 000 Mk.) auf-

erlegt werden. In einzelnen Fällen kann das Gericht Veröffentlichung des Urteils auf Kosten des Schuldigen anordnen (§ 13).

Im einzelnen ist zunächst der unlautere Wettbewerb durch unwahre öffentliche Anpreisung, die den Schein eines günstigeren Angebots erweckt, verboten (§§ 1—4). Die unzulässige Reklame kann durch Wort oder Bild erfolgen. Sie liegt insbesondere in unwahren Angaben über die Beschaffenheit der eignen Waren (z. B. „nur echt"), ihre Herstellungsart („nur Handstickerei") oder die Preisbemessung, über die Art des Bezuges („importiert") oder der Bezugsquellen, über den Besitz von Auszeichnungen (z. B. Medaillen, Titel als Hoflieferant), sowie über Anlaß oder Zweck des Verkaufs (z. B. Vorspiegelung eines Ausverkaufs, gegen die freilich ein wirksamer Schutz durch die reichsgerichtliche Zulassung von Nachschüben beim Ausverkauf vereitelt ist). Verletzt sind die Gewerbtreibenden gleicher oder verwandter Gattung. Klageberechtigt sind nicht nur die einzelnen Gewerbtreibenden, sondern auch Verbände von solchen.

Sodann richtet sich das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb durch Anschwärzung des Konkurrenten, die Herabsetzung seiner Person oder seiner Waren mittelst nicht erweislich wahrer Behauptungen tatsächlicher Art, die geeignet sind, den Betrieb seines Geschäfts oder seinen Kredit zu schädigen (§§ 6, 7). Daneben gilt B.G.B. § 824.

Weiter ist der unlautere Wettbewerb durch Anmaßung von Namen, Firmen, Geschäftsbezeichnungen oder Druckschriftentiteln des Konkurrenten im geschäftlichen Verkehr untersagt (§ 8). Hierdurch werden die Vorschriften über Firmen- und Zeichenschutz ergänzt.

Endlich gewährt das Gesetz Schutz gegen den Verrat von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen (§§ 9, 10). Den Geheimnisverrat durch Angestellte während des Dienstverhältnisses trifft es nicht bloß, wenn er in der Absicht des Wettbewerbes erfolgt, sondern auch, wenn er auf Schadenszufügung abzielt. Hier handelt es sich um strafbare Untreue. Als ein Fall des unlauteren Wettbewerbes aber erscheint der Geheimnismißbrauch durch Dritte. Er liegt vor, wenn jemand das ihm von einem Angestellten mitgeteilte oder auf rechtswidrige oder unsittliche Weise erspähte fremde Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis zum Wettbewerbe verwertet.

Soweit eine Handlung des unlauteren Wettbewerbes nicht durch besondere Gesetzesvorschrift für rechtswidrig erklärt ist, kann sie im Falle vorsätzlicher Begehung nach B.G.B. § 826 zum Schadensersatz verpflichten.

Literatur: O. Mayer, Die concurrence déloyale, Z. f. H.R. XXVI 363 ff. H. Allart, Traité théorique et pratique de la concurrence déloyale, 1888. Alexander-Katz, Die unredliche Konkurrenz, 1892. Gierke, Der Rechtsgrund des Schutzes gegen u. W., Zeitschr. für gewerblichen Rechtsschutz IV 109 ff. Brandis, Rechtsschutz der Zeitungs- und Büchertitel, 1898. Kommentare zum R.G. v. 27. Mai 1896 von Bachem u. Roeren, von L. Fuld, von Hauss, von A. Meyer, von E. Müller, von Osterrieth, von Stephan. Cosack § 18. E. Rosenthal, Unlauterer Wettbewerb, Handwörterb. der Staatswiss. VII 770 ff.

§ 26. Handelsbücher. Der Vollkaufmann ist schon seit dem Mittelalter zu ordnungsmäßiger Buchführung verpflichtet.

Das H.G.B. stellt einige gesetzliche Regeln für die Buchführung auf, während das Nähere durch den Handelsgebrauch bestimmt wird. Die Bücher müssen jedes einzelne im Betriebe geschlossene Geschäft und die jeweilige Vermögenslage des Kaufmanns ersichtlich machen (§ 38 Abs. 1). Die empfangenen Handelsbriefe und Kopien der abgesandten Handelsbriefe sind geordnet aufzubewahren (§ 38 Abs. 2). Ein gehöriges Inventar (Vermögensverzeichnis mit Wertangabe) und eine Bilanz (Vergleichung von Soll und Haben mit Rechnungsabschluß) sind zu errichten und für jedes abgelaufene Geschäftsjahr (das Inventar bei umfangreichen Warenlagern und in ähnlichen Fällen nur alle zwei Jahre) rechtzeitig zu wiederholen (§§ 39—41). Befreiungen von der Verpflichtung zu kaufmännischen Abschlüssen treten bei staatlichen oder kommunalen Betrieben ein (§ 42), während für Aktiengesellschaften u. s. w. besondere, strengere Vorschriften gelten. Die Buchführung soll in lebender Sprache und Schrift stattfinden; die Bücher sollen gebunden und paginiert, ungehörige leere Zwischenräume, Durchstreichungen, Radierungen und ähnliche Veränderungen sollen vermieden werden (§ 43). Die Handelsbücher, die Korrespondenz, die Inventare und die Bilanzen sind zehn Jahre lang aufzubewahren (§ 44). Die

letzung auch auf Schadensersatz und auf Beseitigung der widerrechtlich angebrachten Zeichen. Wegen wissentlicher Verletzung kann Strafverfolgung beantragt und neben Strafe an Stelle der Entschädigung Buße (bis zu 10 000 Mk.) zuerkannt werden.

6. Personennamen als Warenzeichen. Die Verwendung des Namens oder der Firma zur Warenbezeichnung ist ein ausschließliches Recht des Namen- oder Firmenberechtigten und zeichenrechtlich in gleicher Weise wie der Gebrauch eines eingetragenen Zeichens geschützt (R.G. v. 1894 § 14; G. v. 1874 §§ 13—14).

7. Sonstige Warenbezeichnungen. Unter den uneingetragenen Kennzeichnungen von Waren genießen die im Verkehr anerkannten charakteristischen Ausstattungsformen, deren sich ein bestimmter Gewerbtreibender bedient, einen zugleich privatrechtlichen und strafrechtlichen Schutz, der aber nur gegenüber arglistiger Anmaßung in Täuschungsabsicht Platz greift (G. v. 1894 § 15). In ähnlichem Umfange sind andere Bezeichnungen (auch Geschäftsnamen, Wirtshausschilder, Druckschriftentitel u. s. w.) durch die Vorschriften wider unlauteren Wettbewerb geschützt.

8. Ausländische Gewerbebetriebe genießen in Deutschland für ihre Warenbezeichnungen auf Grund verbürgter Gegenseitigkeit Schutz. Das ausländische Warenzeichen erlangt den Schutz erst durch Eintragung in die deutsche Zeichenrolle, wozu nach der gesetzlichen Regel Eintritt des Schutzes im Heimatsstaate, Bestellung eines inländischen Vertreters und Eintragungsfähigkeit des Zeichens nach deutschem Recht erforderlich sind. Durch Staatsverträge ist vielfach die Erlangung des Schutzes erleichtert.

Literatur: Homeyer, Die Haus- und Hofmarke, 1870. Lastig, Markenrecht und Zeichenregister, 1889. Gierke, Deutsch. P.R. I § 84. — Endemann, Komm. zum Ges. v. 1874. Kohler, Recht des Markenschutzes, 1884/86. — Komm. zum Ges. v. 12. Mai 1894 v. Seligsohn. Cosack § 17. Hauß, Markenschutz, Handwörterbuch der Staatswiss. V 682 ff.

Ausländ. Ges.: Französ. v. 23. Juni 1857 u. 7. Mai 1890. Engl. v. 25. Aug. 1883 u. 23. Aug. 1887. Ital. v. 30. Aug. 1868. Schweiz. v. 19. Dez. 1879, neues v. 26. Sept. 1890. Neues österr. v. 6. Jan. 1890. — Verträge des Deutschen Reichs mit Österreich-Ungarn v. 6. Dez. 1891, Italien v. 18. Jan. 1892, der Schweiz v. 13. Aug. 1892, Serbien v. 21. Aug. 1892. — Pariser Konvention v. 20. März 1883 mit Brüsseler Zusatzakte v. 14. Dez. 1901; Bekanntmachung über den Beitritt des Deutschen Reichs v. 9. April 1903 (R.G.Bl. S. 147 ff.).

§ 25. Schutz gegen unlauteren Wettbewerb. Der Kaufmann gleich jedem Gewerbtreibenden hat ein Recht auf Achtung seines Persönlichkeitsrechts an der von ihm oder einem Vorgänger erarbeiteten Besonderheit seines Geschäftsbetriebes. Er kann zwar die Schädigung oder Vernichtung seines mühsam erworbenen Tätigkeitsbereiches durch den freien Wettbewerb anderer nicht hindern. Wohl aber hat er einen Anspruch auf Schutz gegen unlauteren Wettbewerb, d. h. gegen fremde Handlungen, die unter Mißbrauch der Gewerbefreiheit die seinem Betriebe zugehörigen Persönlichkeitsgüter verletzen. Soweit solche Persönlichkeitsgüter zu besonderen Persönlichkeitsrechten ausgestaltet sind, wie Firma, Warenzeichen, gewerbliche Urheberrechte und Patentrechte, besteht ein besonderer Rechtsschutz. Darüber hinaus aber folgt aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht auch in Ansehung der nicht in Rechtsform gekleideten Persönlichkeitsgüter ein Anspruch auf Untersagung verletzender Eingriffe und bei Verschulden auf Schadensersatz. In Frankreich und anderen Ländern hat die Rechtsprechung auf Grund allgemeiner Gesichtspunkte einen ausgiebigen zivilrechtlichen Schutz gegen concurrence déloyale ausgebildet. Die deutsche Rechtsprechung vermochte hierzu sich nicht zu erheben. So mußte die Gesetzgebung einschreiten. Es erging das R.G. zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes v. 27. Mai 1896. Dieses Gesetz verbietet bestimmte Arten des unlauteren Wettbewerbes. Abgesehen von den rein gewerbepolizeilichen und nur durch Strafdrohung gesicherten Maßregeln gegen Quantitätsverschleierung (§ 5) werden die verbotenen Handlungen als Privatrechtsverletzungen behandelt, die für die betroffenen Gewerbtreibenden stets eine Klage auf Unterlassung und im Falle des Verschuldens auch eine Klage auf Schadensersatz begründen. Die Klagen, die im Sinne des Prozeßrechts zu den Handelssachen gehören (§ 15), verjähren in sechs Monaten seit der Kenntniserlangung und spätestens in drei Jahren (§ 11). Daneben tritt in schweren Fällen auf Antrag Strafverfolgung ein; neben Strafe kann an Stelle der Entschädigung Buße (bis zu 10 000 Mk.) auf-

erlegt werden. In einzelnen Fällen kann das Gericht Veröffentlichung des Urteils auf Kosten des Schuldigen anordnen (§ 13).

Im einzelnen ist zunächst der unlautere Wettbewerb durch unwahre öffentliche Anpreisung, die den Schein eines günstigeren Angebots erweckt, verboten (§§ 1—4). Die unzulässige Reklame kann durch Wort oder Bild erfolgen. Sie liegt insbesondere in unwahren Angaben über die Beschaffenheit der eignen Waren (z. B. „nur echt"), ihre Herstellungsart („nur Handstickerei") oder die Preisbemessung, über die Art des Bezuges („importiert") oder der Bezugsquellen, über den Besitz von Auszeichnungen (z. B. Medaillen, Titel als Hoflieferant), sowie über Anlaß oder Zweck des Verkaufs (z. B. Vorspiegelung eines Ausverkaufs, gegen die freilich ein wirksamer Schutz durch die reichsgerichtliche Zulassung von Nachschüben beim Ausverkauf vereitelt ist). Verletzt sind die Gewerbtreibenden gleicher oder verwandter Gattung. Klageberechtigt sind nicht nur die einzelnen Gewerbtreibenden, sondern auch Verbände von solchen.

Sodann richtet sich das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb durch Anschwärzung des Konkurrenten, die Herabsetzung seiner Person oder seiner Waren mittelst nicht erweislich wahrer Behauptungen tatsächlicher Art, die geeignet sind, den Betrieb seines Geschäfts oder seinen Kredit zu schädigen (§§ 6, 7). Daneben gilt B.G.B. § 824.

Weiter ist der unlautere Wettbewerb durch Anmaßung von Namen, Firmen, Geschäftsbezeichnungen oder Druckschriftentiteln des Konkurrenten im geschäftlichen Verkehr untersagt (§ 8). Hierdurch werden die Vorschriften über Firmen- und Zeichenschutz ergänzt.

Endlich gewährt das Gesetz Schutz gegen den Verrat von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen (§§ 9, 10). Den Geheimnisverrat durch Angestellte während des Dienstverhältnisses trifft es nicht bloß, wenn er in der Absicht des Wettbewerbes erfolgt, sondern auch, wenn er auf Schadenszufügung abzielt. Hier handelt es sich um strafbare Untreue. Als ein Fall des unlauteren Wettbewerbes aber erscheint der Geheimnismißbrauch durch Dritte. Er liegt vor, wenn jemand das ihm von einem Angestellten mitgeteilte oder auf rechtswidrige oder unsittliche Weise erspähte fremde Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis zum Wettbewerbe verwertet.

Soweit eine Handlung des unlauteren Wettbewerbes nicht durch besondere Gesetzesvorschrift für rechtswidrig erklärt ist, kann sie im Falle vorsätzlicher Begehung nach B.G.B. § 826 zum Schadensersatz verpflichten.

Literatur: O. Mayer, Die concurrence déloyale, Z. f. H.R. XXVI 363 ff. H. Allart, Traité théorique et pratique de la concurrence déloyale, 1888. Alexander-Katz, Die unredliche Konkurrenz, 1892. Gierke, Der Rechtsgrund des Schutzes gegen u. W., Zeitschr. für gewerblichen Rechtsschutz IV 109 ff. Brandis, Rechtsschutz der Zeitungs- und Büchertitel, 1898. Kommentare zum R.G. v. 27. Mai 1896 von Bachem u. Roeren, von L. Fuld, von Hauss, von A. Meyer, von E. Müller, von Osterrieth, von Stephan. Cosack § 18. E. Rosenthal, Unlauterer Wettbewerb, Handwörterb. der Staatswiss. VII 770 ff.

§ 26. Handelsbücher. Der Vollkaufmann ist schon seit dem Mittelalter zu ordnungsmäßiger Buchführung verpflichtet.

Das H.G.B. stellt einige gesetzliche Regeln für die Buchführung auf, während das Nähere durch den Handelsgebrauch bestimmt wird. Die Bücher müssen jedes einzelne im Betriebe geschlossene Geschäft und die jeweilige Vermögenslage des Kaufmanns ersichtlich machen (§ 38 Abs. 1). Die empfangenen Handelsbriefe und Kopien der abgesandten Handelsbriefe sind geordnet aufzubewahren (§ 38 Abs. 2). Ein gehöriges Inventar (Vermögensverzeichnis mit Wertangabe) und eine Bilanz (Vergleichung von Soll und Haben mit Rechnungsabschluß) sind zu errichten und für jedes abgelaufene Geschäftsjahr (das Inventar bei umfangreichen Warenlagern und in ähnlichen Fällen nur alle zwei Jahre) rechtzeitig zu wiederholen (§§ 39—41). Befreiungen von der Verpflichtung zu kaufmännischen Abschlüssen treten bei staatlichen oder kommunalen Betrieben ein (§ 42), während für Aktiengesellschaften u. s. w. besondere, strengere Vorschriften gelten. Die Buchführung soll in lebender Sprache und Schrift stattfinden; die Bücher sollen gebunden und paginiert, ungehörige leere Zwischenräume, Durchstreichungen, Radierungen und ähnliche Veränderungen sollen vermieden werden (§ 43). Die Handelsbücher, die Korrespondenz, die Inventare und die Bilanzen sind zehn Jahre lang aufzubewahren (§ 44). Die

Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften über Buchführung wird weder überwacht noch erzwungen. Ihre Verletzung kommt aber im Falle der Zahlungseinstellung strafrechtlich in Betracht (Konk.O. §§ 239, 240).

Die Handelsbücher genossen von je eine höhere Beweiskraft als andere Privaturkunden, indem sie nicht bloß gegen, sondern auch für den Kaufmann als Beweismittel verwendbar sind. Die frühere gesetzliche Fixierung ihrer Beweiskraft (regelmäßig unter Kaufleuten unvollständiger, durch Bucheid zu ergänzender Beweis, Nichtkaufleuten gegenüber halber Beweis) ist beseitigt. Nicht aber die erhöhte Beweiskraft als solche (R.Ger. VI Nr. 101).

Die Beweisführung erfolgt durch Vorlegung der Handelsbücher, die im Laufe eines Rechtsstreits vom Gericht auf Antrag oder von Amts wegen stets angeordnet werden kann; regelmäßig ist dem Gegner nur der den Streitpunkt betreffende Inhalt und dem Gericht außerdem das zur Prüfung der Ordnungsmäßigkeit Erforderliche aufzudecken; die Offenlegung des ganzen Inhalts kann das Gericht bei Vermögensauseinandersetzungen anordnen (§§ 45—47).

Literatur: Behrend I § 42. Goldschmidt, Syst. S. 101 ff. Simon, Bilanzen der Aktiengesellschaften. 1886. H. Rehm, Die Bilanzen der Aktiengesellschaften u. s. w., 1903. — Gehr-Lang, Wesen und System der doppelten Buchführung, 1903.

Drittes Kapitel.

Kaufmännische Hilfspersonen.

§ 27. Überhaupt. Der Kaufmann bedient sich für sein Geschäft vielfach der Hilfe anderer Personen. Daraus ergeben sich nach außen Vertretungsverhältnisse, nach innen Vertragsverhältnisse.

Den Besonderheiten der handelsrechtlichen Stellvertretung ist Abschnitt V des ersten Buches des H.G.B. mit der Überschrift „Prokura und Handelsvollmacht" gewidmet. Das alte H.G.B. handelt davon in Bd. I Tit. V unter der Überschrift „Von den Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten" ohne scharfe Sonderung von deren Vertragsverhältnissen, im übrigen in der Lehre von den Handelsgeschäften. Unberührt davon bleibt die eigenartige gesellschaftsrechtliche Vertretung.

Hinsichtlich des Vertragsverhältnisses sind zwei Klassen von Hilfspersonen zu scheiden.

Die im Geschäft angestellten unselbständigen Hilfspersonen bilden das Geschäftspersonal. Handelsrechtliche Besonderheiten gelten für das kaufmännische Hilfspersonal, die „Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge" (Buch I Abschn. VI, früher Tit. VI).

Als selbständige Hilfspersonen stehen dem Geschäft alle Personen gegenüber, die ihm ständig oder vorübergehend Dienste leisten, ohne ihm anzugehören. Sie sind, sofern ihre Tätigkeit ein Handelsgewerbe darstellt, selbständige Kaufleute. Unter ihnen behandelt das neue H.G.B. die Handlungsagenten (Abschn. VII) und die Handelsmäkler (Abschn. VIII) als besondere Berufsstände innerhalb des Handelsstandes. Von anderen derartigen Hilfspersonen (Kommissionären, Spediteuren, Frachtführern) ist nur bei der Normierung ihrer Grundgeschäfte die Rede.

§ 28. Handelsrechtliche Stellvertretung. Das Handelsrecht ließ frühzeitig im rechtsgeschäftlichen Verkehr die Stellvertretung kraft Vollmacht grundsätzlich zu. Gleichzeitig entwickelte es im Sinne des germanischen Rechts gegenüber dem römischen Recht das Prinzip der unmittelbaren Stellvertretung, demzufolge der Bevollmächtigte durch eine innerhalb seiner Vertretungsmacht ausdrücklich oder ersichtlich im Namen des Vertreters vorgenommene Rechtshandlung sich selbst überhaupt nicht, den Vertretenen dagegen unmittelbar berechtigt und verpflichtet. Das alte H.G.B. sprach dieses Prinzip als Satz des Handelsrechts aus (Art. 52 u. 298 Abs. 1). Seitdem es vom B.G.B. aufgenommen ist, entscheiden lediglich dessen Vorschriften (B.G.B. §§ 164—166). Ebenso

sind die sonderrechtlichen Vorschriften des alten H.G.B. über die Haftung des falschen Vertreters (Art. 55 u. 298 Abs. 2) durch die ähnlichen Vorschriften des B.G.B. § 179 ersetzt. Auch hinsichtlich der Zulässigkeit eines Geschäftsabschlusses des Vertreters mit oder in sich selbst gilt das bürgerliche Recht (B.G.B. § 181). Ebenso hinsichtlich der Haftung des Prinzipals für Verschulden der Vertreter oder Gehilfen (B.G.B. §§ 278 u. 831).

Handelsrechtliche Besonderheiten, denen gegenüber die sonstigen Bestimmungen des B.G.B. (bes. §§ 167—176) nur subsidiär zur Anwendung kommen, werden durch die Verknüpfung der Vollmacht mit dem Geschäft, die Verwertung der Firma zur Kenntlichmachung der Vertretung und die rechtliche Fixierung des Umfanges der Vertretungsmacht herbeigeführt. Hiernach sind verschiedene Arten der handelsrechtlichen Stellvertretung zu unterscheiden.

1. Prokura. Der Vollkaufmann kann durch Erteilung von Prokura eine unbeschränkte und unbeschränkbare Vollmacht zum Handelsbetriebe begründen. Die Erteilung muß ausdrücklich unter Gebrauch des entscheidenden Wortes („Prokura" oder „Prokurist") durch den Kaufmann in Person oder seinen gesetzlichen Vertreter (nach B.G.B. §§ 1643 u. 1822 Z. 11 mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts) erfolgen (§ 48 Abs. 1). Die Prokura ist (abweichend von B.G.B. § 168) jederzeit widerruflich; sie ist unübertragbar; sie erlischt nicht durch den Tod des Geschäftsinhabers (§ 52). Erteilung und Erlöschen sind zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden (§ 53). Von der Eintragung hängt die Offenkundigkeit im Sinne des § 15, nicht aber Bestand oder Nichtbestand der Prokura ab.

Die Prokura gewährt eine unbeschränkte Vertretungsmacht zu jeder gerichtlichen oder außergerichtlichen Rechtshandlung, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt (§ 49 Abs. 2). Nur zur Veräußerung oder Belastung von Grundstücken bedarf der Prokurist einer besonderen Vollmacht (§ 49 Abs. 3). Im übrigen kann er auch Rechtsgeschäfte schließen, Prozesse führen und sonstige Rechtshandlungen vornehmen, die völlig außerhalb des konkreten Handelsbetriebes seines Prinzipals liegen. Dagegen kann er Geschäfte, die der Betrieb eines Handelsgewerbes niemals mit sich bringt, nicht wirksam für den Prinzipal vornehmen. So z. B. Verfügungen von Todes wegen, reine Schenkungen, Verfügung über das Geschäft im ganzen oder die Firma.

Dieser gesetzliche Umfang der Prokura ist zugleich unbeschränkbar. Jede Beschränkung auf gewisse Geschäfte oder Geschäftsarten und jede sachliche, zeitliche oder örtliche Bindung der Ausübung ist nur im inneren Verhältnis wirksam, dagegen Dritten gegenüber unwirksam (§ 50 Abs. 1—2). Auch wenn der Dritte die Beschränkung kennt, ist sie für ihn nicht vorhanden. Nur kann hier wie überall niemand aus arglistiger Handlungsweise (z. B. im Falle der Kollusion mit einem unredlichen Prokuristen) Rechte für sich herleiten.

Ausnahmsweise ist, wenn derselbe Kaufmann mehrere getrennte Geschäfte oder eine Haupt- und Zweigniederlassung unter verschiedenen Firmen betreibt, die Beschränkung der Prokura auf eine dieser Niederlassungen zulässig (§ 52 Abs. 2).

Das wichtigste und gebräuchlichste Mittel aber, um die Gefährlichkeit der Prokura abzuschwächen, ist die Erteilung einer Gesamtprokura (§ 48 Abs. 2, einzutragen nach § 53 Abs. 1 S. 1). Die Gesamtprokura oder Kollektivprokura ist eine mehreren Personen zu gesamter Hand gewährte Vertretungsmacht. Hier sind die Mehreren nur in ihrer Verbundenheit zur Personeneinheit, sei es nun nur alle insgesamt, oder sei es nach der Art der Bestellung je zwei oder drei unter ihnen oder ein Hauptprokurist zusammen mit einem von den anderen, das bevollmächtigte Subjekt.

Die einzelne Vertretungshandlung des Prokuristen muß sich als solche kenntlich machen. Das Hauptmittel hierfür ist die Zeichnung der Firma. Nach einer Ordnungsvorschrift soll der Prokurist der Firma den eignen Namen mit einem die Prokura andeutenden Zusatz (p.p.) zufügen (§ 51). Wirksam ist auch die Zeichnung bloß mit der Firma oder bloß mit dem eignen Namen. Ob aber im ersteren Falle die Schriftform gewahrt (daher z. B. ein Wechsel gültig) ist, hängt, wenn man nicht ein Handels-

gewohnheitsrecht zu Gunsten der Firmenzeichnung durch fremde Hand annehmen will, von der Auslegung des B.G.B. § 166 ab. Das Reichsgericht hat sich mit kaum zureichenden Gründen, aber im Einklange mit der Verkehrsanschauung dahin entschieden, daß das Erfordernis eigenhändiger Unterschrift des Ausstellers auch erfüllt sei, wenn der Vertreter lediglich mit dem Namen des Vertretenen unterzeichnet hat.

2. Handlungsvollmacht. Eine ständige Ermächtigung zur Vertretung eines Kaufmanns in seinem Handelsgewerbe, die nicht Prokura ist, heißt Handlungsvollmacht. Sie kann auch von einem Minderkaufmann erteilt werden. Die Erteilung ist formfrei und kann stillschweigend erfolgen. Außer dem Kaufmann in Person kann auch ein Prokurist und innerhalb seines Machtbereiches auch ein Handlungsbevollmächtigter eine Handlungsvollmacht erteilen. Doch ist die Handlungsvollmacht nur mit Zustimmung des Prinzipals übertragbar (§ 58). Ihre Widerruflichkeit bestimmt sich nach B.G.B. § 168 (anders altes H.G.B. Art. 54). Eine Eintragung findet nicht statt.

Der Umfang der Handlungsvollmacht richtet sich in erster Linie nach der zu Grunde liegenden Ermächtigung. Er ist verschieden, je nachdem die Vollmacht zum Betriebe des Handelsgewerbes überhaupt erteilt ist (Generalhandlungsvollmacht) oder auf die Vornahme gewisser Arten von Geschäften oder einzelner zum Handelsgewerbe gehöriger Handelsgeschäfte geht (Spezialhandlungsvollmacht). Steht aber die Erteilung einer Handlungsvollmacht bestimmter Art fest, so ist ihr präsumtiver Umfang nach objektiven Merkmalen durch das Gesetz abgegrenzt. Denn nach der gesetzlichen Regel erstreckt sich die Handlungsvollmacht auf alle Geschäfte und Rechtshandlungen, die der Betrieb eines derartigen Handelsgewerbes oder die Vornahme derartiger Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt (§ 54 Abs. 1), ausgenommen die Veräußerung oder Belastung von Grundstücken, die Eingehung von Wechselverbindlichkeiten, die Aufnahme von Darlehen und die Prozeßführung (§ 54 Abs. 2). Hiernach entscheidet über den gesetzlichen Umfang der Generalhandlungsvollmacht die konkrete Beschaffenheit des Betriebes; der Generalhandlungsbevollmächtigte kann nicht gleich dem Prokuristen den Betrieb seines Prinzipals beliebig erweitern. Der gesetzliche Umfang der Spezialhandlungsvollmacht wird außerdem durch die Verkehrssitte bestimmt; insbesondere ist mit einer besonderen Art der Anstellung im Geschäft (z. B. als Kassierer, Werkführer, Kellner, Ausläufer, im Eisenbahndienst) stets zugleich ein typischer Vollmachtsumfang gegeben. Somit kann im Verkehr mit einem Handlungsbevollmächtigten der Dritte darauf vertrauen, daß die Vollmacht den nach den Umständen zu vermutenden regelrechten Umfang hat. Allein, unbedingt kann er sich nicht auf die Regel berufen. Denn er muß eine von ihr abweichende Einschränkung der Vollmacht gegen sich gelten lassen, wenn er sie kannte oder kennen mußte (§ 54 Abs. 3). Im Gegensatz zur Prokura ist also die Handlungsvollmacht beliebig beschränkbar, sofern nur für gehörige Kundmachung gesorgt wird.

Besondere Bestimmungen gelten für Handlungsreisende, die zur Vornahme von Geschäften außerhalb des Ortes der Niederlassung verwendet werden. Ihre Vollmacht, deren gesetzlicher Umfang an sich nach der allgemeinen Regel zu beurteilen ist, erstreckt sich nach ausdrücklicher Vorschrift namentlich auf die Einziehung des Kaufpreises aus den von ihnen abgeschlossenen Verkäufen, auf die Bewilligung von Zahlungsfristen dafür und auf die persönliche Empfangnahme von Mängelrügen, Zurdispositionsstellungen und ähnlichen Erklärungen (§ 55).

Speziell geregelt ist ferner die gesetzliche Vollmacht der Ladendiener. Wer in einem Laden oder offenen Warenlager angestellt ist, gilt als ermächtigt zu Verkäufen und Empfangnahmen, die in einem derartigen Laden oder Warenlager gewöhnlich geschehen (§ 56). Gerade dieser Vorschrift gegenüber ist die Möglichkeit der Einschränkung des präsumtiven Umfanges der Vollmacht durch gehörige Kundmachung (z. B. einen Anschlag „Feste Preise" oder „Zahlung an der Kasse") besonders wichtig.

Für die Zeichnung der Firma durch den Handlungsbevollmächtigten gilt eine ähnliche Ordnungsvorschrift wie bei der Prokura; der das Vollmachtsverhältnis ausdrückende Zusatz (üblich per, p. oder i. V.) darf nicht auf eine Prokura hindeuten (§ 57).

3. Schlichte Vollmacht zu Handelsgeschäften. Während das alte H.G.B. besondere Vorschriften für jede Vollmacht zu Handelsgeschäften enthielt (Art. 297—298), gelten jetzt für eine derartige Vollmacht, falls sie nicht Handlungsvollmacht ist, die Vorschriften des bürgerlichen Rechts. (Art. 296 des alten H.G.B. ist durch B.G.B. § 370 ersetzt.)

Literatur: Laband, Z. f. H.R. X 183 ff. Ladenburg, ebenda XI 72 ff. Goldschmidt, ebenda XVI 287 ff. Römer, ebenda XIX 67 ff. Baron, ebenda XXVII 119 ff. Ruhstrat, ebenda XXXVII 43 ff. Wendt b. Endemann I 287 ff. H. Tolle, Die Prokura, 1896. F. Schneider, Beitrag zur Lehre von der Prokura, 1895. Cosack § 21.

§ 29. Handlungsgehilfen.

1. Begriff. Handlungsgehilfe ist, wer in einem Handelsgewerbe zur Leistung kaufmännischer Dienste gegen Entgelt angestellt ist (§ 59). Wesentlich ist Anstellung im Handelsgewerbe; keine Handlungsgehilfen sind selbständige Hilfspersonen, die einem Handelsgewerbe ständig Dienste leisten. Wesentlich ist entgeltliche Anstellung; kein Handlungsgehilfe ist der Volontär oder das auf Grund eines familienrechtlichen Verhältnisses im Handelsgewerbe mithelfende Familienmitglied (Ehefrau, Kind). Wesentlich endlich ist die Anstellung zur Leistung kaufmännischer Dienste (z. B. Verkauf in Laden oder Comptoir, Kassenführung, Buchführung, Geschäftskorrespondenz, Geschäftsreisen); nicht zu den Handlungsgehilfen gehören sonstige Gewerbegehilfen, technische Beamte und Werkmeister, Handwerksgesellen, Fabrikarbeiter, Köche und Kellner, Zuschneider, Zeichner und Former, Zeitungsberichterstatter, Personen, die im Handelsgewerbe Gesindedienste leisten, u. s. w. Dies wurde schon unter der Herrschaft des alten H.G.B., obschon ausdrücklich nur das Gesinde ausgenommen war (Art. 65), in Theorie und Praxis überwiegend (gegen Thöl und Wendt) angenommen. Somit deckt sich, anders wie beim Kaufmannsbegriff, der Begriff des Handlungsgehilfen im Rechtssinne mit dem Begriff desselben im Sinne des Lebens.

2. Sonderrecht. Die Handlungsgehilfen sind zwar keine „Kaufleute", aber Angehörige des „Handelsstandes". Darum gilt für sie ein handelsrechtliches Sonderrecht, das den Bestimmungen der Gewerbeordnung vorgeht (Gew.O. § 154). Es setzt aber das bürgerliche Recht voraus und wird durch besonderes Gewerberecht (z. B. Gew.O. § 105 b, §§ 139 c bis 139 m, Reichsversicherungsgesetze) ergänzt. Dagegen gilt für nicht-kaufmännische Hilfspersonen des Kaufmanns je nach der Beschaffenheit ihres Arbeitsverhältnisses lediglich das bürgerliche Recht oder daneben nur besonderes Gewerberecht oder Gesinderecht u. s. w. (§ 83).

3. Begründung. Das Verhältnis entsteht durch einen Vertrag (Anstellungsvertrag, Engagementsvertrag). Derselbe ist Dienstvertrag und richtet sich, soweit nichts anderes bestimmt ist, nach B.G.B. §§ 611 ff. Die Abweichungen beruhen auf der Berücksichtigung des personenrechtlichen Elements, das die berufsmäßige Eingliederung in den Organismus eines Handlungshauses bedingt.

4. Verpflichtungen des Handlungsgehilfen. Der Handlungsgehilfe hat die versprochenen Dienste, deren Art und Umfang sich mangels besonderer Vereinbarung nach dem Ortsgebrauch und mangels eines Ortsgebrauchs nach dem den Umständen Angemessenen richten, zu leisten (§ 59). Er hat überdies sich des Konkurrenzbetriebes zu enthalten. Nach dem alten H.G.B. (Art. 56 u. 59) schuldete er dem Prinzipal seine gesamte geschäftliche Tätigkeit, durfte daher überhaupt keine Handelsgeschäfte für eigene oder fremde Rechnung machen. Nach dem neuen H.G.B. (§ 60) darf er nur kein Handelsgewerbe betreiben und im Handelszweige des Prinzipals keine Geschäfte für eigne oder fremde Rechnung machen (der Kommis eines Bankiers darf also nicht, der Kommis eines Kolonialwarenhändlers darf an der Börse Wertpapiere kaufen und verkaufen). Das Verbot fällt weg, soweit der Prinzipal einwilligt; die Einwilligung in einen Handelsgewerbebetrieb liegt schon in der Nichtwegbedingung eines dem Prinzipal bei der Anstellung bekannten Betriebes (§ 60 Abs. 2). Wird das Verbot verletzt, so hat der Prinzipal einen Anspruch auf Schadensersatz, kann aber statt dessen auch dem Gehilfen die erlangten Vor-

teile entreißen, indem er in das vom Gehilfen für eigne Rechnung gemachte Geschäft eintritt oder von ihm bei einem für fremde Rechnung gemachten Geschäft Herausgabe der Vergütung oder Abtretung des Anspruchs auf Vergütung fordert (§ 61). Das Verhältnis zwischen dem Gehilfen und dem dritten Kontrahenten bleibt unberührt; insbesondere ist diesem gegenüber ein Eintrittsrecht nicht begründet. Die Ansprüche des Prinzipals verjähren in 3 Monaten seit Kenntnis oder 5 Jahren seit Geschäftsabschluß (§ 61 Abs. 3).

5. Verpflichtungen des Prinzipals. Der Prinzipal schuldet dem Gehilfen die vereinbarte, ortsgebräuchliche oder angemessene Vergütung (§ 59). Sie kann in Naturalleistungen (Wohnung, Kost) oder Geld oder beidem bestehen. Der Anspruch auf Gehalt und Unterhalt läuft, wenn der Gehilfe durch unverschuldetes Unglück an der Dienstleistung verhindert wird, während der Dauer des Dienstverhältnisses, jedoch nicht über 6 Wochen hinaus, fort (§ 63 Abs. 1). Der Gehilfe braucht sich auch nach vertragsmäßig unabänderlicher Vorschrift den inzwischen ihm zukommenden Betrag aus Kranken- oder Unfallversicherung nicht abrechnen zu lassen (§ 63 Abs. 2, abweichend von B.G.B. § 616). Die Zahlung des Gehalts hat im Zweifel am Schluß jedes Monats zu erfolgen; die Vereinbarung späterer Fälligkeit ist nichtig (§ 64). Die Vergütung kann auch in Provision (§ 65 verweist auf Agentenrecht) oder Gewinnanteil bestehen.

Der Prinzipal ist ferner zur Fürsorge für den Gehilfen verpflichtet. Das H.G.B. legt ihm in dieser Hinsicht besondere, der vertragsmäßigen Abschwächung entzogene Verpflichtungen auf, kraft deren er bei der Einrichtung des Betriebes zum Schutze von Gesundheit, Anstand und guten Sitten das Erforderliche vorzukehren und im Falle der Aufnahme des Gehilfen in die häusliche Gemeinschaft auch bei den häuslichen Einrichtungen auf Gesundheit, Sittlichkeit und Religion gehörige Rücksicht zu nehmen hat (§ 62: Abs. 1 geht weiter als B.G.B. § 618 Abs. 1; Abs. 2 deckt sich mit B.G.B. § 618 Abs. 2, Abs. 3 mit § 618 Abs. 3; daneben ist natürlich B.G.B. § 617 anwendbar).

Der Prinzipal schuldet endlich dem Gehilfen nach Beendigung des Dienstverhältnisses ein schriftliches Zeugnis (§ 73).

6. Beendigung. Die allgemeinen Regeln über Beendigung der Dienstverträge erfahren wichtige Abwandlungen.

Die Kündigung eines auf unbestimmte Zeit eingegangenen Handlungsgehilfenverhältnisses steht nach der gesetzlichen Regel jedem Teil mit sechswöchiger Kündigungsfrist zum Schluß eines Kalendervierteljahrs zu (§ 66). Eine abweichende Vereinbarung, die nach dem früheren Recht vollkommen freigestellt war, ist nur mit der Beschränkung zulässig, daß jede längere oder kürzere Kündigungsfrist für beide Teile gleich bemessen sein muß, die Kündigungsfrist nicht weniger als einen Monat betragen und als Endtermin nur der Schluß eines Monats bedungen werden darf (§ 67). Doch gelten diese Beschränkungen der Vertragsfreiheit nicht, wenn der Handlungsgehilfe jährlich 5000 Mk. oder mehr Gehalt bezieht oder unter Zusicherung freier Rückreise für den Fall der Kündigung seitens des Prinzipals für eine außereuropäische Handelsniederlassung angenommen wird (§ 68). Außerdem fallen die Beschränkungen mit Ausnahme der notwendigen Gleichstellung beider Teile bei der Annahme eines Handlungsgehilfen zu vorübergehender Aushilfe für die ersten drei Monate weg (§ 69).

Die vorzeitige Aufhebung (Kündigung ohne Kündigungsfrist) steht jedem Teil frei, wenn ein wichtiger Grund vorliegt (§ 70). Das Gesetz führt beispielsweise eine Anzahl wichtiger Gründe sowohl für vorzeitiges Verlassen des Dienstes (§ 71) wie für vorzeitige Entlassung aus dem Dienste (§ 72) an. Die Aufhebung des Dienstverhältnisses erfolgt durch die Erklärung des Aufhebungsberechtigten; das richterliche Urteil hat nur zu konstatieren, ob ein wichtiger Grund vorlag oder nicht und somit die Aufhebung eingetreten ist oder nicht. Wer durch vertragswidriges Verhalten die Aufhebung durch den anderen Teil veranlaßt, ist schadensersatzpflichtig (§ 70 Abs. 2). Entläßt der Prinzipal den Gehilfen vorzeitig, weil dieser durch unverschuldetes Unglück längere Zeit am Dienst gehindert ist, so wird davon der Anspruch des Gehilfen auf Fortbezug von Gehalt und Unterhalt nicht berührt (§ 72 Abs. 2).

Über die Vorschriften der §§ 74—75 in Ansehung der Konkurrenzklauseln vgl. oben § 19.
Literatur: Wendt b. Endemann I 247 ff. Fuld, Das Recht der Handlungsgehilfen, 1897. Cosack § 19.

§ 30. Handlungslehrlinge. Das neue H.G.B. hat für Handlungslehrlinge, die das alte H.G.B. als eine Art der Handlungsgehilfen behandelte (Art. 62), besondere Vorschriften getroffen (§§ 76—82). Nur bestimmte Vorschriften des Handlungsgehilfenrechts (§§ 60—63, 74—75) sind kraft Verweisung (§ 76 Abs. 1) auch auf sie anwendbar.

Die Begründung des Lehrlingsverhältnisses erfolgt durch Lehrvertrag. Er bedarf keiner Form. Aber nur, wenn er schriftlich geschlossen ist, kann der Lehrherr Ansprüche wegen unbefugten Austritts aus der Lehre geltendmachen (§ 79). Wer nicht im Besitz der bürgerlichen Ehrenrechte ist, darf Handlungslehrlinge weder halten noch anleiten; die Beobachtung dieser Vorschrift ist durch Strafdrohung gesichert und wird polizeilich erzwungen (§§ 81, 82 Abs. 2).

Die Verpflichtungen des Lehrherrn erstrecken sich hier auch auf ordnungsmäßige Ausbildung des Lehrlings zum kaufmännischen Beruf und auf erziehliche Fürsorge (§ 76). Auch ist für schwerere Pflichtverletzungen Strafe gedroht (§ 82 Abs. 1). Nach Beendigung der Lehrzeit hat der Lehrherr stets ein Zeugnis auszustellen, das stets auch über Kenntnisse, Fähigkeiten und Betragen Auskunft geben soll (§ 80).

Die Beendigung erfolgt an sich mit dem Ablauf der bedungenen, ortsrechtlichen oder ortsüblichen Lehrzeit; doch kann zunächst während einer Probezeit von einem Monat, die der Vertrag bis zu drei Monaten verlängern kann, später aus einem wichtigen Grunde und im Falle des Todes des Lehrherrn ohne weiteres binnen einem Monat das Verhältnis von jedem Teil einseitig sofort gelöst werden (§ 77). Außerdem wird durch schriftliche Erklärung des Gewalthabers oder, wenn der Lehrling volljährig ist, des Lehrlings selbst, daß dieser zu einem anderen Gewerbe oder Beruf übergehen werde, das Verhältnis nach Ablauf eines Monats oder mit früherer Entlassung des Lehrlings beendigt; dann darf aber der Lehrling binnen neun Monaten nicht in ein anderes Geschäft als Handlungslehrling oder Handlungsgehilfe eintreten, widrigenfalls er und mit ihm der den Sachverhalt kennende neue Lehrherr oder Prinzipal dem ehemaligen Lehrherrn für Schadensersatz haftet (§ 78).

§ 31. Handlungsagenten. Eine besondere Klasse der Kaufleute bilden die Handlungsagenten, deren bis dahin lediglich auf Gewohnheitsrecht beruhende Rechtsverhältnisse das neue H.G.B. geregelt hat.

1. Begriff. Handlungsagenten sind selbständige Kaufleute, die ständig damit betraut sind, für das Handelsgewerbe eines anderen Geschäfte zu vermitteln oder im Namen des anderen abzuschließen (§ 84). Der Handlungsagent ist nicht im Geschäft eines anderen als Gehilfe angestellt, allein er ist für das Geschäft eines anderen zur ständigen kaufmännischen Hilfsperson bestellt. Es ist möglich, daß er mehreren Geschäften dient. Fehlt aber die feste vertragsmäßige Verknüpfung mit dem Handelsgewerbe eines Geschäftsherrn, so macht der Betrieb sogenannter Agenturgeschäfte nicht zum „Handlungsagenten".

2. Begründung. Das Rechtsverhältnis des Handlungsagenten beruht auf einem mit dem Geschäftsherrn geschlossenen „Agenturvertrage". Dieser Vertrag, von dem bisher sehr bestritten war, ob er Dienstvertrag, Werkvertrag oder keines von beidem (so R.Ger. b. Seuff. XLVIII Nr. 48) sei, ist seinem rechtlichen Wesen nach ein Dienstvertrag. Daher gelten für ihn, soweit nichts Besonderes bestimmt ist, die Vorschriften des B.G.B. über den Dienstvertrag

3. Verhältnis zu Dritten. Im Verkehr mit Dritten tritt der Agent entweder bloß als Vermittler oder als Stellvertreter auf. Im letzteren Falle gelten die Regeln über die Handlungsvollmacht mit einzelnen Abweichungen. War der Agent nur zur Vermittlung ermächtigt, so wird, wenn er ein Geschäft im Namen des Geschäftsherrn abschließt, der Mangel der Vertretungsmacht nur durch dessen Genehmigung geheilt; allein die Genehmigung liegt schon im Schweigen, indem sie als erteilt gilt, wenn der Geschäfts-

herr nicht unverzüglich nach erlangter Kenntnis dem Dritten mitteilt, daß er das Geschäft ablehne (§ 85). Die vermutete gesetzliche Vollmacht des Agenten erstreckt sich auf die Entgegennahme von Mängelrügen und ähnlichen Erklärungen, dagegen nicht auf Annahme von Zahlungen und nachträgliche Bewilligung von Zahlungsfristen (§ 86). Ist aber der Handlungsagent als Handlungsreisender tätig, so hat er, da dem Publikum die Unterscheidung zwischen einem commis voyageur und einem Reiseagenten nicht zugemutet werden kann, die gleiche gesetzliche Vollmacht wie der reisende Handlungsgehilfe (§ 87).

4. Verhältnis zum Geschäftsherrn. Der Agent ist verpflichtet, die Interessen des Geschäftsherrn mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns wahrzunehmen und ihm die erforderlichen Nachrichten zu geben (§ 84). Als Vergütung kann er im Zweifel für jedes einzelne durch seine Tätigkeit zu stande gebrachte Geschäft eine Provision in der vereinbarten oder üblichen (meist nach Prozenten bestimmten) Höhe beanspruchen. Die Provision ist jedoch nur verdient, wenn und soweit das Geschäft zur Ausführung gelangt (bei einem Verkauf die Zahlung eingegangen) ist; für ein nicht oder nur teilweise ausgeführtes Geschäft kann der Agent nur dann die volle Provision fordern, wenn der Geschäftsherr selbst ohne wichtige Gründe in der Person des Gegenkontrahenten die Ausführung vereitelt hat (§ 88). Die Abrechnung findet im Zweifel erst am Schluß des Geschäftsjahres statt (§ 88 Abs. 4). Ist ein Agent für einen bestimmten Bezirk bestellt, so gebührt ihm die Provision im Zweifel auch von den hier ohne seine Mitwirkung geschlossenen Geschäften (§ 89). Neben der Provision kann er Ersatz der gewöhnlichen Auslagen und Kosten der Regel nach nicht fordern (§ 90). Bei der Abrechnung kann er vom Geschäftsherrn Mitteilung eines Buchauszuges über die Geschäfte, von denen ihm Provision gebührt, verlangen (§ 91).

5. Beendigung. Den auf unbestimmte Zeit eingegangenen Agenturvertrag kann jeder Teil mit sechswöchiger Frist zum Vierteljahrsschluß kündigen; vorzeitige einseitige Lösung des Verhältnisses ist stets aus einem wichtigen Grunde zulässig (§ 92). Abweichende Vertragsbestimmungen sind hier nicht beschränkt.

Literatur: Immerwahr, Das Recht der Handlungsagenten, 1900.

§ 32. Die Handelsmäkler.

1. Im Mittelalter wurden von Städten oder Gilden besondere Personen zur Vermittlung von Handelsgeschäften angestellt und in eidliche Pflicht genommen. Sie hießen in Italien „Sensale" (wohl aus dem Arabischen), in Süd- und Mitteldeutschland „Unterkäufer", im Hansagebiet und in den Niederlanden „Makeler", in Frankreich „courtiers" (von cursores). Mehr und mehr wurde ihnen das ausschließliche Recht der Geschäftsvermittlung (unter Bestrafung der Winkel- oder Pfuschmäkler oder Bönhasen) beigelegt. Zugleich empfingen ihre Beurkundungen öffentlichen Glauben. Auch mit öffentlichen Versteigerungen und mit Kursfeststellungen wurden sie betraut. Allmählich wurden sie zu Staatsbeamten, wennschon die Organe des Handelsstandes bei ihrer Bestellung beteiligt blieben.

Das alte H.G.B., Art. 66—84, regelte die Rechtsverhältnisse dieser von ihm allein als „Handelsmäkler" oder „Sensale" bezeichneten vereidigten Mäkler, denen es die Stellung von Beamten wahrte und daher die Eigenschaft von Kaufleuten absprach. Es legte ihnen eine Fülle von Amtspflichten auf, insbesondere die völlige Enthaltung von eignem Handelsbetrieb, die persönliche Tätigkeit bei den Geschäftsabschlüssen und die Sorge für gehörige Beurkundung, und verlieh ihren Beurkundungen die Kraft öffentlicher Urkunden. Dagegen gewährte es ihnen kein Vermittlungsmonopol. Soweit ein solches landesrechtlich bestand, wurde es durch die Reichsgewerbeordnung beseitigt. Neben den „Handelsmäklern" kamen daher „Privathandelsmäkler" auf.

Die Einrichtung der vereidigten Mäkler erwies sich mehr und mehr als überlebt. Ihre amtliche Stellung geriet in Verfall. Manche Staaten (wie Baden, Hamburg, Bremen) stellten keine vereidigten Mäkler mehr an. Das Börsengesetz beseitigte sie bereits für den Börsenhandel und ersetzte sie durch die „Kursmäkler", die nur bei der Mitwirkung zur Feststellung der Börsenkurse eine öffentliche Funktion haben, hinsichtlich ihrer Ver-

mittlertätigkeit dagegen Kaufleute sind. Das neue H.G.B. hat das Institut der amtlichen Mäkler völlig abgeschafft. Es regelt aber die Rechtsverhältnisse der nunmehr als „Handelsmäkler" bezeichneten gewerblichen Handelsvermittler, für die es die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über den Mäkeleivertrag (B.G.B. §§ 652—656) im Anschluß an das bisherige Recht der amtlichen Mäkler abändert und ergänzt.

2. Begriff. Handelsmäkler ist ein gewerbsmäßiger Vermittler von Verträgen über Gegenstände des Handelsverkehrs für andere. Erforderlich ist, daß er nicht ständig von einem Kaufmann damit betraut ist; daß er vermittelt, nicht bloß Gelegenheit nachweist (anders B.G.B. § 652); daß er Verträge über Gegenstände des Handelsverkehrs (insbesondere Anschaffung oder Veräußerung von Waren oder Wertpapieren, Versicherungen, Güterbeförderungen, Bodmerei, Schiffsmiete) vermittelt. Andere Mäkelei, insbesondere Grundstücksmäkelei, Hypothekenmäkelei, Stellenvermittlung u. s. w., macht nicht zum Handelsmäkler und fällt, auch wenn sie ein Handelsmäkler vornimmt, nicht unter das Recht der Handelsmäkelei (§ 93).

3. Rechtliche Stellung. Der Handelsmäkler ist Kaufmann und hat alle Rechte und Pflichten eines Kaufmanns. Er kann Vollkaufmann oder Minderkaufmann sein. In beiden Fällen aber liegt ihm als eine besondere öffentliche Berufspflicht, deren Verletzung mit Strafe bedroht ist, die ordnungsmäßige Führung und Aufbewahrung eines Tagebuchs ob, in das täglich alle abgeschlossenen Geschäfte einzutragen sind (§§ 100—103). Ist er Vollkaufmann, so hat er natürlich überdies Handelsbücher zu führen.

Eine besondere Stellung hat der die Vermittlung von Warengeschäften im Kleinverkehr besorgende Krämermäkler. Auf ihn finden die Vorschriften über Tagebücher und Schlußnoten keine Anwendung (§ 104). Im übrigen kann er Vollkaufmann oder Minderkaufmann sein und muß im ersteren Falle Handelsbücher führen.

4. Rechtsverhältnis zu den Parteien. Der Handelsmäkler ist im Gegensatz zum Mäkler des bürgerlichen Rechts nicht der Diener einer Partei, sondern ein zwischen den Parteien stehender Vermittler. Diese Stellung, die früher auf seiner amtlichen Berufung beruhte, ist ihm nach Abstreifung der Beamteneigenschaft verblieben.

Der Handelsmäkler wird daher durch den Mäkeleivertrag nicht bloß seinem Auftraggeber, sondern auch demjenigen, mit dem er auf Grund des Auftrages in Verhandlung tritt, verpflichtet. Er hat unparteiisch (als „ehrlicher Mäkler") mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns die Interessen beider Parteien wahrzunehmen und haftet jeder von ihnen für den durch sein Verschulden entstehenden Schaden (§ 98). Speziell ist er beiden Parteien zu gehöriger Beurkundung verpflichtet. Unverzüglich nach Abschluß eines Geschäftes muß er, sofern ihn nicht Abrede oder Ortsgebrauch entbindet, jeder Partei eine von ihm unterschriebene Schlußnote zustellen, welche die Parteien, den Gegenstand und die Bedingungen des Geschäfts (insbesondere Gattung und Menge der Waren, Preis, Lieferungszeit) enthält (§ 94 Abs. 1). Bei einem nicht sofort zu erfüllenden Geschäft muß er auch für die Unterschrift der Parteien sorgen und jeder Partei die von der anderen unterschriebene Schlußnote zustellen, von etwaiger Verweigerung der Unterschrift oder Annahme aber der anderen Partei sofort Anzeige machen (§ 94 Abs. 2—3). Eine Schlußnote, in der die Bezeichnung der anderen Partei vorbehalten wird („Aufgabe vorbehalten"), kann er keiner Partei aufdrängen; nimmt die Partei eine solche Schlußnote an, so muß sie sich die Bezeichnung einer einwandfreien Person als Gegenpartei in ortsüblicher oder angemessener Frist gefallen lassen, kann dagegen andernfalls den Mäkler selbst auf die Erfüllung des Geschäfts in Anspruch nehmen; nur muß sie dies bei Verlust des Rechts dem Mäkler auf dessen Aufforderung unverzüglich erklären (§ 95). Der Mäkler muß überdies ihm übergebene Warenproben aufbewahren (§ 96) und jeder Partei auf Verlangen Auszüge aus seinem Tagebuch mitteilen (§ 101).

Anderseits ist der Handelsmäkler auch jeder Partei gegenüber berechtigt, indem er den vereinbarten oder ortsgebräuchlichen Mäklerlohn (Sensarie, Courtage) im Zweifel von jeder Partei zur Hälfte fordern kann (§ 99). Der Mäklerlohn ist nach altem Handelsgebrauch, der jetzt auch zur gesetzlichen Regel des bürgerlichen Rechts erhoben ist (B.G.B. § 652), nur verdient, wenn das Geschäft abgeschlossen oder das aufschiebend bedingte

Geschäft unbedingt geworden ist. Für erfolglose Bemühungen hat er also nichts zu fordern; dagegen ist sein Anspruch nicht gleich dem des Handlungsagenten von der Ausführung des Geschäftes abhängig.

5. Vollmacht. Inwieweit der Mäkeleivertrag Vollmacht erteilt, richtet sich nach allgemeinen Grundsätzen. Eine gesetzliche Vollmacht hat der Mäkler nicht. Insbesondere gilt er nicht als ermächtigt, Zahlungen und andere Leistungen in Empfang zu nehmen (§ 97).

Literatur: Laband, Z. f. H.R. XX 1 ff. Goldschmidt, ebenda XXXVIII 115 ff. F. Frensdorff, Der Makler im Hansagebiet, in Göttinger Festschrift f. Regelsberger, 1902, S. 255 ff. — Grünhut b. Endemann III 132 ff. Riesenfeld b. Grünhut XXXVI 38 ff.

Drittes Buch.

Handelsgesellschaftsrecht.

Erstes Kapitel.

Die Handelsvergesellschaftung im allgemeinen.

§ 33. Das besondere Handelsgesellschaftsrecht.

1. Geschichte. War schon im Altertum und insbesondere bei den Römern der Handel eine Haupttriebfeder der Vergesellschaftung, so bildeten sich doch besondere Formen der Handelsgesellschaft nicht aus. Das römische Sozietäts- und Korporationsrecht erfuhr zwar, wie es scheint, bei den Sozietäten der argentarii und der publicani (öffentlichen Pächter) einige Abwandlungen. Allein die Grundbegriffe blieben auch hier unverändert. Dabei ist zu erwägen, daß Großhandel und Großgewerbe einer umfassenderen und innigeren Vergesellschaftung freier Kräfte entbehren konnten, weil die Sklaverei die Erweiterung der Einzelsphäre durch Sklavenkräfte ermöglichte.

Im Mittelalter riefen Handel und Gewerbe mannigfache Vereinigungen hervor, in denen der germanische Assoziationstrieb sich betätigte, die germanischen Rechtsgedanken über Verbände verwertete und sie in eigenartigen Formen ausgestaltete. Durch die Aufnahme und Fortbildung des der familienrechtlichen Gemeinschaft entstammenden Prinzips der gesamten Hand entwickelten sich vertragsmäßig eingegangene Handelsgesellschaften zu eigentümlichen personenrechtlichen Gemeinschaften. Darüber hinaus gewann schon im Mittelalter durch Verwendung des in Gemeinde und Gilde herrschenden Prinzips der Genossenschaft die Handelsassoziation zum Teil ein körperschaftliches Gepräge.

In der Neuzeit erhielten sich gerade im Handelsrecht die aus germanischer Wurzel erwachsenen Vereinigungsformen und bewahrten gewohnheitsrechtlich ihre Eigenart auch dann und da, wenn und wo im bürgerlichen Recht die römischen Anschauungen durchdrangen. Mehr und mehr wurden dann die Besonderheiten des Handelsgesellschaftsrechts in Land- und Stadtrechten ausdrücklich anerkannt. Die modernen Handelsgesetzbücher endlich ordneten sämtlich das Handelsgesellschaftsrecht in bewußtem Gegensatz zum römisch beeinflußten bürgerlichen Recht als einen Hauptbestandteil des kaufmännischen Sonderrechts.

In neuester Zeit sind die germanischen Grundgedanken auch außerhalb des Handelsrechts im Gemeinschafts- und Genossenschaftsrecht siegreich wieder vorgedrungen. Auch das B.G.B. hat sich ihnen nicht verschlossen. Allein wenn auch hiermit die Harmonie mit dem bürgerlichen Recht zurückgewonnen ist, so hat doch das Handelsgesellschaftsrecht seine besondere Struktur und Stellung behauptet. Nach wie vor finden hier die Prinzipien der gesamten Hand und der Genossenschaft eine eigentümliche und sehr intensive Ausprägung.

2. Begriff und Arten. Das alte H.G.B. widmete dem Handelsgesellschaftsrecht zwei Bücher, in deren einem (B. II) es sich mit den „Handelsgesellschaften" (H.G.) beschäftigte, während es in dem anderen (B. III) „von der stillen Gesellschaft und von

der Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinsame Rechnung" handelte. Als H.G. regelte es (Tit. 1) die „offene Handelsgesellschaft" (o. H.G.), hierauf (Tit. 2) die „Kommanditgesellschaft" (K.G.) und (Abschn. 2) als ihre Unterart die „Kommanditgesellschaft auf Aktien" (K.G. a. A.), endlich (Tit. 3) die „Aktiengesellschaft" (A.G.). Ihr gemeinsames Merkmal bestand darin, daß sie personenrechtliche Vereinigungen zum Betriebe eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma waren; das Unterscheidungsmerkmal der drei Grundformen lag in der Haftungsart, indem die Gesellschafter bei der o. H.G. sämtlich unbeschränkt, bei der K.G. teils unbeschränkt teils beschränkt, bei der A.G. sämtlich beschränkt haften. Die im dritten Buch zusammengefaßten Gebilde der st. G. (Tit. 1) und der sog. „Gelegenheitsgesellschaft" (Tit. 2) stimmten darin überein, daß sie firmenlose handelsrechtliche Gesellschaftsverhältnisse rein obligationenrechtlicher Struktur waren.

Die spätere Gesetzgebung verschob den Begriff der H.G. Indem das R.G. vom 11. Juni 1870 die A.G. und die K.G. a. A. unabhängig vom Gegenstande ihres Unternehmens für H.G. erklärte, beseitigte es das Merkmal des Betriebes eines Handelsgewerbes als Begriffsmerkmal der H.G. Als eine gleichfalls nicht durch Handelsgewerbebetrieb bedingte neue Form der H.G. wurde durch R.G. vom 20. April 1892 die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (G. m. b. H.) geschaffen. Daneben waren schon vorher die eingetragenen Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften (e. G.) als den H.G. verwandte Verbände mit kaufmännischer Firma ausgestaltet worden, bei denen das R.G. vom 4. Juli 1868 allen Mitgliedern eine unbeschränkte Haftung auferlegte, das R.G. vom 1. Mai 1889 aber verschiedene Haftungsarten zuließ.

Das neue H.G.B. hat die K.G. a. A. aus einer Unterart der K.G. in eine Nebenform der A.G. verwandelt und die Gelegenheitsgesellschaft gestrichen. Es widmet dem Handelsgesellschaftrecht nur noch ein Buch (II). In den vier ersten Abschnitten regelt es als „Handelsgesellschaften" die o. H.G., K.G., A.G. und K.G. a. A. Im fünften Abschnitt handelt es von der st. G., die eines eigenen Buches nicht würdig schien, um deren willen aber, da sie keine H.G. ist, die Überschrift des Buches nun lautet: „Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft". Die G. m. b. H. und die e. G. haben ihre Stellung behalten; nur in einzelnen Punkten sind die sie betreffenden Spezialgesetze durch das E.G. zum H.G.B. abgeändert.

Nach geltendem Recht umfaßt somit der Begriff der „Handelsgesellschaft" die personenrechtlichen Vereinigungen mit gemeinschaftlicher Firma, die entweder wegen der Art ihres Gewerbetriebes oder wegen der Form ihrer Organisation als Kaufleute gelten. Als besondere handelsrechtliche Gesellschaft rein obligationenrechtlicher Struktur besteht daneben nur noch die stille Gesellschaft.

3. Wesen. Während die ältere Jurisprudenz das rechtliche Wesen der Handelsgesellschaften nicht scharf ins Auge faßte, vielmehr auf sie die nach Bedürfnis zurechtgestutzten allgemeinen Begriffe des Gesellschaftsrechts anwandte, schlug die neuere Theorie weit auseinanderführende Wege ein. Die romanisierende Richtung (bes. Thöl, Gerber, v. Hahn) machte Ernst mit der Zugrundelegung des rein obligationenrechtlichen Begriffes der römischen societas und behalf sich mit allerlei den Kern nicht berührenden Modifikationen. Mehr und mehr jedoch sprang sie bei der A.G. zur römischen universitas über. In vollem Gegensatze hierzu führte eine spezifisch handelsrechtliche Richtung nach französischem Vorbild bei jeder Handelsgesellschaft den Begriff einer besonderen gesellschaftlichen Persönlichkeit durch (so Schiebe, Randa, Endemann, v. Völderndorff, Eccius, Kohler). Von anderer Seite her suchte man das Wesen der Handelsgesellschaften in erster Linie aus der Struktur des Gesellschaftsvermögens als Zweckvermögen oder Sondervermögen zu erklären (so Kuntze, Dietzel, Rösler, Bekker, zum Teil auch Laband). Die Erneuerer der germanistischen Verbandsauffassung (zuerst Beseler und Bluntschli) führten die deutschrechtlichen Begriffe der gesamten Hand und der Genossenschaft in das Handelsrecht ein und brachen endlich der Auffassung Bahn, daß die Handelsgesellschaften teils Gesellschaften, teils Körperschaften, allein in dem einen Falle Gesellschaften mit einer durch die gesamte Hand vermittelten Personeneinheit, in dem

anderen Falle Körperschaften mit einer durch die Genossenschaft bewirkten sonderrechtlichen Beteiligung der Mitglieder seien. Auf diese Weise wahrten sie sämtlichen Handelsgesellschaften das gemeinsame Merkmal der personenrechtlichen Gemeinschaft und machten es verständlich, wie hier trotz des begrifflichen Gegensatzes Gesellschaften und Körperschaften im Leben sich einander nähern und nicht nur unter einem Gattungsnamen zusammengefaßt, sondern auch mit ähnlichen Mitteln stufenweise aufgebaut werden können.

Für das heutige deutsche Recht ist die Lösung der Frage nach dem rechtlichen Wesen der Handelsgesellschaften dadurch in feste Bahnen gewiesen, daß sie unter die Grundtypen des bürgerlichen Rechtes fallen und subsidiär den Vorschriften des B.G.B. unterworfen sind. Die o. H.G. ist eine Gesellschaft, deren Sonderrecht durch das Recht der Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes ergänzt wird (§ 105 Abs. 2), sich aber von diesem durch eine ungleich stärkere Ausprägung der gesamten Hand unterscheidet. Die K.G. ist eine Abart der o. H.G. (§ 161 Abs. 2). Dagegen sind die A.G., die K.G. a. A., die G. m. b. H. und die e. G. rechtsfähige Vereine (§ 6 Abs. 2), für die zwar ein im wesentlichen erschöpfendes Sonderrecht gilt, auf die jedoch in Ermangelung besonderer Bestimmungen die Vorschriften des B.G.B. über Vereine Anwendung finden. Als Vereine sind sie, auch wenn sie Gesellschaften heißen, juristische Personen, aber juristische Personen mit besonders stark ausgeprägter genossenschaftlicher Struktur. Sie zerfallen wieder in zwei Gruppen, indem die A.G., die K.G. a. A. und die G. m. b. H. als Kapitalgenossenschaften erscheinen, während die e. G. den Charakter der wirtschaftlichen Personalgenossenschaft wahrt.

Durchaus abweichend vom Wesen der Handelsgesellschaft ist das Wesen der stillen Gesellschaft, die ein Gesellschaftsvertrag mit Ausschaltung der gesamten Hand ist. Sie gehört an sich überhaupt nicht in das Handelspersonenrecht, sondern lediglich ins Handelsobligationenrecht. Doch ist von ihr des geschichtlichen Zusammenhanges wegen im Anschluß an die Kommanditgesellschaft zu handeln.

Literatur: Rösler, Z. f. H.R. IV 252 ff. Bekker, ebenda S. 500 ff. Gierke, Genossenschaftsr. I 965 ff., II 936 ff. Endemann, Die Entwicklung der H.G., 2. Aufl. 1872. Renaud, Über die H.G., 1872. Lastig, Z. f. H.R. XXIV 387 ff. Endemann, Studien I 341 ff. F. A. G. Schmidt, Handelsgesellschaften in den deutschen Stadtrechtsquellen des M.A. (Unters. z. d. St. u. R.G. H. XV), 1883. M. Weber, Zur Geschichte der H.G. im M.A., 1889. Pappenheim, Z. f. H.R. XXXVI 85 ff., XXXVII 255 ff. Goldschmidt, H.G. I 253 ff. K. Adler, Zur Entwicklungslehre und Dogmatik des Gesellschaftsrechts, 1894. Rehme, Z. f. H.R. XLII 367 ff.
Auerbach, Das Gesellschaftswesen, 1861. Strey, Das deutsche Handelsgesellschaftsrecht, Abt. I, 1873. Lastig b. Endemann I 310 ff. Kuntze, Z. f. H.R. VI 177 ff. Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, 1887. Laband, Z. f. H. XXX 469 ff., XXXI 1 ff. Schlodtmann, ebenda XXXVII 456 ff. Goldschmidt, Alte und neue Formen der H.G., 1892. Thöl I §§ 87 ff. Behrend I §§ 61 ff. Cosack §§ 104 ff. Gierke, Handelsgesellschaftsrecht und bürgerliches Recht, Arch. f. b. R. XIX 114 ff.

§ 84. Die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts für Handelszwecke. Eine Gesellschaft, die weder Handelsgesellschaft noch stille Gesellschaft ist, ist auch dann, wenn sie Handelszwecke verfolgt, eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts.

Dies gilt namentlich für jede Gesellschaft, deren Zweck nicht im Betriebe eines Handelsgewerbes, sondern nur in der Vornahme einzelner Handelsgeschäfte für gemeinsame Rechnung besteht (z. B. Konsortien und Unterkonsortien, Spekulationsgesellschaften u. s. w.). Die besonderen Regeln, die das alte H.G.B. für die sog. Gelegenheitsgesellschaft aufstellte, sind weggefallen. Mit zwei Ausnahmen (Vorverzinsung der Einlagen mit 6 v. H. nach Art. 268 und aktive Korrealität nach Art. 269 Abs. 2) sind sie in das gemeine Recht übergegangen.

Aber auch eine auf gemeinsamen Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtete Gesellschaft ist dann eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, wenn das Handelsgewerbe das eines Minderkaufmanns ist. Eine solche Gesellschaft kann durch Vertrag einer o. H.G. oder K.G. angenähert, niemals aber angeglichen werden.

Ebenso bleibt ein Verein, der nicht schon seiner Form wegen Kaufmannseigenschaft hat, auch dann ein Verein des bürgerlichen Rechts (oder etwa, wie die Ge-

werkschaft, eines nicht-kaufmännischen Sonderrechts), wenn er ein Handelsgewerbe betreibt. Dies gilt auch für den nicht rechtsfähigen Verein.

Literatur: Über die Gelegenheitsgesellschaft vgl. Lastig in Endemanns Handb. I § 143; Renaud, Das Recht der stillen Gesellschaft und der Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinsame Rechnung, 1885, S. 191 ff. (von Laband); Goldschmidt, Z. f. H.R. XV 299 ff.; Böhlau, ebenda XVIII 404 ff., Sydow, ebenda XIX 426 ff. — Ferner Cosack § 127. P. Knoke, Das Recht der Gesellschaft nach dem B.G.B., 1901. Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit 2. Aufl. 1902.

Zweites Kapitel.

Die offene Handelsgesellschaft.

§ 35. Begriff, Geschichte und Wesen.

1. Begriff. Die o. H.G., die auch Kollektivgesellschaft (so Schweiz. O.R. Tit. 24) oder Maskopei genannt wird, ist die Urform der eigentlichen H.G. Sie liegt vor, sobald bei einer Gesellschaft, deren Zweck in dem Betriebe eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma besteht, die Haftung keines Gesellschafters beschränkt ist (§ 105 Abs. 1).

2. Geschichte. Die o. H.G. entstand mit dem Aufblühen des Handels in den mittelalterlichen Städten aus familienrechtlicher Wurzel. Zuerst pflegten wohl Brüder, die das ererbte Geschäft gemeinsam fortführten, die unter ihnen bestehende Gemeinschaft zur gesamten Hand den Bedürfnissen des Handelsverkehrs anzupassen. Dann aber wurde bei der Aufnahme eines Sohnes in das Geschäft und bald auch unter Fremden eine ähnliche Gemeinschaft begründet. Mit der Ersetzung des Familienbandes durch das Vertragsband war die o. H.G. geboren. Schon im Mittelalter breitete sie sich weit aus und gewann im wesentlichen ihre heutige Gestalt. Der Gebrauch einer Kollektivmarke und eines Kollektivnamens, die fortschreitende Sonderung des Gesellschaftsvermögens vom Privatvermögen der Teilhaber, die Ausbildung einer eigenartigen gesellschaftlichen Vertretung und vor allem die Ergänzung der Gesamthaftung durch eine allmählich immer mehr verschärfte Sonderhaftung jedes Gesellschafters waren die wichtigsten Entwicklungsmomente. Auf dieser geschichtlichen Grundlage wurde das Recht der o. H.G. in den neueren Handelsgesetzbüchern geregelt. Im alten H.G.B. fand es eine erschöpfende Normierung. Das neue H.G.B. stellt nur zahlreiche besondere Rechtssätze für die o. H.G. auf und verweist im übrigen auf das bürgerliche Gesellschaftsrecht (§ 105 Abs. 2). Sachlich ist hiermit eine wesentliche Änderung nicht eingetreten, da die ergänzenden Vorschriften des B.G.B. in der Hauptsache mit den beseitigten Vorschriften des alten H.G.B. übereinstimmen.

3. Wesen. Die o. H.G. ist eine Gesellschaft. Sie ist so wenig wie die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts eine juristische Person. Allein sie ist eine Gesellschaft, bei der das Prinzip der gesamten Hand in stärkerem Maße durchgeführt ist als bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts. Als ständige Vereinigung für gemeinsamen Handelsgewerbebetrieb schlingt sie ein festeres und innigeres personenrechtliches Band. Ihre durch einen besonderen Namen gekennzeichnete Personeneinheit ist nach außen und nach innen kräftiger entwickelt. Im Zusammenhange hiermit ist ihr Gesellschaftsvermögen ein strenger geschlossenes Sondervermögen. Auf der anderen Seite aber ergreift und bindet sie in energischerer Weise die Einzelpersönlichkeit, indem sie für jeden Gesellschafter eine unbeschränkte und unbeschränkbare Sonderhaftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern begründet.

In diesem Haftungsverhältnis liegt der Wesensunterschied der o. H.G. von allen anderen Typen der H.G. Jeder Gesellschafter setzt hier notwendig seine ganze vermögensrechtliche Persönlichkeit für den Gesellschaftszweck ein. Er trägt außerdem regelmäßig Kapital und Arbeit oder doch eines von beiden bei. Allein das Wesentliche bleibt die Beisteuer des Personalkredits. Darum ist die o. H.G. einerseits im Gegensatz zu den handelsrechtlichen Vereinen an die Individualität der Teilnehmer geknüpft, anderseits im Gegensatz zu den kapitalistischen Gemeinschaften durchweg als Personalgesellschaft konstruiert.

Literatur: Die zu § 33 angeführten Schriften. Ferner Treitschke, Die Lehre von der unbeschränkt obligatorischen Gewerbegesellschaft und von Kommanditen, 2. Aufl. 1844. Lastig bei Endemann I §§ 80—95. Renaud, Das Recht der Kommanditgesellschaften, 1881 (darin auch das Recht der o. H.G). Behrend §§ 63—84. Cosack §§ 105—110. L. Hergenhahn u. F. Tuchatsch, Die o. H.G., 1894.

§ 36. Errichtung. Die o. H.G. entsteht durch den Abschluß eines auf den Betrieb des Handelsgewerbes eines Vollkaufmanns unter gemeinsamer Firma gerichteten Gesellschaftsvertrages, falls keine andere Gesellschaftsart vereinbart ist. Ein Gesellschaftsvertrag ist notwendig; daher werden z. B. Miterben, die ein Handelsgewerbe fortführen, erst durch Vertragsschluß aus einer Erbengemeinschaft zur o. H.G. Der Vertrag ist aber formfrei. Doch bedarf die Vereinbarung der Einbringung von Grundstücken gerichtlicher oder notarieller Beurkundung (anders nach altem H.G.B. Art. 85 Abs. 2).

Die o. H.G. ist zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Die Anmeldung ist durch sämtliche Gesellschafter zu bewirken und erstreckt sich auf Name, Stand und Wohnort jedes Gesellschafters, auf Firma, Sitz und Geschäftsbeginn der Gesellschaft und auf Veränderungen in den eingetragenen Tatsachen (§§ 106—108).

Das rechtliche Dasein der o. H.G. ist durch die Eintragung nicht bedingt. Nur in den Fällen, in denen ein Gewerbe erst durch Eintragung zum Handelsgewerbe wird (§ 2), wird auch eine Gesellschaft, die ein solches Gewerbe betreibt, erst durch Eintragung zur o. H.G.

Die Wirksamkeit der o. H.G. tritt im Verhältnis der Gesellschafter untereinander nach dem Vertrage, im Verhältnis zu Dritten aber unabhängig von abweichenden Vereinbarungen spätestens mit der Eintragung und, sofern nicht die Existenz der o. H.G. von der Eintragung abhängt, schon vorher mit der tatsächlichen Geschäftseröffnung ein (§ 123).[1]

§ 37. Äußere Rechtsverhältnisse.

1. Die Gesellschaft als Ganzes ist nach außen eine unter ihrer Firma handlungs- und rechtsfähige kaufmännische Personeneinheit.

a) Handlungsfähigkeit. Die o. H.G. kann unter ihrer Firma einheitlich handeln; sie kann rechtsgeschäftliche, prozessuale und selbst unerlaubte Handlungen vornehmen. Hierbei ist möglich und unter Umständen (z. B. zu einer Schenkung oder Stiftung) erforderlich, daß alle Gesellschafter insgesamt unter der Firma auftreten. Andererseits kann ein Prokurist oder Bevollmächtigter als Stellvertreter der o. H.G. wie des Einzelkaufmanns handeln. Vor allem aber beruht die Handlungsfähigkeit der o. H.G. auf der schon seit dem Mittelalter ausgebildeten eigenartigen Vertretung der Gesellschaft durch den Gesellschafter. Diese gesellschaftliche Vertretung ist zwar keine Organschaft. Sie ist aber auch keine auf Vollmacht (praepositio institoria mutua) beruhende Stellvertretung, bei der ein Gesellschafter für die anderen und somit zugleich in eigenem und in fremdem Namen handelte. Vielmehr ist sie eine in der personenrechtlichen Verbundenheit wurzelnde Darstellung der Personeneinheit durch einen ihrer Mitträger. Der vertretende Gesellschafter handelt als Gesellschafter im Namen der von ihm mitgebildeten Gesellschaft. Jede Handlung, die er innerhalb seiner Vertretungsmacht unter der Firma oder erkennbar für die Firma vornimmt, wirkt ebenso, als hätten alle Gesellschafter insgesamt gehandelt.

Die Befugnis zur gesellschaftlichen Vertretung steht an sich jedem Gesellschafter zu; jeder Gesellschafter ist ohne besondere Ermächtigung zugleich „vertretungsbefugter" oder „firmierender" Gesellschafter. Durch den Gesellschaftsvertrag können aber Abweichungen von der gesetzlichen Regel bestimmt werden, die dann ins Handelsregister einzutragen sind. Die Vertretungsmacht kann einem oder auch jedem Gesellschafter entzogen werden. Sie kann auch durch Schaffung einer „Gesamtvertretung" mehreren oder allen Gesellschaftern nur gemeinschaftlich oder einem Gesellschafter nur zusammen mit einem Prokuristen gewährt werden, wobei dann aber die vertretungsbefugte Gesamtheit zur Ermächtigung einzelner Mitvertreter für einen Geschäftskreis und ohne weiteres jeder Mit-

vertreter zur Empfangnahme von Willenserklärungen befugt bleibt (§ 125). Aus einem wichtigen Grunde kann einem Gesellschafter die Vertretungsmacht auch wider seinen Willen auf Antrag der übrigen Gesellschafter durch gerichtliche Entscheidung entzogen werden (§ 127).

Ihrem Umfange nach ist die gesellschaftliche Vertretungsmacht unbeschränkt und unbeschränkbar (§ 126). Sie erstreckt sich im Gegensatz zur Prokura auch auf die Veräußerung und Belastung von Grundstücken und auf die Erteilung oder den Widerruf einer Prokura. Doch enthält auch sie nur die Ermächtigung zu solchen Handlungen, die in den Rahmen eines Handelsgewerbes fallen, daher z. B. nicht zur Veräußerung des Geschäfts im ganzen oder zu einer reinen Schenkung. Auch zur Eidesleistung müßten alle Gesellschafter berufen werden; die Praxis begnügt sich aber mit dem Eide sämtlicher vertretungsbefugter Gesellschafter. Jede Beschränkung ist Dritten gegenüber unwirksam; die Vertretungsmacht kann nur ganz entzogen oder ganz belassen werden. Doch ist hier wie bei der Prokura die Beschränkung auf eine von mehreren Niederlassungen mit verschiedenen Firmen zulässig.

b. Rechtsfähigkeit. Die o. H.G. kann unter ihrer Firma Rechte mit Einschluß des Grundeigentums erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, sowie vor Gericht klagen und verklagt werden (§ 124 Abs. 1). Sie ist also nicht nur rechts- und parteifähig, sondern besitzt auch in ihrem einheitlichen kaufmännischen Namen ein formelles Ausdrucksmittel für ihre kollektive Rechtssubjektivität. Steht ihr Eigentum oder sonstiges dingliches Recht an einem Grundstück zu, so genügt die Eintragung der Firma in das Grundbuch; das Grundbuch bleibt dann richtig, wenn auch die Teilhaber wechseln. Ebenso ist zur Bezeichnung der Partei im Prozeß die Firma ausreichend; ein Wechsel der Teilhaber ist dann für die Parteiidentität bedeutungslos (Seuff. XLVII Nr. 59). Die Rechtsfähigkeit der o. H.G. beschränkt sich nicht auf Vermögensverhältnisse. Doch ist sie unfähig zu einer Rechtsstellung, die selbständige Persönlichkeit fordert. So kann sie nicht persönlich haftende Gesellschafterin sein (R.Ger. XXXVI Nr. 36, Seuff. XLVI Nr. 205).

Die der o. H.G. unter ihrer Firma zustehenden Vermögensrechte und Vermögenspflichten bilden das Gesellschaftsvermögen, dessen Subjekt die jeweiligen Gesellschafter in ihrer Personeneinheit sind. Das Gesellschaftsvermögen ist Dritten gegenüber bis zur etwaigen Beschlagnahme freies, nicht gebundenes Vermögen, über das die Gesamthänder beliebig verfügen, das sie daher auch mindern oder völlig aufteilen können. Allein es ist, solange es besteht, Dritten gegenüber ein vom übrigen Vermögen der Teilhaber abgesondertes und in sich geschlossenes Sondervermögen, das in erster Linie zur Deckung der ihm zugehörigen Schulden bestimmt ist.

Die Geschlossenheit des Gesellschaftsvermögens ist im B.G.B. allgemein anerkannt und bildet daher nicht mehr, wie nach dem alten H.G.B., eine Eigentümlichkeit des Handelsgesellschaftsvermögens. Der Satz, daß die Aufrechnung zwischen Gesellschaftsforderungen und Forderungen gegen einen Gesellschafter ausgeschlossen ist (H.G.B. Art. 121), gilt jetzt für jede Gesellschaft (B.G.B. § 719 Abs. 2). Ebenso sind die Bestimmungen, die das Gesellschaftsvermögen dem Zugriff des Gläubigers eines Gesellschafters entzogen (H.G.B. Art. 119—120), zu gemeinem Recht erhoben; der Gläubiger eines Gesellschafters kann, solange die Gesellschaft besteht, nur dessen sonderrechtlichen Anspruch auf einen Gewinnanteil pfänden (B.G.B. § 725 Abs. 2). Allein die Geschlossenheit des Handelsgesellschaftsvermögens ist stärker als die des gewöhnlichen Gesellschaftsvermögens geblieben. Sie besteht nicht nur gegenüber dem Einzelvermögen, sondern auch gegenüber sonstigem Gemeinschaftsvermögen der Teilhaber. Somit kann z. B. gegen die Forderung einer o. H.G. auch eine Forderung nicht aufgerechnet werden, die gegen sämtliche Gesellschafter als Miterben oder gegen eine aus denselben Personen bestehende andere o. H.G. (ein Fall, der scharf von dem Betriebe mehrerer Geschäfte durch dieselbe o. H.G. unterschieden werden muß) begründet ist. Ferner ist zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen, zu der nach bürgerlichem Recht ein gegen alle Gesellschafter ergangenes Urteil genügt (Z.P.O. § 736), hier ein gegen die Gesellschaft gerichteter vollstreckbarer Schuld-

titel erforderlich (H.G.B. § 124 Abs. 2). Sodann kann der Gläubiger eines Gesellschafters hier nicht, wie nach bürgerlichem Recht, den Anteil des Schuldners am Gesellschaftsvermögen als Ganzem pfänden (Z.P.O. § 859) und behufs Realisierung der Pfändung die Gesellschaft ohne Kündigungsfrist kündigen (B.G.B. § 725 Abs. 1), sondern nur nach erfolgloser Zwangsvollstreckung in das sonstige bewegliche Vermögen des Schuldners dessen gesellschaftlichen Auseinandersetzungsanspruch im Wege der Pfändung sich überweisen lassen und hierauf die Gesellschaft mit sechsmonatiger Frist zum Ende des Geschäftsjahrs kündigen (H.G.B. § 135). Endlich findet über das Vermögen der o. H.G. ein (bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts nach richtiger Ansicht ausgeschlossener) besonderer Konkurs statt, durch dessen Eröffnung das Gesellschaftsvermögen zu Gunsten der Gesellschaftsgläubiger behufs abgesonderter Befriedigung gebunden wird (Konk.O. §§ 198—200, altes H.G.B. Art. 122).

2. Die Gesellschafter als einzelne sind in der o. H.G. mit enthalten und treten nach außen in ihr als Mitprinzipale auf, so daß jeder von ihnen Kaufmann ist, keiner von ihnen im Gesellschaftsprozeß Zeuge sein kann (R.Ger. V Nr. 16), der böse Glaube eines von ihnen die Gesellschaft bösgläubig macht, die Ausländereigenschaft auch nur eines von ihnen den Schiffen der Gesellschaft das Recht zur Führung der Reichsflagge entzieht (R.G. v. 22. Juni 1899 § 2) u. s. w.

Die Rechte der o. H.G. kann trotzdem gemäß dem Gesamthandsprinzip der einzelne Gesellschafter niemals, weder ganz noch anteilsweise, für sich geltendmachen.

Alle Verbindlichkeiten der o. H.G. aber sind nicht nur Gesamtverbindlichkeiten, sondern zugleich Sonderverbindlichkeiten jedes Gesellschafters. Denn unmittelbar aus der Eigenschaft als offener Gesellschafter ergibt sich eine Dritten gegenüber nicht wegzubedingende persönliche Haftung für die Gesellschaftsschulden (§ 128), die auch jeden neuen Gesellschafter in Ansehung älterer Gesellschaftsschulden rechtsnotwendig ergreift (§ 130). Diese Haftung ist direkt, solidarisch, unbeschränkt und prinzipal. Der Gesellschaftsgläubiger kann also nach freier Wahl statt oder neben der o. H.G. unter ihrer Firma den einzelnen Gesellschafter angreifen. Nur während eines Gesellschaftskonkurses wird, wenn zugleich der Konkurs über das Privatvermögen eines Gesellschafters eröffnet ist, dessen Sonderhaftung in bloße Ausfallhaftung verwandelt (Konk.O. § 201; nach altem H.G.B. Art. 122 auch ohne Eröffnung des Privatkonkurses).

Die neben der Haftung aller zu gesamter Hand stehende gesamtschuldnerische Haftung der einzelnen ist eine gesellschaftliche Sonderhaftung. Um ihrer gesellschaftlichen Natur willen kann der Gesellschafter einerseits Einwendungen, die nicht in seiner Person begründet sind, nur insoweit geltendmachen, als sie auch von der Gesellschaft erhoben werden könnten, anderseits einredeweise sich auf ein der Gesellschaft zustehendes Anfechtungsrecht oder Aufrechnungsrecht berufen (§ 129 Abs. 1—3). Weil aber seine Haftung Individualhaftung ist, kann er auch in seiner Person begründete Einwendungen (z. B. die Einrede des Erlasses oder der Stundung oder den Einwand der Aufrechnung mit einer eigenen Forderung) geltendmachen und braucht daher die Zwangsvollstreckung in sein Vermögen auf Grund eines nur gegen die Gesellschaft ergangenen Urteils nicht zu dulden (§ 129 Abs. 4; ebenso gegen Wach, Cosack u. a. schon die frühere Praxis). Doch genügt die Tatsache der rechtskräftigen Verurteilung der Gesellschaft zur Begründung der Klage gegen jeden Gesellschafter.

Literatur: v. Gorski, Geschäftsführung und Vertretung bei der o. H.G., 1888. Römer, Abh. I 149 ff. v. Hahn, Z. f. H.R. XXIII 630 ff. Goldschmidt, ebenda XXVII 35 ff. Wach, Handb. des Civilproz. I 522 ff., Z. f. Civilproz. IX 433 ff. Eccius, Z. f. H.R. XXXII 1 ff. Sommer b. Gruchot XXX 358 ff. F. Milch, Die Haftung für die Schulden der o. H.G., 1892. Cosack §§ 107 ff. Hellwig, Anspruch und Klagerecht S. 266 ff.

§ 38. Innere Rechtsverhältnisse. Im Verhältnis der Gesellschafter zueinander gelten in zwiefacher Hinsicht andere Grundsätze, als sie der Ordnung der äußeren Rechtsverhältnisse zu Grunde liegen. Einmal ist hier die Vertragsfreiheit, die nach außen geringen Spielraum hat, grundsätzlich anerkannt, so daß die gesetzlichen Regeln nur subsidiär

anzuwenden sind (§ 109). Sodann überwiegt hier, während nach außen die Einheit der Gesellschaft im Vordergrunde steht, das Sonderrecht der Gesellschafter, ohne daß freilich ein ungesonderter Gesamtbereich fehlte, in dem die Personeneinheit auch nach innen wirksam wird.

1. Willensgemeinschaft. Als personenrechtliche Gesellschaft erzeugt die o. H.G. eine ständige Willensverbundenheit.

a) Die gesellschaftliche Willensbildung erfolgt durch Beschlußfassung. Ein Gesellschaftsbeschluß ist zu allem erforderlich, was nicht zur laufenden Geschäftsführung gehört (§ 116 Abs. 2). Er bedarf der Einstimmigkeit aller (oder doch, wenn er sich gegen einen Gesellschafter richtet, aller übrigen) Gesellschafter; ist Entscheidung mit Stimmenmehrheit vereinbart, so wird im Zweifel nach Köpfen gestimmt (§ 119).

b) Die gesellschaftliche Willensausführung erfolgt durch Geschäftsführung. Zur Geschäftsführung ist an sich jeder Gesellschafter berechtigt und verpflichtet (§ 114 Abs. 1). Der Gesellschaftsvertrag kann sie jedoch einem oder mehreren Gesellschaftern unter Ausschluß der übrigen übertragen (§ 114 Abs. 2). Auch kann er sie mehreren Gesellschaftern zu gesamter Hand überweisen. Ebenso kann er sie beliebig beschränken oder verteilen. Aus einem wichtigen Grunde kann die Geschäftsführung einem Gesellschafter auf Antrag der übrigen gerichtlich entzogen werden (§ 117).

Die Geschäftsführung erstreckt sich auf alle Handlungen, die der Betrieb des Handelsgewerbes dieser Gesellschaft gewöhnlich mit sich bringt (§ 116 Abs. 1). An Gesellschaftsbeschlüsse ist sie gebunden. Darüber hinaus bestehen gesetzliche Schranken.

Im Zweifel ist jeder geschäftsführende Gesellschafter als Einzelgeschäftsführer befugt, für sich allein zu handeln, muß aber die Handlung unterlassen, wenn ein anderer geschäftsführender Gesellschafter widerspricht. Ist Gesamtgeschäftsführung vereinbart, so bedarf es zu jeder Handlung der Zustimmung der Mitgeschäftsführer, es sei denn, daß Gefahr im Verzuge ist. Die Erteilung einer Prokura darf, wenn nicht Gefahr im Verzuge ist, immer nur mit der Zustimmung aller geschäftsführenden Gesellschafter erfolgen. Zum Widerruf einer Prokura ist umgekehrt stets jeder auch nur mitgeschäftsführende Gesellschafter befugt (§ 115).

Jedem von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter steht ein Aufsichtsrecht und zu diesem Behuf das Recht jederzeitiger persönlicher Kenntnisnahme und Einsicht in die Geschäftsbücher zu; vertragsmäßige Einschränkungen fallen bei begründetem Verdacht unredlicher Geschäftsführung weg (§ 118).

c) Der Gesellschafter muß sich jedes nicht etwa von den Mitgesellschaftern genehmigten Konkurrenzbetriebes im Handelszweige der Gesellschaft enthalten und darf auch nicht an einer anderen gleichartigen Gesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter teilnehmen; verletzt er diese Pflicht, so hat die Gesellschaft gegen ihn gleiche Ansprüche wie der Prinzipal gegen den pflichtwidrig handeltreibenden Handlungsgehilfen (§ 113).

2. Vermögensgemeinschaft. Die o. H.G. begründet eine Vermögensgemeinschaft, die sich in der Bildung und dem Genuß des den Gesellschaftern zu gesamter Hand zustehenden Gesellschaftsvermögens betätigt. Das Gesellschaftsvermögen bildet sich durch die Beiträge der Gesellschafter, den Erwerb aus Geschäftsführung, den inneren Zuwachs und die Surrogate (B.G.B. § 718). Auch die Forderung auf rückständige Beiträge gehört nach richtiger Ansicht zum Gesellschaftsvermögen.

a) Beiträge. Die Beitragspflicht der Gesellschafter richtet sich nach dem Vertrage und subsidiär nach den Vorschriften des B.G.B. (§§ 706, 707). Im Zweifel sind gleiche, möglicherweise aber ungleiche und selbst ungleichartige (vielleicht auch nur in Diensten bestehende) Beiträge zu leisten. Zur Erhöhung des vereinbarten Beitrags oder zur Ergänzung der durch Verlust verminderten Einlage ist ein Gesellschafter nicht verpflichtet. Sind Sachen beizutragen, so kann Vergemeinschaftung des Eigentums oder nur des Gebrauchs bedungen sein. Bei vertretbaren und verbrauchbaren Sachen aber spricht stets, bei anderen Sachen dann, wenn sie nach einer nicht bloß der Gewinnberechnung wegen aufgestellten Schätzung beizutragen sind, eine Vermutung dafür, daß das Eigentum vergemeinschaftet werden soll. Die Überführung des geschuldeten Beitrages in das Gesellschafts-

vermögen (Einbringung, Illation) fordert eine der Beschaffenheit des Gegenstandes entsprechende Übertragung auf die Gesellschaft, also bei Grundstücken Auflassung und Eintragung, bei beweglichen Sachen Übergabe, bei Rechten Abtretung u. s. w. Diese Übertragung hat sich kraft des Gesamthandprinzips auf den ganzen Gegenstand, nicht etwa, wie bei der römischen Sozietät, nur auf einen Bruchteil zu richten. Darum ist auch, wenn ein Grundstück schon im Miteigentum der Gesellschafter steht, die Auflassung durch die Gesellschafter an die o. H.G. erforderlich.

b) Ersatzleistungen. Außer dem Beitrage schuldet der Gesellschafter der Gesellschaft die Herausgabe alles dessen, was er für sie erlangt hat, und, sofern er nicht die gleiche Sorgfalt wie in eignen Angelegenheiten angewendet hat (B.G.B. § 708), Ersatz des verschuldeten Schadens. Eine handelsrechtliche Besonderheit besteht darin, daß er jedenfalls rückständige Geldeinlagen, nicht rechtzeitig zur Gesellschaftskasse abgelieferte Gesellschaftsgelder und unbefugt aus der Gesellschaftskasse entnommenes Geld verzinsen muß (§ 111).

Andererseits hat er weitergehende Ersatzansprüche als ein gewöhnlicher Beauftragter. Denn er kann von der Gesellschaft Ersatz für alle Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten durfte, und für Verluste, die er unmittelbar durch die Geschäftsführung oder aus einer mit ihr untrennbar verbundenen Gefahr (z. B. Unfall auf einer Geschäftsreise) erleidet, sowie Verzinsung für aufgewendetes Geld verlangen (§ 110). Einen Anspruch auf Entlohnung seiner Arbeit als Geschäftsführer hat er nur im Falle besonderer Vereinbarung.

c) Anteile. Da das Gesellschaftsvermögen den Gesellschaftern gemeinschaftlich zu gesamter Hand gehört, steht jedem Gesellschafter daran ein Anteil, jedoch ein unausgeschiedener und gebundener Anteil zu. Dieser Anteil ist bei der o. H.G. als ein durch einen Geldbetrag ausgedrückter Wertanteil am Vermögen als Ganzem ausgestaltet und wird daher im H.G.B. als „Kapitalanteil" bezeichnet. Er gewährt nicht nur während des Bestandes der G. kein Bruchteilsrecht an den einzelnen Gegenständen, sondern auch nach Auflösung der G. keinen Anspruch auf Naturalteilung, erschöpft sich vielmehr in einem Geldanspruch, der dem Verhältnis seines Nennbetrages zum jeweiligen Geldwerte des Gesellschaftsvermögens entspricht. Im Verhältnis zueinander sind die Anteile der Gesellschafter nicht feste, sondern wechselnde Quoten, da sie mit der Veränderung ihres Nennbetrages durch Zu- oder Abschreibungen bei den einzelnen Konten wachsen oder schwinden. Der Anteil ist untrennbar mit der Eigenschaft als Gesellschafter verknüpft und der Verfügung des Gesellschafters entzogen (B.G.B. § 114 Abs. 1). Er enthält aber einen sonderrechtlichen Anspruch auf gewisse Geldbezüge aus dem Ertrage des Gesellschaftsvermögens und im Falle der Lösung des Gesellschaftsbandes auf Ausantwortung einer seinem Wert entsprechenden Geldsumme. Diese sonderrechtlichen Ansprüche sind übertragbar (B.G.B. § 717). — Als reiner Wertanteil kann der Anteil nicht nur auf Null sinken, sondern auch in eine negative Größe übergehen. Alle Anteile verwandeln sich in Passivanteile, wenn das Gesellschaftsvermögen zur Deckung der Gesellschaftsschulden nicht ausreicht; der einzelne Anteil aber kann auch, wenn das Gesellschaftsvermögen einen Aktivbestand aufweist, durch Abschreibungen passiv werden. Der Passivanteil legt eine sonderrechtliche Deckungspflicht auf, die aber erst mit Lösung des Gesellschaftsbandes in Wirksamkeit tritt (B.G.B. § 735).

d) Gewinn und Verlust. Mangels anderer Vereinbarung wird am Schlusse jedes Geschäftsjahres der Gewinn oder Verlust des Jahres ermittelt und für jeden Gesellschafter sein Anteil daran berechnet (§ 121 Abs. 1). Von dem Jahresgewinn gebührt jedem Gesellschafter zunächst ein Anteil in Höhe von 4 v. H. seines Kapitalanteils oder, wenn weniger gewonnen ist, in entsprechend geringerer Höhe; die im Laufe des Jahres eingetretenen Veränderungen des Kapitalanteils durch Einlagen oder Geldentnahmen werden dabei pro rata temporis berücksichtigt; überschießender Jahresgewinn, sowie der Verlust eines Jahres werden nach Köpfen verteilt (§ 121). Dieser gesetzliche Verteilungsmaßstab ist billiger als der des alten H.G.B. (Art. 106), nach dem jedem Kapitalanteil feste „Zinsen" von 4 v. H. zuflossen, somit bei geringerem Verdienst der bloß arbeitende Gesellschafter aus eigner Tasche den „Verlust" mitzudecken hatte.

Immerhin ist auch jetzt das Kapital vor der Arbeit bevorzugt, da, wenn der Gewinn nicht 4 v. H. übersteigt, der bloß arbeitende Gesellschafter leer ausgeht.

Der berechnete Gewinn wird dem Kapitalanteil zugeschrieben, der Verlust nebst dem im Laufe des Jahres auf den Kapitalanteil entnommenen Gelde davon abgeschrieben (§ 120 Abs. 2). Ein Anspruch der Gesellschafter auf jährliche reale Gewinnverteilung besteht an sich so wenig wie eine Verpflichtung zur realen Deckung des Verlustes. Doch kann jeder Gesellschafter jährlich aus der Gesellschaftskasse zu seinen Lasten Geld bis zum Betrage von 4 v. H. seines für das letzte Geschäftsjahr festgestellten Geschäftsanteiles erheben und darüber hinaus, soweit es nicht zum offenbaren Schaden der Gesellschaft gereicht, die Auszahlung des etwaigen höheren letzten Jahresgewinnes verlangen (§ 122 Abs. 1). Der Anspruch auf 4 v. H. begründet, da er unabhängig vom Geschäftsergebnis ist, unter Umständen das sonst ausgeschlossene Recht, einseitig den Kapitalanteil zu vermindern (§ 122 Abs. 2).

3. Rechtsverhältnisse zwischen Gesellschaft und Gesellschafter. Die gesellschaftlichen Rechte und Pflichten stehen den Gesellschaftern gegeneinander zu. Allein nur insoweit, als ein Verhältnis ganz im ungeteilten Gesamtbereich liegt, treten notwendig nur Gesellschafter und Gesellschafter einander gegenüber. Handelt es sich dagegen um gesellschaftliche Sonderrechte oder Sonderpflichten, so können auch die Gesellschaft und ein Gesellschafter einander gegenübertreten. Doch bleiben dabei die Regeln über die inneren Rechtsverhältnisse der o. H.G. maßgebend. In außergesellschaftlichen Verhältnissen steht der Gesellschafter der Gesellschaft ganz wie ein Dritter gegenüber. Hier gelten daher die Regeln über die äußeren Rechtsverhältnisse der o. H.G.

§ 39. Veränderung. Die o. H.G. kann mit veränderter Teilhaberschaft fortbestehen. Sie erleidet hiermit, da für sie die Individualität jedes Teilhabers erheblich ist, eine wesentliche Veränderung, die zur Eintragung anzumelden ist. Allein sie bleibt dieselbe Gesellschaft. Das gesellschaftliche Band wird nicht aufgelöst und neu geschürzt, sondern es wird nur eine Person hineingebunden oder losgebunden. Es findet keine Rechtsnachfolge, sondern unmittelbare Fortsetzung der bisherigen Rechtsverhältnisse statt.

1. Eintritt eines Gesellschafters. Durch Gesellschaftsbeschluß (im Zweifel nur einstimmig) kann ein neuer Gesellschafter aufgenommen werden. Er rückt ohne besondere Vergemeinschaftung der einzelnen Rechte und Pflichten, ohne Auflassung, Eintragung, Übergabe, Abtretung, Schuldübernahme u. s. w. in die Stellung eines Gesellschafters ein, erlangt also einen Anteil am Gesellschaftsvermögen und wird für die Gesellschaftsverbindlichkeiten persönlich verhaftet. Der Eintritt der gesellschaftlichen Sonderhaftung kann nicht wegbedungen werden (§ 130).

2. Einrücken der Erben. Der Gesellschaftsvertrag kann bestimmen, daß an Stelle eines verstorbenen Gesellschafters dessen Erben treten. Dann vollzieht sich mit dem Erbewerden zugleich der Eintritt als Gesellschafter. Damit war nach bisherigem Recht notwendig die persönliche Sonderhaftung jedes Erben für alle Gesellschaftsschulden verbunden (R.Ger. XVI Nr. 11). Das neue H.G.B. § 139 hat dies gemildert. Der Erbe kann verlangen, daß ihm die Stellung eines Kommanditisten mit seinem Anteil am Kapitalanteile des Erblassers gewährt werde, und im Weigerungsfall ausscheiden. Zur Ausübung dieser Rechte hat er drei Monate seit Kenntnis vom Erbfalle (oder bis zum etwaigen späteren Ablauf der Ausschlagungsfrist) Zeit. Wird er Kommanditist, oder scheidet er rechtzeitig aus, so trifft ihn für die bis dahin entstandenen Gesellschaftsverbindlichkeiten nur die beschränkte Erbenhaftung. Der Gesellschaftsvertrag kann die Rechte des Erben nicht schmälern. Nur kann er für den Fall, daß der Erbe Kommanditist wird, den Gewinnanteil anders bestimmen.

3. Ausscheiden eines Gesellschafters. Besteht eine o. H.G. aus mehr als zwei Personen, so kann, wenn ein Gesellschafter ausscheidet, die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortgesetzt werden. Die Fortsetzung tritt ein, wenn sie im Gesellschaftsvertrage für den Fall, daß ein Gesellschafter stirbt, kündigt oder in Konkurs verfällt, an Stelle der Auflösung vorgesehen ist (§ 138); wenn ein Gesellschafter, in

dessen Person ein Grund zur vorzeitigen Kündigung für die anderen Gesellschafter eintritt, auf deren einstimmigen Antrag gerichtlich ausgeschlossen wird (§ 140 Abs. 1); wenn im Falle der Kündigung durch den Privatgläubiger eines Gesellschafters oder im Falle des Konkurses eines Gesellschafters die übrigen Gesellschafter die Fortsetzung beschließen und dies dem Gläubiger oder Konkursverwalter erklären (§ 141).

Die Wirkungen des Ausscheidens richten sich nach B.G.B. §§ 738—740. Der Anteil des Ausscheidenden wächst den übrigen Gesellschaftern an, die Gesellschaft hat aber den Wert des Anteils im entscheidenden Zeitpunkt (vgl. dazu H.G.B. § 140 Abs. 2) dem Ausgeschiedenen oder seinem Rechtsnachfolger bar auszuzahlen. Bei einem Passivanteil hat umgekehrt der Ausgeschiedene den Fehlbetrag an die Gesellschaft zu zahlen. An Gewinn und Verlust aus schwebenden Geschäften bleibt der Ausgeschiedene noch beteiligt, er muß sich aber deren Abwicklung durch die Gesellschaft gefallen lassen. Den Gesellschaftsgläubigern haftet der Ausgeschiedene fort, es läuft aber zu seinen Gunsten eine abgekürzte Verjährung (vgl. unten § 40 Z. 4).

Besteht eine o. H.G. nur aus zwei Personen, so wird sie durch das Ausscheiden eines Gesellschafters notwendig aufgelöst. Wenn daher der andere Gesellschafter das Geschäft fortführt, so gelten die Regeln über die Übertragung des Geschäftes im ganzen auf ein neues Subjekt (oben § 21). Das neue H.G.B., § 142, gibt aber in den Fällen, in denen bei einer aus mehr als zwei Personen bestehenden o. H.G. ein Gesellschafter ausgeschlossen oder dem Privatgläubiger oder Konkursverwalter eines Gesellschafters gegenüber die Fortsetzung der Gesellschaft erklärt werden kann, dem einen von zwei Gesellschaftern ein Recht auf Übernahme des Geschäftes im ganzen. Dabei finden in Ansehung der Durchsetzung dieses Rechts und der Auseinandersetzung zwischen dem neuen Geschäftsinhaber und seinem ehemaligen Gesellschafter die für den Fall des Ausscheidens geltenden Regeln entsprechende Anwendung.

Literatur: Keyßner, Die Erhaltung der H.G. gegen die Auflösungsgründe des A.D.H.G.B., 1870. Biezens, Z. f. H.R. XXXV 91 ff. Gierke, Vereine ohne Rechtsf. S. 24 ff. Knoke, Arch. f. b. R. XX 170 ff.

§ 40. Beendigung.

1. Auflösungsgründe der o. H.G. sind: Ablauf der vereinbarten Zeit; Beschluß der Gesellschafter; Eröffnung des Gesellschaftskonkurses; Tod eines Gesellschafters; Konkurs eines Gesellschafters; Kündigung und gerichtliche Entscheidung (§ 131). Zur Kündigung, die mit sechsmonatiger Frist zum Ablauf des Geschäftsjahres erfolgen muß, ist jeder Gesellschafter befugt, wenn die Gesellschaft auf unbestimmte Zeit oder auf Lebenszeit eingegangen oder nach Ablauf ihrer Zeit stillschweigend fortgesetzt ist (§§ 132, 134); außerdem bei jeder wie immer befristeten Gesellschaft der Privatgläubiger eines Gesellschafters, sobald ihm dessen Auseinandersetzungsanspruch gerichtlich überwiesen ist (§ 135). Eine vorzeitige Auflösung kann stets auf Antrag eines Gesellschafters durch gerichtliche Entscheidung erfolgen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt; jede vertragsmäßige Einschränkung des Rechts, in diesem Falle die Auflösung zu verlangen, ist nichtig (§ 133). Inwiefern die einzelnen Auflösungsgründe wegbedungen oder nachträglich in bloße Veränderungsgründe verwandelt werden können, ist oben gezeigt. Die durch Eröffnung des Gesellschaftskonkurses eingetretene Auflösung kann durch Fortsetzungsbeschluß der Gesellschafter wieder rückgängig gemacht werden, falls der Konkurs nach Abschluß eines Zwangsvergleiches aufgehoben oder auf Antrag des Gemeinschuldners eingestellt wird (§ 144 Abs. 1).

2. Wirkungen. Mit der Auflösung der o. H.G. fällt das Gesellschaftsband weg. Diese Wirkung tritt an sich mit dem Zeitpunkte der Auflösung ein. Doch ist Dritten gegenüber die Eintragung in das Handelsregister, die herbeizuführen sämtliche Gesellschafter (vom Falle des Gesellschaftskonkurses abgesehen) verpflichtet sind (§ 143), erforderlich, um die Auflösung offenkundig zu machen (§ 15). Ferner gilt, den Fall der Kündigung ausgenommen, die Geschäftsführungsbefugnis eines Gesellschafters zu seinen Gunsten den anderen Gesellschaftern gegenüber so lange als fortbestehend, bis er die

Auflösung erfahren hat oder kennen muß (§ 136). Bei der Auflösung durch den Tod oder Konkurs eines Gesellschafters gilt überhaupt in Ansehung der Geschäftsführung insoweit, als Gefahr im Verzuge ist, die Gesellschaft bis zu anderweitiger Vereinbarung als fortbestehend; im Falle des Todes eines Gesellschafters ist auch dessen Erbe, der den Tod sofort anzeigen soll, zur einstweiligen Fortführung der von seinem Erblasser zu besorgenden unaufschiebbaren Geschäfte verpflichtet (§ 137).

Das Gesellschaftsband wirkt aber nach; es bleibt insoweit wirksam, als dies zur Verwirklichung der Auflösungsfolgen erforderlich ist. Die aufgelöste o. H.G. geht daher in eine Auseinandersetzungsgemeinschaft über, die noch vom Gesellschaftsrecht beherrscht wird und nach wie vor eine Gemeinschaft zu gesamter Hand mit kaufmännischer Personeneinheit bleibt.

Die Auseinandersetzung erfolgt nach der gesetzlichen Regel im Wege der Liquidation. Nur im Falle der Eröffnung des Gesellschaftskonkurses, die auch nach der Auflösung bis zur Verteilung des Vermögens zulässig ist, tritt das selbständige Konkursverfahren über das Gesellschaftsvermögen an die Stelle (Konk.O. §§ 209—212). Im übrigen kann von den Gesellschaftern (jedoch bei der Auflösung durch Kündigung eines Privatgläubigers oder durch Konkurs eines Gesellschafters nur mit Zustimmung des Gläubigers oder Konkursverwalters) statt der Liquidation eine andere Art der Auseinandersetzung (z. B. Veräußerung des Geschäfts im ganzen und Teilung des Erlöses oder Naturalteilung) vereinbart werden (§ 145). Doch finden auch dann, solange ungeteiltes Gesellschaftsvermögen vorhanden ist, Dritten gegenüber die Vorschriften über die Liquidation entsprechende Anwendung (§ 158).

3. Liquidation. Die Liquidation ist Auseinandersetzung durch Geschäftsauflösung. Ihre Haupteigentümlichkeit besteht darin, daß, soweit ihr Zweck es fordert, nach außen wie nach innen das Gesellschaftsrecht fortgilt (§ 156). Allein es treten Abwandlungen ein, die darauf beruhen, daß die Liquidationsgemeinschaft nur da ist, um sich zu zersetzen; sie ist unproduktiv und kann neue Rechtsverhältnisse nur erzeugen, soweit dies zur Abwicklung der alten erforderlich ist.

Teilhaber der Liquidationsgemeinschaft sind die ehemaligen Gesellschafter oder ihre Rechtsnachfolger. Sie sind die Herren des ihnen zu gesamter Hand gehörenden Gesellschaftsvermögens, über das sie frei verfügen können.

Geschäftsführer und Vertreter sind die Liquidatoren. Sie können im Gesellschaftsvertrage oder durch einstimmigen Beschluß bestimmt sein. Andernfalls sind sämtliche Gesellschafter (für mehrere Erben ein gemeinschaftlicher Vertreter, für einen Gemeinschuldner der Konkursverwalter) zu Liquidatoren berufen. Aus wichtigen Gründen kann aber das Gericht auf Antrag eines Beteiligten andere Personen (auch Nichtbeteiligte) zu Liquidatoren ernennen (§ 146). Die Abberufung von Liquidatoren geschieht in gleicher Weise durch das Gericht oder durch einstimmigen Beschluß (§ 147). Mehrere Liquidatoren sind im Zweifel kollektiv berufen (§ 150). Alle erheblichen Tatbestände in Ansehung der Liquidatoren sind einzutragen (§ 148).

Im Gegensatz zu den für die bestehende o. H.G. geltenden Regeln decken sich bei den Liquidatoren Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht. Beide erstrecken sich auf die zum Zwecke der Auseinandersetzung erforderlichen Handlungen: Beendigung der laufenden Geschäfte, Einziehung der Forderungen, Umsetzung des übrigen Vermögens in Geld; Befriedigung der Gläubiger; nur zur Beendigung schwebender Geschäfte auch Eingehung neuer Geschäfte (§ 149). Während aber die Liquidatoren als Geschäftsführer den einstimmigen Beschlüssen der Beteiligten unterworfen bleiben (§ 152), ist eine Beschränkung ihrer Vertretungsmacht Dritten gegenüber unwirksam (§ 151). Die Liquidatoren sollen unter der Firma der o. H.G. mit einem Zusatz, der diese als Liquidationsfirma bezeichnet (i. L.), und unter Hinzufügung ihres Namens zeichnen (§ 153). Sie haben bei Beginn und bei Beendigung der Liquidation eine Bilanz aufzustellen (§ 154).

Das hergestellte Reinvermögen haben die Liquidatoren nach dem Verhältnis der aus der Schlußbilanz ersichtlichen Kapitalanteile zu verteilen; schon während der

Liquidation wird entbehrliches Geld vorläufig verteilt (§ 155). Die Teilansprüche gehen lediglich auf Geld; werden einem Gesellschafter Sachen oder Rechte zugewiesen, so liegt Hingabe an Zahlungs Statt vor.

Nach Beendigung der Liquidation ist das Erlöschen der Firma anzumelden; die Bücher und Papiere werden einem Gesellschafter oder einem Dritten, den mangels Vereinbarung das Gericht bestimmt, zur Aufbewahrung übergeben (§ 157).

4. Verjährung. Zu Gunsten des ehemaligen Gesellschafters einer o. H.G. läuft in Ansehung seiner Sonderhaftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten eine längstens fünfjährige Verjährung. Sie beginnt, sofern nicht die Forderung erst später fällig wird, mit dem Tage, an dem die Auflösung der Gesellschaft oder das Ausscheiden des Gesellschafters in das Handelsregister eingetragen ist. Die Unterbrechung der Verjährung gegenüber der aufgelösten Gesellschaft wirkt auch gegenüber den ehemaligen Gesellschaftern. Dagegen wird die Verjährung gegenüber dem ausgeschiedenen Gesellschafter durch Rechtshandlungen gegen die Gesellschaft nicht unterbrochen (§§ 159, 160).

Literatur: Lastig, Die Auflösung der kaufmännischen Gesellschaft, 1900. — O. Francken, Die Liquidation der o. H.G. in geschichtlicher Entwicklung, 1890. K. Jerschke, Die Liquidation der o. H.G., 1895. — Fick, Konkurs der Kollektivgesellschaft, 1885. Frankl, Konkurs der o. H.G., 1891. E. Jäger, Der Konkurs der o. H.G., 1896. A. Burchardt, Über die Feststellung im Konkurse der o. H.G., 1900.

Drittes Kapitel.

Die Kommanditgesellschaft nebst der stillen Gesellschaft.

§ 41. Geschichtliche Entwicklung. Die K.G. und die st. G. haben ihre gemeinsame Wurzel in der frühmittelalterlichen commenda, die namentlich in Italien, aber auch in Deutschland und Frankreich zuerst im Seehandel, dann auch im Landhandel (besonders im Bankgeschäft) üblich wurde. Die commenda war eine gesellschaftliche Einlage von Gut oder Geld, das der Empfänger (tractator) behufs Teilung des Gewinnes mit dem commendator gewerblich verwerten sollte. Sie kam in mannigfach verschiedenen Formen vor; insbesondere trug der tractator bald nur Arbeit bei (sendeve), bald auch Kapital (wedderleginge) und erschien bald nur als Geschäftsführer des commendator, bald als der eigentliche Geschäftsherr. Allmählich entwickelte sich namentlich in den romanischen Ländern daraus eine neue Form der Handelsgesellschaft (societas in accommenda), indem beide Teile gemeinsam nach außen als Geschäftsherren galten und eine Gesellschaftsfirma annahmen. Daneben aber erhielt sich die nach außen latente Form der Geschäftsbeteiligung (participatio). Das kanonische Recht setzte der Ausbedingung von Gewinnanteil für hingegebenes Kapital kein Hindernis entgegen, wenn nur auch die Verlustgefahr mitgetragen wurde; den völligen Ausschluß der Verlustgefahr erklärte Sixtus V. i. J. 1586 für wucherisch.

In der neueren Gesetzgebung und Theorie wurde anfänglich nur die eine oder andere Form als Gesellschaft anerkannt. Während in Frankreich durch die Ordonnanzen von 1673 und den Code de comm. Art. 23—28 die hier überwiegende Form mit Gesellschaftsfirma als „société en commandite" geregelt und die stille Form als bloße Abart des Darlehens behandelt wurde, beachtete man in Deutschland nur die stille Form und nannte sie auch wohl „deutsche Kommanditgesellschaft". Erst das deutsche H.G.B. normierte beide Formen nebeneinander und erhob die K.G. zur vollentwickelten Handelsgesellschaft, während es die st. G. als besondere handelsrechtliche Form des Gesellschaftsvertrages ausgestaltete. — Am spätesten fand die K.G. in England Eingang, wo bis zum Jahre 1863 jede Geschäftsteilhaberschaft mit beschränkter Haftung unzulässig war.

Literatur, L. Goldschmidt, De societate en commandite, 1851. W. Silberschmidt, Die Commenda in ihrer frühesten Entwicklung, 1884. Lepa, Z. f. H.R. XXVI 438 ff. Lastig, Römisches Akkomanditenregister des 17. u. 18. Jahrh., 1887. B. Ehrenberg, Beschränkte Haftung des Schuldners, 1880.

§ 42. Die Kommanditgesellschaft.

1. Begriff. Die K.G. des geltenden deutschen Rechts ist eine auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtete Gesellschaft, bei der die Haftung eines Gesellschafters oder mehrerer Gesellschafter auf den Betrag einer bestimmten Vermögenseinlage beschränkt ist, während bei dem anderen Teil der Gesellschafter eine solche Beschränkung nicht stattfindet. Es gibt also zwei Klassen von Gesellschaftern, deren jede in der Einzahl oder Mehrzahl vorhanden sein kann: persönlich haftende Gesellschafter (p. h. G., Komplementär, gérant) und Kommanditisten (Kommanditär, bailleur de fonds). Der p. h. G. setzt notwendig seine ganze vermögensrechtliche Persönlichkeit für den Gesellschaftszweck ein, kann aber außerdem Kapital oder Arbeit oder beides beitragen. Der Kommanditist muß ein begrenztes Stück seiner vermögensrechtlichen Persönlichkeit einsetzen, schuldet aber jedenfalls außerdem einen Kapitalbeitrag, durch dessen Höhe zugleich die Haftungsgrenze bestimmt wird. Die Rechtsstellung eines Kommanditisten nur auf die Haftungsübernahme zu gründen, ist unzulässig. Dagegen kann die Haftungssumme höher als die Kapitaleinlage festgesetzt werden. Daß der Kommanditist auch Arbeit beitrage, ist nicht ausgeschlossen (anders Code de comm. Art. 27).

2. Wesen. Die Kommanditgesellschaft ist heute lediglich eine modifizierte o. H.G. Darum finden auf sie die Vorschriften über die o. H.G. subsidiär Anwendung (§ 161 Abs. 2). Die Abweichungen beruhen darauf, daß es hier Gesellschafter gibt, die nur kapitalistisch beteiligt sind. Darum ist in subjektiver Hinsicht die Personeneinheit aus einer zu ungleichem Recht verbundenen Personenmehrheit gebildet, in objektiver Hinsicht aber das Gesellschaftsvermögen, insoweit es aus den Vermögenseinlagen der Kommanditisten besteht, nach außen vinkuliert.

3. Einrichtung. Die Begründung der K.G. erfolgt durch Gesellschaftsvertrag. Entsteht eine K.G. durch Umwandlung einer o. H.G., in die ein Kommanditist eintritt oder in der ein Erbe als Kommanditist verbleibt, so liegt darin nicht Auflösung und Neubildung, sondern bloße Veränderung einer fortbestehenden H.G. Gleiches gilt in dem umgekehrten Fall.

Außer den bei der o. H.G. einzutragenden Tatsachen sind hier auch Name, Stand und Wohnort jedes Kommanditisten, sowie der Betrag seiner Vermögenseinlage anzumelden und einzutragen, werden aber nicht mit veröffentlicht (§ 162). Die Eintragung hat insofern hier erhöhte Bedeutung, als von ihr die Offenkundigkeit der Haftbeschränkung des Kommanditisten abhängt. Tritt die K.G. mit Zustimmung des Kommanditisten vor der Eintragung in den Verkehr, so haftet der Kommanditist für die bis zur Eintragung entstandenen Gesellschaftsverbindlichkeiten gleich einem p. h. G., wenn er nicht dem Gläubiger Kenntnis der Sachlage beweist; analog haftet ein in eine bestehende H.G. eingetretener Kommanditist persönlich für die zwischen seinem Eintritt und dessen Eintragung entstandenen Verbindlichkeiten (§ 176).

4. Äußere Rechtsverhältnisse. Die K.G. tritt, wenn auch nur ein p. h. G. da ist, Dritten als handlungsfähige und rechtsfähige Personeneinheit mit einem Sondervermögen gegenüber. Die Kommanditisten sind Mitträger der gesamten Hand und müssen mithandeln, wo zu gesamter Hand gehandelt werden muß. Allein dem Kommanditisten fehlt die gesellschaftliche Vertretungsmacht (§ 170). Die K.G. ist ferner in der Verfügung über das Gesellschaftsvermögen zu Gunsten der Gläubiger in Ansehung der Vermögenseinlagen der Kommanditisten gebunden. Der eingetragene Betrag ist den Gläubigern gegenüber maßgebend. Jede Vereinbarung über Erlaß oder Stundung der Einlage ist den Gläubigern gegenüber unwirksam. Erfolgt eine Rückzahlung, so gilt insoweit die Einlage als nicht geleistet. Dies gilt auch im Falle der Auszahlung von Gewinnanteilen, solange der Kapitalanteil des Kommanditisten durch Verlust gemindert ist oder durch die Auszahlung gemindert wird. Nur was ein Kommanditist in gutem Glauben auf Grund einer in gutem Glauben errichteten Bilanz als Gewinnanteil bezogen hat, braucht er niemals zurückzuzahlen (§ 172).

Die Gesellschafter als einzelne sind für die Gesellschaftsverbindlichkeiten in gleicher Weise wie bei der o. H.G. verhaftet. Es besteht nur der eine Unterschied, daß die Haf-

tung des Kommanditisten auf den Betrag seiner Einlage beschränkt ist. Der Kommanditist befreit sich also durch den Nachweis, daß er diesen Betrag an die Gesellschaft geleistet oder bereits zur Befriedigung anderer Gesellschaftsgläubiger hergegeben hat. Im übrigen haftet er ebenso unmittelbar wie der p. h. G.; die früher sehr verbreitete, aber in Theorie und Praxis überwiegend verworfene gegenteilige Ansicht ist durch das neue H.G.B. ausdrücklich zurückgewiesen (§ 171 Abs. 1). Doch kann während der Dauer des Gesellschaftskonkurses nur der Konkursverwalter die Gläubigerrechte gegen den Kommanditisten geltendmachen (§ 171 Abs. 2). Der Kommanditist haftet ferner gleich dem p. h. G. auf das Ganze und (vom Konkursfalle abgesehen) neben dem Gesellschafter. Ebenso trifft den neueintretenden Kommanditisten die nicht wegzubedingende Haftung für alle Gesellschaftsschulden (§ 173).

5. Innere Rechtsverhältnisse. Nach innen gilt auch hier Vertragsfreiheit (§ 163).

Der gesetzlichen Regel nach ist in Ansehung der Willensgemeinschaft der Kommanditist ein Gesellschafter minderen Rechts. Er steht zwar bei der Beschlußfassung dem p. h. G. gleich. Allein er ist von der Geschäftsführung ausgeschlossen und kann daher Handlungen eines p. h. G. nur widersprechen, wenn sie über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes hinausgehen (§ 164). Anderseits fällt für ihn das Konkurrenzverbot weg (§ 165). Ein Kontrollrecht steht ihm zu; es ist aber schwächer als das des von der Geschäftsführung ausgeschlossenen p. h. G., indem er nur eine Abschrift der jährlichen Bilanz fordern und zu deren Prüfung die Bücher und Papiere einsehen, außer der Zeit aber nur aus einem wichtigen Grunde durch gerichtliche Anordnung Aufklärung und Einsicht erzielen kann (§ 166).

Am Gesellschaftsvermögen hat der Kommanditist einen gleichartigen Wertanteil zu gesamter Hand wie der p. h. G. Abweichende Regeln aber gelten mangels anderer Vereinbarung für seine Beteiligung an Gewinn und Verlust (§§ 167—169). Sein Gewinnanteil wird seinem Kapitalanteil nur so lange zugeschrieben, bis der Betrag der Vermögenseinlage erreicht ist; was er darüber hinaus stehen läßt, ist gewöhnliche Buchforderung. Am Verlust nimmt er nur bis zum Betrage seines Kapitalanteils und seiner noch rückständigen Einlage teil. Der Mehrgewinn über 4 v. H. und der Verlust werden hier im Zweifel nicht nach Köpfen, sondern nach einem den Umständen nach angemessenen Verhältnis verteilt. Endlich kann der Kommanditist keine Kapitalrente, sondern nur den wirklich gemachten Gewinn und auch diesen nur, solange sein Kapitalanteil den Betrag der bedungenen Einlage erreicht, herausverlangen; doch braucht er einmal bezogenen Gewinn wegen späterer Verluste nicht wieder herauszugeben.

6. Veränderung. Zu den Veränderungsgründen der o. H.G. treten hier als wesentliche Veränderungen Erhöhungen und Herabsetzungen des Betrages der Vermögenseinlage eines Kommanditisten hinzu. Sie sind anzumelden und einzutragen; doch findet ein amtlicher Zwang nicht statt (§ 175). Die Erhöhung wird zu Gunsten der Gläubiger unbedingt mit der Eintragung, vorher nur auf Grund handelsüblicher Bekanntmachung oder besonderer Mitteilung wirksam (§ 172 Abs. 2). Die Herabsetzung ist den Gläubigern gegenüber bis zur Eintragung schlechthin unwirksam; solchen Gläubigern, deren Forderungen zur Zeit ihrer Eintragung schon bestanden, kann sie auch nachher nicht entgegengesetzt werden (§ 174).

7. Beendigung. Der Tod eines Kommanditisten ist kein Auflösungsgrund (§ 177). Im übrigen gelten alle Auflösungsgründe der o. H.G. auch in der Person der Kommanditisten. Die Wirkungen der Auflösung richten sich nach den Vorschriften für die o. H.G. Daher sind bei der Liquidation der K.G. die Kommanditisten in gleicher Weise wie die p. h. G. zu Liquidatoren berufen.

Literatur: Renaud, Das Recht der K.G., 1881. Wendt b. Endemann I 428 ff. Schwalb, Z. f. H.R. XXXIV 338 ff. Luchatsch, K.G., 1894. Cosack §§ 111 ff.

§ 43. Die stille Gesellschaft.

1. Begriff. Eine st. G. liegt vor, wenn sich jemand an dem Handelsgewerbe eines andern mit einer Vermögenseinlage gegen Anteil am Gewinn beteiligt. Regelmäßig

verbindet sich damit eine Beteiligung am Verlust; doch kann, was für das bisherige Recht sehr streitig war, nach geltendem Recht die Beteiligung am Verlust ausgeschlossen werden (§ 336 Abs. 2). Inhaber des Handelsgewerbes kann nicht nur eine Einzelperson oder eine Verbandsperson, sondern auch eine Handelsgesellschaft mit bloßer Personeneinheit sein. Die st. G. besteht immer nur zwischen ihm und dem einzelnen stillen (vertrauten) Gesellschafter.

2. Wesen. Die st. G. ist ein bloßer obligationenrechtlicher Gesellschaftsvertrag mit einem Kaufmann. Ihr rechtliches Wesen ist das der römischen Sozietät. Ein ähnliches Verhältnis kann auch nach bürgerlichem Recht durch Wegbedingung der gesamten Hand begründet werden. Nur im Handelsrecht aber hat sich noch ein gesetzlich geregelter Typus der reinen Sozietät erhalten. Keine st. G. entsteht durch eine bloße gesellschaftliche Nebenabrede bei einem Darlehnsvertrage (R.G. XX Nr. 36) oder Dienstvertrage (Anstellung mit Gewinnbeteiligung).

3. Rechtsverhältnisse. Die st. G. begründet keine Veränderung in der Rechtsstellung des Geschäftsinhabers; sie erzeugt keine Personeneinheit und kein Gesellschaftsvermögen. Der Geschäftsinhaber bleibt das alleinige Subjekt des Handelsgewerbes und darf um der st. G. willen seine Firma nicht verändern. Die Vermögenseinlage des stillen Gesellschafters geht in das Vermögen des Geschäftsinhabers über (§ 335 Abs. 1).

Dritten gegenüber wird daher aus den im Betriebe geschlossenen Geschäften der Inhaber allein berechtigt und verpflichtet (§ 335 Abs. 2). Wird über sein Vermögen Konkurs eröffnet, so ist er allein der Gemeinschuldner, während der stille Gesellschafter wegen der seinen Verlustanteil überschreitenden Einlage Konkursgläubiger, wegen der zur Deckung seines Verlustanteils erforderlichen rückständigen Einlage Schuldner der Konkursmasse ist (§ 341). Doch haben die übrigen Gläubiger dem stillen Gesellschafter gegenüber ein verstärktes Anfechtungsrecht. Der Konkursverwalter kann nämlich ohne weiteres jede Rückgewähr der Einlage und jeden Erlaß des Verlustanteils anfechten, wenn die Rückgewähr oder der Erlaß auf Grund einer im letzten Jahre vor der Konkurseröffnung getroffenen Vereinbarung mit oder ohne Auflösung der Gesellschaft stattgefunden hat. Dieses Anfechtungsrecht fällt nur dann weg, wenn der Konkurs in Umständen seinen Grund hat, die erst nach der Vereinbarung eingetreten sind. Die Geltendmachung der Anfechtung und deren Wirkung richten sich nach den Vorschriften der Konkursordnung (§ 342).

Im Verhältnis der Gesellschafter zueinander ist die st. G. ein bloßes Schuldverhältnis, kraft dessen der Inhaber ein Forderungsrecht auf Übertragung der bedungenen Einlage in sein Vermögen und der stille Gesellschafter ein Forderungsrecht auf Gewinnanteil hat. Der Anteil an Gewinn und Verlust ist mangels Vereinbarung der den Umständen nach angemessene (§ 336 Abs. 1). Gewinn und Verlust werden jährlich berechnet. Der Gewinnanteil wird dem stillen Gesellschafter jährlich ausgezahlt; nicht erhobener Gewinn vermehrt im Zweifel die Einlage nicht. Am Verlust nimmt der stille Gesellschafter nur bis zur Höhe seiner eingezahlten oder rückständigen Einlage teil; bezogenen Gewinn braucht er wegen späterer Verluste nicht zurückzuzahlen, er muß sich aber, solange seine Einlage durch Verlust gemindert ist, die Zurückbehaltung des Jahresgewinnes zur Deckung gefallen lassen (§ 337). Zu seiner Sicherung hat der stille Gesellschafter die gleichen Kontrollbefugnisse wie ein Kommanditist (§ 338).

4. Beendigung. Die Auflösungsgründe sind die des bürgerlichen Rechts. Nur hinsichtlich der Kündigung eines Gesellschafters oder des Gläubigers eines Gesellschafters gelten die Regeln der o. H.G.; die vorzeitige Auflösung aus einem wichtigen Grunde erfolgt aber gemäß B.G.B. § 723 durch Kündigung ohne Kündigungsfrist, nicht, wie bei der o. H.G., durch Richterspruch (§ 339 Abs. 1). Außerdem ist der Tod des stillen Gesellschafters kein Auflösungsgrund (§ 339 Abs. 2).

Die Wirkung der Auflösung ist gewöhnliche Auseinandersetzung zwischen dem Geschäftsinhaber und dem stillen Gesellschafter. Der Inhaber hat das Guthaben des stillen Gesellschafters in Geld zu berichtigen. An Gewinn und Verlust aus schwebenden

Geschäften bleibt der stille Gesellschafter noch beteiligt. Die Abwicklung besorgt der Inhaber, der aber dem stillen Gesellschafter jährlich Rechenschaft schuldet (§ 341).

Literatur: Lastig b. Endemann I 704 ff. Renaud, Stille Gesellschaft, 1885. J. Bauer, Stille Gesellschaft, 1894. Cosack § 112.

Viertes Kapitel.

Die Kapitalgenossenschaft.

Erster Titel: Die Aktiengesellschaft.

§ 44. Begriff, Geschichte und Wesen.

1. Begriff. Die A.G. ist ein auf ein in „Aktien" zerlegtes Grundkapital gebauter Verein, dessen sämtliche Mitglieder (Aktionäre) mit Einlagen beteiligt sind, ohne für die Vereinsverbindlichkeiten persönlich zu haften (§ 178). „Aktien" aber sind feste, wertpapiermäßig verbriefte, zugleich die Mitgliedschaft im Verein gewährende Kapitalanteile.

2. Geschichte. Die Entstehung der A.G. läßt sich nicht, wie vielfach versucht ist, an die römischen societates publicanorum anknüpfen. Vielmehr ist die A.G. aus der kapitalistischen Umbildung der germanischen Vermögensgenossenschaft hervorgegangen. Vorstufen der A.G. sind die auf vererbliche und veräußerliche Anteile an einem Sondervermögen gebauten genossenschaftlichen Verbände, wie sie sich auf den verschiedensten Rechtsgebieten entwickelten. So teilweise die von der alten Markgemeinde abgespalteten Agrargenossenschaften (insbesondere Alpengenossenschaften, Walderbschaften und Rechtsamegemeinden); so frühzeitig Mühlengenossenschaften (in Köln im 12. Jahrh.); so einzelne Ganerbschaften; so seit der Spaltung von Arbeit und Bergwerksanteil die Gewerkschaften des Bergrechts; so die Reederei des Seerechts. Hier überall begegnet die Verknüpfung einer genossenschaftlichen Organisation mit einem in Anteile zerlegten Gemeinschaftsvermögen, wenn auch meist der genossenschaftliche Verband entweder eine weiterreichende Bedeutung behielt oder aber der körperschaftlichen Vollendung entbehrte.

Die Vermögensgenossenschaft nahm die wesentlichen Merkmale der Aktiengesellschaft an, sobald das zu Grunde liegende Sondervermögen als Geldkapital bewertet und der Anteil daran als Kapitalanteil konstruiert wurde. Dies geschah am frühesten bei den italienischen Staatsgläubigervereinen (insbesondere der banca di S. Giorgio in Genua seit 1407), deren durch Einlagen aufgebrachtes und durch Darlehen an den Staat nutzbar gemachtes Grundkapital (mons, maona) in veräußerliche und vererbliche Anteile (loca, luoghi) zerlegt wurde, die zugleich Anspruch auf Gewinnanteil und auf Beteiligung an der körperschaftlichen Verwaltung gaben. Unabhängig hiervon nahmen die großen Handelskompagnien, die seit Ende des 16. Jahrhunderts als privilegierte Korporationen für den überseeischen Handel geschaffen wurden, unter dem Einfluß des Vorbildes der Reederei eine aktiengesellschaftliche Verfassung an (niederländisch-ostindische 1602, englisch-ostindische, 1599 in Form der Gilde gegründet, 1613, französische Compagnie des Indes orientales 1628, brandenburgisch-amerikanische 1688 u. s. w.). Hier kamen auch (zuerst in den Niederlanden) die Namen „Aktie" für die Kapitalanteile und „Aktionist" oder „Aktionär" für die Mitglieder auf.

Die ungeheuren Erfolge dieser Gesellschaften führten zur Ausbreitung der neuen Form, alsbald aber auch zu deren Mißbrauch (Aktienschwindel und Zusammenbruch in Frankreich infolge der staatlich geleiteten Gründungen von Law seit 1719, in England infolge der „Seifenblasen"-Gründungen von 1711—1720) und folgeweise zur Reaktion. Erst seit der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts erfolgte ein neuer Aufschwung, der seitdem, obschon immer wieder durch Katastrophen unterbrochen, im ganzen angedauert hat. Stets allgemeiner angewandt und reicher ausgestaltet, wurde die A.G. vermöge ihrer Fähigkeit, das Kapital zusammenzuballen, zu verselbständigen und zu befruchten, ein Haupthebel des wirtschaftlichen Fortschritts. Im Verkehrs-, Bank- und Versicherungs-

wesen, mehr und mehr aber auch in der Industrie und im Handel erhob sie sich zur Trägerin der wichtigsten Unternehmungen. Doch traten auch die Mängel und Gefahren des reinen Kapitalvereins immer wieder zu Tage: die Verführung zur Unsolidität durch die Begrenzung des Risikos; das Übergewicht des Gewinnzweckes; die lose Struktur des Vereinskörpers, vermöge deren das Vereinsleben leicht zum Schein wird; die schwindelhaften Formen der Gründung und die Schwierigkeiten gehöriger Kontrolle der Verwaltung; die statt der erhofften Befruchtung oft eintretende Auffaugung des kleinen Kapitals; die Erhebung des unpersönlichen Kapitals zum Herrn des Unternehmens und die Steigerung der Übermacht des Kapitals im gesamten Wirtschaftsleben.

Die Gesetzgebung beschäftigte sich lange nicht oder nur repressiv mit der A.G., da ursprünglich das Recht jeder einzelnen A.G. auf einem als lex specialis aufgefaßten Privileg (Octroi) beruhte. Zuerst der Code de commerce stellte allgemeine Normen für die als „société anonyme" bezeichnete A.G. auf, hielt aber an dem Erfordernis der Staatsgenehmigung zu ihrer Entstehung und an einer starken Staatsaufsicht fest. Diesem Vorbilde folgten andere Gesetzbücher und Spezialgesetze. Seit der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts wurde in den meisten Staaten die Gründung von A.G. freigegeben und nur an Normativbestimmungen gebunden. Die gemachten Erfahrungen führten dann vielfach zur Verschärfung der Normativbestimmungen.

In Deutschland wurde das Aktienrecht zuerst in den preuß. G. v. 3. Nov. 1838 (für Eisenbahngesellschaften) und 9. Nov. 1843, dann im österr. Vereinsgesetz v. 26. Nov. 1852 geregelt. Das H.G.B. schuf ein einheitliches Aktienrecht. Doch gestattete es, während es grundsätzlich an Staatsgenehmigung und Staatsaufsicht festhielt, dem Landesgesetz die Freigabe der A.G., wovon einzelne Staaten (die Hansestädte, Oldenburg, Baden, Württemberg, 1868 auch Sachsen) Gebrauch machten. Auch unterwarf es seinen Vorschriften nur die auf den Betrieb von Handelsgeschäften gerichteten A.G.; die anderen A.G. wurden teils durch besondere Landesgesetze (Preuß. v. 15. Febr. 1864, Braunschw. 1867, Sachsen 1868, Bayern 1869) geregelt, teils durch Landesgesetz (Hamb. E.G. § 24, Oldenb. Art. 20, Meckl. § 3) dem Handelsrecht unterworfen. In beiden Punkten brachte die Novelle vom 11. Juni 1870 durchgreifende Änderungen, indem sie allgemein die Staatsgenehmigung strich und jede A.G. zum Kaufmann stempelte. Eine gründliche Reform durch Verschärfung der Normativbestimmungen, Regelung der Verantwortlichkeit von Gründern und Organen, Kräftigung der genossenschaftlichen Seite, Schaffung von Minderheitsrechten u. s. w. vollzog das die Form der Novelle beibehaltende R.G. v. 18. Juli 1884. Das neue H.G.B. hat nur einzelne sachliche Änderungen getroffen, durchweg aber eine gereinigte Fassung hergestellt.

8. Wesen. Über die rechtliche Natur der A.G. ist unendlich viel gestritten worden. Man erklärte sie bald für eine Sozietät (Sintenis, Treitschke, Thöl), bald für eine Korporation (Hermann, Renaud, Fick), bald für ein Zwischengebilde, wobei man dann wieder bald eine Gesellschaft mit bloß formeller Persönlichkeit annahm (Jolly, Primker, Dernburg), bald in die juristische Person eine Gesellschaft hineinbaute (Ladenburg, Gerber), bald zur deutschrechtlichen Genossenschaft griff (Beseler, Bluntschli). Oder man ging vom Vermögen aus und konstruierte die A.G. bald als sachenrechtliche Gesellschaft (Marbach), bald als Zweckvermögen (Demelius, Bekker), bald als personifizierten Fonds oder Stiftung (Kuntze, Witte). Ja, es wurde die Ansicht laut, die A.G. sei ein juristisches Monstrum, das jeder Konstruktion spotte (Brackenhöft). In Wahrheit ist die A.G. eine Körperschaft, aber eine besonders geartete Körperschaft, deren eigentümliche Merkmale einerseits in ihrer stark ausgeprägten genossenschaftlichen Struktur, anderseits in ihrem kapitalistischen Bau wurzeln. Als Genossenschaft verknüpft sie verfassungsmäßig den Einheitsbereich einer juristischen Person und Sonderbereiche der einzelnen Glieder zu einem Gemeinschaftsbereich. Als Kapitalgenossenschaft hat sie ihr unentbehrliches Substrat in einem verselbständigten, seinem Nennwerte nach durch einen festen Geldbetrag ausgedrückten und in Anteile zerlegten Vermögen, das den genossenschaftlichen Organismus trägt und bestimmt. Um dieser Eigentümlichkeiten willen ist die A.G. durch umfassende handelsrechtliche Sondervorschriften

geregelt. Gleichwohl fällt sie unter den Gattungsbegriff der privatrechtlichen Körperschaften und ist daher im Sinne des geltenden Rechts ein subsidiär den Vorschriften des bürgerlichen Rechts unterworfener rechtsfähiger Verein (B.G.B. § 22).

Literatur: Geschichtliches b. Fick, Z. f. H.R. V 1 ff.; Gierke, Genoss. I 990 ff.; Goldschmidt, U.G. I 290 ff.; K. Lehmann, Geschichtl. Entwicklung des Aktienrechts bis zum Code de comm., 1895; Colenbrander, Z. f. H.R. L 383 ff.; B. Ring, Asiatische Handelskompagnien Friedrichs d. Gr., 1890.

Sintenis, De societate questuaria, quae dicitur A.G., 1837. M. Pöhls, Das Recht der A.G. 1842. Thöl §§ 44 ff. Marbach, Ein Wort über den Rechtscharakter der Aktienvereine, 1844. Treitschke, Z. f. D. R. V 324 ff. Jolly, ebenda XI 317 ff. Reyscher, ebenda XIII 382 ff. Ladenburg, Arch. f. H. u. W.R. X 227 ff., Busch' Arch. VI 206 ff. Hermann, Der Rechtscharakter der Aktienvereine, 1858. Bekker, Z. f. H.R. IV 565 ff., XVI 32 ff., XVII 379 ff. Kuntze, ebenda VI 229 ff. Witte, ebenda VIII 1 ff. Renaud, Das Recht der A.G., 1863, 2. Aufl. 1875. Keyßner, Die A.G., 1873. Loewenfeld, Das Recht der A.G., 1879. Primker b. Endemann I 471 ff. Gutachten v. Goldschmidt, Wiener und Behrend in Schriften des Vereins f. Sozialpolitik I. Wiener, Der Aktiengesetzentwurf, 1884. Simon, Z. f. H.R. XXIX 445 ff. Goldschmidt, ebenda XXX 69 ff. — Komm. zum A.G. v. 1884 von Ring; Petersen u. Pechmann; v. Völderndorff; Kayser; Esser; Simon u. Keyßner. — Behrend I 695 ff. Cosack §§ 114 ff. — K. Lehmann, Das Recht der A.G., Bd. I, 1898, Bd. II, 1903. Komm. zum Aktienrecht des neuen H.G.B. von Pinner; Keyßner; B. Ring. — Simon, Der Einfluß des B.G.B. auf das Aktienrecht, Z. f. H.R. XLIX 1 ff. Pinner, ebenda L 100 ff. — Ring, Handwörterb. der Staatswiss. I 143 ff.

Ausländische Gesetzgebung. In England wurde das G. v. 18. Aug. 1720 (Bubble-Act), das alle Gesellschaften mit veräußerlichen Anteilen (shares) außer den vom Parlament speziell inkorporierten verbot, erst 1825 aufgehoben. Doch wurde zunächst die Bildung solcher Gesellschaften (Joint-stock-companies) nur mit subsidiärer Solidarhaft und ohne Inhaberaktien freigegeben. Allmählich fielen diese Schranken. Doch blieben neben den A.G. im kontinentalen Sinne immer solche mit subsidiärer unbeschränkter Haftung der Teilhaber anerkannt. Die verschiedenen Formen der A.G. sind geregelt in der Companies-Act v. 1862 mit zahlreichen Novellen (1867, 1870 u. s. w.), deren letzte aus dem Jahre 1900 stammt; vgl. Crusemann, Z. f. H.R. L 526 ff., Schirrmacher, Die englische Aktiennovelle v. 8. Aug. 1900, 1901. — In Frankreich wurden die Regeln des Code de comm. über die société anonyme (Art. 19, 29—38, 40, 45) durch ein Ges. v. 23. Mai 1863 ergänzt, das neben ihr die der Staatsgenehmigung nicht bedürftige société à responsabilité limitée schuf; dann aber wurde durch das G. v. 24. Juli 1867 die société anonyme selbst freigegeben; dazu Nov. v. 1. Aug. 1893 u. v. 9. Juli 1902. — Die Vorschriften des alten deutschen H.G.B. gelten noch in Österreich; dazu Regulativ v. 20. Sept. 1899, Z. f. H.R. XLIX 311 ff., Rothnagel, ebenda L 111 ff. Mit dem jüngeren deutschen R. verwandt: Schweiz. O.R. Art. 612—677; Ungar. H.G.B. §§ 147—222; Schwed. A.G.G. v. 28. Juni 1895 (früheres v. 6. Okt. 1848); Serbisches v. 1896; Dän. Entw. v. 1901. — Vgl. Ring, Handwörterb. d. Staatswiss. I 162 ff.

§ 45. Grundlagen. Die A.G. beruht auf einer doppelten Grundlage: einem in Aktien zerlegten Grundkapital und einer genossenschaftlichen Organisation der Teilhaber.

1. Das Grundkapital ist ein durch eine Geldsumme ausgedrückter Nennbetrag (z. B. 10 000 000 Mark), der in anteilmäßige, durch Teilsummen ausgedrückte Nennbeträge (Aktien) zerlegt ist (z. B. 10 000 Aktien zu 1000 Mark). Das Grundkapital fällt nicht zusammen mit dem jeweiligen Vermögen der A.G.; das Vermögen der A.G. soll allerdings ursprünglich mindestens den Nennbetrag des Grundkapitals erreichen, darf ihn aber infolge der Ausgabe der Aktien zu einem höheren Betrage übersteigen (§ 184); es kann später nicht nur sich mehren, sondern auch sich mindern. Die Aktien bedeuten daher in Wahrheit nicht feste Wertbeträge, sondern Bruchteile (im obigen Beispiel $^1/_{10\,000}$) des jeweiligen Wertes des Gesellschaftsvermögens; sie sind Wertanteile, die ihren Nennbetrag übersteigen oder unter ihn (aber niemals unter Null) sinken können. Die einzelne Aktie ist unteilbar (§ 179 Abs. 1). Über jedes Anteilsrecht wird eine Aktienurkunde, die gleichfalls „Aktie" heißt, oder ein vorläufiger Anteilsschein, der sog. „Interimsschein", ausgestellt; diese Urkunden haben die Natur von Wertpapieren; sie können auf den Inhaber oder auf Namen, nicht voll eingezahlte Aktien aber und Interimsscheine nur auf Namen lauten (§ 179 Abs. 2—4). Der Nennbetrag jeder Aktie muß mindestens 1000 Mark erreichen; doch dürfen Namenaktien bis herab zu 200 Mark ausgegeben werden, wenn dies entweder für ein gemeinnütziges Unternehmen bei örtlichem Bedürfnis oder auf Grund einer unbedingten und unbefristeten öffentlichen Ertragsgewährleistung der Bundesrat genehmigt oder aber die Übertragung der Aktien an die Zustimmung der Gesellschaft gebunden wird (§ 180). Zur Unterzeichnung der Urkunden genügt eine im Wege mechanischer Vervielfältigung hergestellte Namensunterschrift; durch Vermerk in der

Urkunde kann die Gültigkeit der Unterzeichnung von einer besonderen Form abhängig gemacht werden (§ 181). Aktien und Interimsscheine, die auf einen zu geringen Betrag oder vor Eintragung der A.G. ausgegeben werden, und Interimsscheine auf Inhaber sind nichtig; die Ausgeber haften als Gesamtschuldner für den Schaden (§ 209).

2. Die Organisation der Teilhaber wird durch eine Vereinsverfassung bewirkt, die innerhalb des gesetzlich vorgezeichneten Rahmens für jede A.G. durch besondere Satzung festgestellt werden muß. Die Feststellung muß in gerichtlicher oder notarieller Verhandlung durch mindestens fünf Personen, die Aktien übernehmen, erfolgen (§ 182 Abs. 1). Die Satzung muß gewisse wesentliche Bestimmungen (Firma und Sitz, Gegenstand, Höhe des Grundkapitals und der Aktien, Vorstandsbildung, Form der Berufung der Generalversammlung und Form der Bekanntmachungen) enthalten (§ 182 Abs. 2 Z. 1—6). Gewisse andere Bestimmungen bedürfen, wenn sie getroffen werden, zu ihrer Gültigkeit der Aufname in die Satzung (§§ 183, 185—186).

§ 46. Begründung. Die Begründung der A.G. vollzieht sich durch eine Reihe von Handlungen, welche auf die Zusammenbringung des Grundkapitals durch die Einlagen der Mitglieder, auf die Feststellung der Satzung und auf die Erwirkung der Eintragung abzielen.

1. Ihrem rechtlichen Wesen nach ist die Gründung der A.G. eine Vereinsgründung. Sie ist daher, wennschon das Gesetz von einem „Gesellschaftsvertrage" spricht, ein schöpferischer Gesamtakt. Die einzelnen Willensaktionen, die dabei vorkommen, sind Elemente der einheitlichen Willensaktion, durch die sich eine Gesamtheit als Einheit setzt. Darum vollzieht sich der Gründungsvorgang bereits in den sozialrechtlichen Formen des Vereinslebens durch geordnete Organtätigkeit nach Maßgabe der Satzung (§ 197). Dieses körperschaftliche Vorleben aber hat (gleich dem Leben des Embryo) nur vorbereitende Bedeutung und bricht wirkungslos zusammen, wenn die Gründung scheitert.

Zugleich indes haben die einzelnen Handlungen, durch die der Gründungsvorgang fortschreitet, ihre individualrechtliche Seite und sind, für sich betrachtet, großenteils besondere Rechtsgeschäfte. Als solche erzeugen sie Rechte und Pflichten unter den Beteiligten. Vielfach aber richten sie sich auf die Begründung von Rechten oder Pflichten der künftigen A.G., also eines noch nicht existierenden Dritten. Insoweit sind sie in ihrer Wirksamkeit durch die Entstehung der A.G. bedingt. Tritt die A.G. ins Leben, so erwirbt sie ohne weiteres die ihr ausbedungenen Rechte. Die ihr angesonnenen Pflichten muß sie, sofern es sich nicht um dem erworbenen Vermögen anhaftende Lasten handelt (R.Ger. XXIV Nr. 3), besonders übernehmen; nur insoweit sie in die Satzung aufgenommen sind, treten sie mit ihrer Entstehung als ihr angeborene Daseinsbestimmungen ohne weiteres in Kraft.

2. Bei der Gründung jeder A.G. müssen mindestens fünf Personen als Gründer auftreten. Als Gründer gelten alle Aktionäre, welche die Satzung feststellen oder andere als bare Einlagen machen (§ 187). Die Gründer können aber eine verschiedene Rolle spielen.

a) Im Falle der sog. Simultangründung übernehmen sie (bei Feststellung der Satzung oder in einer Nachtragsverhandlung) sämtliche Aktien. Hier sind sie also die alleinigen ursprünglichen Aktionäre, die erst durch nachträgliche Veräußerung ihrer Aktien einen größeren Kreis von Teilnehmern zu gewinnen suchen. Sie bringen als wirkliche Gründer den Verein zunächst unter sich zu stande. In diesem Sinne gilt mit ihrer Aktienübernahme die A.G. als „errichtet" (§ 188).

b) Im Falle der sog. Successivgründung legen die Gründer die von ihnen nicht übernommenen Aktien zur „Zeichnung" auf, sind also nur Plangeber (Vorgründer), die um die Beteiligung anderer werben, mit denen zusammen sie die A.G. errichten wollen. Die Zeichnung fordert eine schriftliche und unbedingte Erklärung in einem doppelt ausgestellten „Zeichnungsschein", der über die wesentlichen Punkte der Satzung, die Personen der Gründer, die Einzahlungsbedingungen und den Zeitpunkt, in dem die Zeichnung mangels Errichtung der A.G. unverbindlich werden soll, Auskunft geben muß

(§ 189). In der Zeichnung liegt ein mit den Gründern geschlossener Vertrag über Zahlung einerseits und Aktienverschaffung anderseits, der nach Vertragsrecht zu beurteilen ist. Zugleich aber ist die Zeichnung eine dem Körperschaftsrecht unterworfene formalisierte Beitrittserklärung zu dem werdenden Verein, die unabhängig von der Gültigkeit ihres Rechtsgrundes die Mitgliedschaftspflichten und Mitgliedschaftsrechte begründet (R.Ger. LIV Nr. 39). Ist die Zeichnung selbst ungültig, so kann sie auch nicht als Beitrittserklärung wirken. Allein selbst aus einem nichtigen oder durch Verspätung der Errichtung unverbindlich gewordenen Zeichnungsschein wird der Zeichner der trotzdem entstandenen A.G. gegenüber als Mitglied verpflichtet, wenn er sich an der Beschlußfassung über die Errichtung oder später am Leben der A.G. tatsächlich als Mitglied beteiligt hat (§ 189 Abs. 4). Die Errichtung selbst erfolgt bei der Successivgründung, nachdem sämtliche Aktien gezeichnet sind und die Anmeldung bei Gericht erfolgt ist, durch eine gerichtlich berufene und geleitete Gründungsversammlung; der Errichtungsbeschluß fordert qualifizierte Mehrheit (mindestens ein Viertel der Aktionäre und ein Viertel des Grundkapitals) und bei wesentlichen Satzungsänderungen Einstimmigkeit (§ 196).

3. Erschwert ist die qualifizierte Gründung. Sie liegt namentlich vor, wenn Einlagen, die nicht in barem Gelde bestehen, gemacht oder Anlagen oder andere Vermögensgegenstände von der A.G. übernommen werden sollen; aber auch schon, wenn für einzelne Aktionäre besondere Vorteile bedungen oder eine Gründerentschädigung oder ein Gründerlohn zu Lasten der A.G. ausgemacht werden. Vorgeschrieben sind stets gehörige Festsetzung in der Satzung (§ 186), Aufnahme in den Zeichnungsschein (§ 189), besondere Prüfung (§ 193), Einreichung der Verträge und sonstiger Erklärungen bei der Anmeldung (§ 195 Abs. 2 Z. 2), Zustimmung der Mehrheit der nicht begünstigten Aktionäre in der Gründungsversammlung (§ 196) und Nichtveröffentlichung (§ 199); im Falle der nicht baren Einlage oder der Übernahme außerdem Aufdeckung und Rechtfertigung in einer Erklärung der Gründer (§ 191) und Prüfung durch besondere Revisoren (§ 192 Abs. 2).

4. Bei jeder Art der Gründung muß eine Prüfung des Herganges durch den hierzu schon im Gründungsstadium zu bestellenden Aufsichtsrat und den Vorstand und, wenn dazu Gründer oder begünstigte Aktionäre gehören, überdies durch besondere Revisoren stattfinden und über das Ergebnis Bericht erstattet werden (§§ 190—194).

5. Einer Staatsgenehmigung bedarf es an sich nicht; ist sie aber wegen Ausgabe von Kleinaktien oder wegen des Gegenstandes des Unternehmens (z. B. Versicherung) erforderlich, so ist die Beibringung der Genehmigungsurkunde Voraussetzung der Eintragung und somit der Entstehung der A.G. (§ 195 Z. 6).

6. Das Grundkapital soll, bevor die A.G. ins Leben tritt, mindestens teilweise realisiert sein; bei der Anmeldung ist daher zu erklären, wieviel auf die bar zu leistenden Einlagen eingezahlt ist; der bar eingezahlte Betrag muß ein Viertel des Nennbetrages (bei Ausgabe über pari außerdem den Mehrbetrag) erreichen (§ 195 Abs. 3).

7. Die Anmeldung zum Handelsregister muß durch sämtliche Gründer, Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder in gehöriger Form unter Beibringung der Satzung und der sonst erforderlichen Urkunden und Erklärungen erfolgen (§ 195). Bei der Simultangründung bezweckt sie alsbaldige Eintragung der errichteten A.G., bei der Successivgründung gerichtliche Einberufung der Gründungsversammlung.

8. Die Eintragung erstreckt sich auf die wesentlichen Tatbestände (§ 198), die Bekanntmachung noch auf weitere Punkte (§ 199). Für Zweigniederlassungen gelten besondere Vorschriften (§ 201).

Mit der Eintragung ist die A.G. entstanden. Vorher besteht sie als solche nicht. Wird vorher in ihrem Namen gehandelt, so haften die Handelnden persönlich und mehrere als Gesamtschuldner (§ 200). Die A.G. entsteht durch die Eintragung, wenn auch die Voraussetzungen einer ordnungsmäßigen Eintragung nicht erfüllt waren. Dagegen besteht die eingetragene A.G. nicht, wenn eine wesentliche Grundlage ihres Daseins fehlt (vgl. unten S. 960 Z. 8).

9. Seit der Novelle von 1884 besteht eine besondere gesetzliche Gründerverantwortlichkeit. Die Gründer haben die ihnen als Errichtungsorganen obliegenden Funktionen

mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes zu erfüllen und haften persönlich und solidarisch, soweit sie nicht ihre Schuldlosigkeit nachweisen, für unrichtige oder unvollständige Angaben, sowie für den Ausfall aus wissentlicher Annahme der Zeichnung eines zahlungsunfähigen Aktionärs; mit ihnen haften die Gründergenossen (Empfänger verheimlichten Gründergewinns, Gehilfen böswilliger Schädigung, Ankündiger von Aktien in den ersten zwei Jahren); subsidiär haften Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder aus unsorgfältiger Prüfung (§§ 202—204). Die Ersatzansprüche aus der Gründerverantwortlichkeit stehen der geschädigten A.G. als solcher zu; sie verjähren in fünf Jahren, sind aber fünf Jahre lang unverzichtbar; spätere Verzichte und Vergleiche bedürfen der Zustimmung der Generalversammlung und scheitern an dem Widerspruch einer Minderheit, die ein Fünftel des Grundkapitals darstellt (§§ 205—206). Wissentlich falsche Angaben sind überdies mit Strafe bedroht (§ 313).

10. Zwei Jahre lang nach der Eintragung ist eine sog. Nachgründung durch Übernahme von Anlagen oder Grundstücken für einen Preis, der ein Zehntel des Grundkapitals übersteigt, beschränkt. Ein derartiger Übernahmevertrag bedarf besonderer Prüfung, muß von der Generalversammlung mit qualifizierter Mehrheit (drei Viertel des vertretenen und im ersten Jahr überdies ein Viertel des gesamten Grundkapitals) gutgeheißen werden und ist zum Handelsregister einzureichen. Für den Erwerb durch Zwangsversteigerung und für Grunderwerbsgesellschaften gelten diese Beschränkungen nicht. Die Gründerverantwortlichkeit erstreckt sich auf die Nachgründungen (§ 207—208).

Literatur: Hahn, Ueber die aus der Zeichnung von Aktien hervorgehenden Rechtsverhältnisse, 1874. Wiener, Z. f. H.R. XXI 333 ff., XXIV 1 ff., 450 ff., XXV 1 ff. R. Schmidt, Die civilrechtliche Gründerverantwortlichkeit, 1888. Rosenwald, Die Revision bei Gründung von A.G., 1898. Averbeck, Wesen der Aktienzeichnung, 1900. K. Lehmann, Recht der A.G. I 158 ff., 308 ff.

§ 47. Mitgliedschaft. Die Mitgliedschaft in der A.G. ist Ausfluß des Anteilsrechtes am Grundkapital. Es gibt also eine feste Zahl von Mitgliedschaften, die als „Aktien" konstituiert sind.

1. Ihrem Wesen nach ist die Mitgliedschaft, weil sie Vereinsmitgliedschaft ist, ein personenrechtliches Verhältnis; sie bedeutet Gliedpersönlichkeit im Organismus einer Gesamtpersönlichkeit. Allein weil ihr personenrechtlicher Kern in einer vermögensrechtlichen Hülle steckt, ist sie als Ganzes ein Vermögensgegenstand. Weil ferner die in ihr enthaltenen Pflichten nur Modalitäten von Rechten sind, erscheint sie im ganzen als reines Recht. Weil weiter in ihr der A.G. gegenüber ein selbständiges Sonderrecht konstituiert ist, bildet sie als Ganzes für sich ein freies Individualrecht. Weil sie endlich in einem Wertpapier verkörpert wird, teilt sie als Ganzes die Rechtsschicksale einer beweglichen Sache und unterliegt dem sachenrechtlichen Verkehr.

2. Der Erwerb der Mitgliedschaft erfolgt durch den Erwerb des Eigentums an einer Aktie. Das Eigentum an einer Aktie macht zum „Aktionär".

a) Der ursprüngliche Aktienerwerb vollzieht sich auf Grund der Gründerübernahme oder der Zeichnung einer Aktie in dem Augenblick, in dem die Aktie als Mitgliedschaft entsteht. Also mit der Eintragung der A.G. oder im Falle der Schaffung neuer Aktien mit der Eintragung der Erhöhung des Grundkapitals. Die Aktienurkunde spielt dabei keine Rolle; sie ist kein konstitutives Wertpapier (R.Ger. XLI Nr. 3). Vor der Eintragung der A.G. oder der Schaffung neuer Anteilsrechte können weder Aktien noch Interimsscheine ausgegeben werden (§§ 200, 287). Der Übernehmer oder Zeichner wird daher Aktionär, bevor ihm die Aktienurkunde ausgehändigt ist; er hat aber einen satzungsmäßigen Anspruch auf Aushändigung einer Aktie (jedoch einer Inhaberaktie stets erst nach Volleinzahlung) oder eines Interimsscheins.

b) Der abgeleitete Aktienerwerb vollzieht sich durch Gesamtnachfolge (insbesondere durch Erbgang) oder durch Sondernachfolge in ein Anteilsrecht. Die Übertragung des noch im Werden begriffenen Anteilsrechts ist der A.G. gegenüber unwirksam (§ 200 Abs. 2, § 287 Abs. 2), begründet also nur einen obligationenrechtlichen Anspruch auf Übertragung der künftigen Mitgliedschaft. Dagegen ist die erworbene Mitgliedschaft im Zweifel frei

übertragbar. Die Übertragung erfolgt mittels Übereignung der Aktienurkunde, die somit ein translatives Wertpapier ist. Lautet die Aktie auf den Inhaber, so genügt Einigung und Übergabe. Namenaktien und Interimsscheine können, wenn sie nicht die Rektaklausel tragen, durch Indossament übertragen werden (§§ 222 Abs. 3, 224).

Die Übertragung (auch die Vererbung) von Namenaktien kann beschränkt oder ausgeschlossen werden (§ 222 Abs. 2). Zur Übertragung von Kleinaktien, deren Übertragung an die Zustimmung der A.G. gebunden ist, bedarf es stets der Zustimmung des Aufsichtsrats und der Generalversammlung und einer Abtretungserklärung in gerichtlicher oder notarieller Form (§ 222 Abs. 4).

Eigne Aktien soll die A.G. im regelmäßigen Betriebe nicht erwerben oder auch nur zum Pfande nehmen; ausgenommen, falls es sich nicht um Interimsscheine oder nicht voll eingezahlte Aktien handelt, in Ausführung einer Einkaufskommission (§ 226).

3. Soweit die Mitgliedschaft übertragbar ist, kann an ihr auch ein Nießbrauch oder ein Pfandrecht bestellt werden, und unterliegt sie der Pfändung. Auch hierbei gelten die durch die Art der wertpapiermäßigen Einkleidung bestimmten Regeln.

4. Die Ausübung der Mitgliedschaft ist durch Vorlegung der Aktienurkunde bedingt; die Aktie ist ein exerzitives Wertpapier. Doch kann, wenn nicht das Gegenteil bestimmt ist, die abhandengekommene oder vernichtete Urkunde im Wege des Aufgebotsverfahrens für kraftlos erklärt werden; der Aktionär kann dann die Ausstellung einer neuen Urkunde verlangen (§ 228 Abs. 1). Auch hat er ein Recht auf Umtausch einer beschädigten Urkunde gegen eine neue (§ 229).

Die Legitimation zur Ausübung wird bei Inhaberaktien durch den Papierbesitz erbracht. Dagegen ist bei Namenaktien und Interimsscheinen nicht nur außer dem Papierbesitz der Nachweis der Berechtigung aus dem Papier (im Falle der Indossierung nach den für Orderpapiere geltenden Regeln) erforderlich, sondern auch die Legitimation der A.G. gegenüber in ein von der A.G. zu führendes Mitgliederverzeichnis, das „Aktienbuch", verlegt, so daß im Verhältnis zur A.G. nur als Aktionär gilt, wer als solcher eingetragen ist. Somit wird hier der Übergang der Mitgliedschaft auf einen anderen der Gesellschaft gegenüber erst durch Anmeldung und Vermerk im Aktienbuch wirksam. Der neue Aktionär kann die Eintragung fordern, wenn er die Aktienurkunde vorlegt und den Übergang nachweist. Die A.G. ist berechtigt, aber nicht verpflichtet, die Echtheit von Indossamenten und sonstigen Abtretungserklärungen zu prüfen. (Vgl. § 222 Abs. 1, § 223).

5. Über einzelne aus der Mitgliedschaft fließende Rechte können besondere Nebenurkunden ausgegeben werden, die auch bei Namenaktien auf den Inhaber lauten können. Dahin gehören die Gewinnanteilscheine, die durch Trennung von der Aktienurkunde, zu der sie gehören, selbständige Wertpapiere werden. Doch werden noch nicht fällige Gewinnanteilscheine (anders als Zinsscheine nach B.G.B. § 803) durch Kraftloserklärung der Haupturkunde mitentkräftet (§ 228 Abs. 2). Die zum Empfange neuer Gewinnanteilscheine ermächtigenden Erneuerungsscheine bleiben stets von der Aktienurkunde abhängig, so daß der Besitzer der Haupturkunde der Ausgabe neuer Gewinnanteilscheine an den Inhaber des Erneuerungsscheines widersprechen und dann gegen Vorlegung der Haupturkunde die Aushändigung an sich selbst fordern kann (§ 230, wie B.G.B. § 805).

6. Während der gesetzlichen Regel nach die Mitgliedschaften einander gleich sind, kann die Satzung verschiedene Gattungen von Aktien einführen. So kann sie nebeneinander Namen- und Inhaberaktien gestatten und auch ein Recht auf Umwandlung der einen Form in die andere gewähren (§ 183 Abs. 2). Ferner ist die Ausgabe von Aktien zu ungleichen Nennbeträgen (aber nicht mehr von Aktienanteilen neben den Aktien) zulässig. Endlich können für die einzelnen Gattungen von Aktien ungleiche Rechte, insbesondere bei der Verteilung des Gewinnes und des Gesellschaftsvermögens, festgesetzt werden (§ 185). Die in vermögensrechtlicher Hinsicht bevorzugten Aktien werden als Prioritätsaktien (im Falle ursprünglicher Ausgabe als Stammsprioritätsaktien) bezeichnet. Auch Ungleichheiten der Stimmberechtigung sind möglich; doch kann keiner Aktie das Stimmrecht ganz entzogen werden; nur bei älteren A.G. können noch stimmlose Aktien vorkommen (§ 252).

7. Da eine Person mehrere Aktien erwerben kann, ist mehrfache Mitgliedschaft in der A.G. möglich; ein Aktionär kann doppelter oder hundertfacher Aktionär sein; die Zahl der Aktionäre kann gegenüber der festen Zahl der Aktien beliebig zusammenschrumpfen. Mehrfache Mitgliedschaft gibt, soweit nicht in der Satzung Abweichendes bestimmt ist, mehrfaches Recht. Umgekehrt kann eine Mitgliedschaft mehreren Personen gemeinschaftlich zustehen. In diesem Falle haben die Mitberechtigten, da die Aktie unteilbar ist, nur in ihrer Gesamtheit die Stellung eines Mitglieds; sie können die Mitgliedschaftsrechte nur durch einen gemeinschaftlichen Vertreter ausüben und haften für die Mitgliedschaftspflichten als Gesamtschuldner (§ 225).

8. Beendigt wird die Mitgliedschaft durch ihren Wegfall im Falle der Einziehung von Aktien (§ 227) oder der Auflösung der A.G.; der einzelne Aktionär verliert die Mitgliedschaft durch Verwirkung (§ 219) oder Veräußerung (nicht dagegen durch Verzicht, vgl. R.Ger. XVII Nr. 2).

Literatur: F. Meili, Die Lehre von den Prioritätsaktien, 1874. Fr. H. Behrend, Die unvollkommenen Orderpapiere, insbes. die indossablen Namenaktien, 1893. O. Kusenberg, Die Rechtseigenart der Aktienurkunde, 1900. Jacobi, Die Wertpapiere, 1901, S. 346 ff. K. Lehmann, Beiträge zur Lehre von den Erwerbsgründen des Aktienrechts, Z. f. H.R. LI 373 ff.

§ 48. Organe. Die A.G. hat als rechtsfähiger Verein eine körperschaftliche Organisation, vermöge deren sie durch verfassungsmäßig berufene Organe als wollendes und handelndes Lebewesen in die rechtliche Erscheinung tritt. Die Organe sind keine Stellvertreter. Vielmehr bringen sie innerhalb ihres Zuständigkeitsbereiches die einheitliche Persönlichkeit der A.G. selbst unmittelbar zur Darstellung.

Die Organisation ist in ihren Grundzügen unabänderlich durch das Gesetz vorgezeichnet. Notwendige Organe sind die Generalversammlung, der Vorstand und der Aufsichtsrat. Als außerordentliche Organe können auf Verlangen einer Minderheit durch das Gericht und stets behufs Prüfung der Bilanz durch die Generalversammlung Revisoren bestellt werden (§ 266). Die Satzung kann innerhalb des gesetzlichen Rahmens andere Organe (z. B. Direktoren, Ausschüsse, Kommissionen) schaffen, die sich aber einem Hauptorgan ein- oder angliedern müssen. So kann ein Verwaltungsrat als Vorstands- oder Aufsichtsratsabteilung, nicht aber, wie dies früher vorkam, als selbständiges Organ zwischen Vorstand und Aufsichtsrat eingerichtet werden.

Neben den Organen kann die A.G. Stellvertreter bestellen, deren Vertretungsmacht sich nach ihrer Vollmacht richtet. Insbesondere auch einen Prokuristen. Die Erteilung der Prokura erfolgt wirksam durch den Vorstand, der aber der Regel nach die Zustimmung des Aufsichtsrats einholen soll (§ 238).

§ 49. Generalversammlung. Das oberste Willensorgan der A.G. ist die Generalversammlung. Aber auch sie ist nicht die Gesellschaft selbst, sondern nur deren Organ. Sie wird gebildet durch die geordnete Versammlung der gehörig berufenen Aktionäre.

1. Die Berufung der Generalversammlung erfolgt durch den Vorstand oder ein sonst ermächtigtes Organ in der satzungsmäßig bestimmten Form. Wer seine Aktie hinterlegt, kann die Ladung durch eingeschriebenen Brief verlangen. Bei der Berufung müssen die Verhandlungsgegenstände angekündigt werden. Bis zur Versammlung muß eine Frist von mindestens zwei Wochen bleiben. Eine Berufung soll außer den vorgesehenen Fällen stets stattfinden, wenn das Interesse der A.G. es fordert. Das Recht, die Berufung oder die Ankündigung bestimmter Verhandlungsgegenstände zu verlangen, steht einer Minderheit von Aktionären zu, die zusammen ein Zwanzigstel oder einen satzungsmäßig bestimmten kleineren Bruchteil des Grundkapitals vertreten. Wird dem Verlangen der Minderheit nicht entsprochen, so kann das Gericht die Minderheit ermächtigen, selbst die Berufung oder Ankündigung vorzunehmen. (Vgl. §§ 253—257.)

2. Die Teilnahme an der G.V. kann keinem Aktionär versagt werden. Jedem Aktionär aber steht, soweit nicht auf Grund des älteren Rechts noch Ausnahmen vorkommen, notwendig auch das Stimmrecht zu (oben § 47 Z. 6). Das Stimmrecht wird nach Aktienbeträgen ausgeübt. Die Satzung kann jedoch das Stimmrecht in anderer

Weise abstufen, insbesondere die Stimmenhäufung ausschließen, einschränken oder durch degressive Progression abschwächen, aber auch Ungleichheiten nach Aktiengattungen einführen. Das Stimmrecht ruht im Falle unmittelbarer Interessenkollision. Das Stimmrecht kann und muß unter Umständen durch Vertreter ausgeübt werden; für die Vollmacht ist schriftliche Form erforderlich und ausreichend. Die Satzung kann aber die Vertretung einschränken (nur durch Aktionäre, nur bis zu einer bestimmten Stimmenzahl u. s. w.). Solche Einschränkungen, die namentlich bei Häufungsverboten unentbehrlich sind, bedürfen dann der Sicherung gegen Umgehung durch Scheinübertragungen. So wird oft bei Namenaktien die Ausübung des Stimmrechts daran geknüpft, daß die Eintragung in das Aktienbuch (außer bei Erbfällen) längere Zeit vor der G.V. erfolgt ist; bei Inhaberaktien daran, daß die Aktie bis zu einem bestimmten Zeitpunkt hinterlegt ist, wobei dann aber mindestens zwei Wochen Zeit zur Hinterlegung gelassen werden müssen. Auch werden mitunter besondere Stimmkarten ausgegeben. Strafbar sind Stimmenverkauf, Stimmenkauf und Stimmenanmaßung. (Vgl. §§ 252, 255, 317—318.)

3. Die Verhandlung richtet sich nach der satzungsmäßigen Geschäftsordnung. Gesetzlich vorgeschrieben ist die Aufnahme eines Teilnehmerverzeichnisses und die Beurkundung jedes Beschlusses durch ein gerichtliches oder notarielles Protokoll, das in öffentlich beglaubigter Abschrift sofort zum Handelsregister einzureichen ist (§§ 258—259).

4. Die Beschlußfassung erfolgt mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen; die Satzung kann die Beschlußfassung durch das Erfordernis der Anwesenheit einer bestimmten Stimmenzahl zur Beschlußfähigkeit oder durch die Bindung gewisser Beschlüsse an verstärkte oder qualifizierte Mehrheit erschweren, bei Wahlen auch (z. B. durch Entscheidung mit relativer Mehrheit) erleichtern (§ 251). Gesetzlich ist vorgeschrieben, daß zu jeder Satzungsänderung eine Mehrheit, die mindestens drei Viertel des bei der Beschlußfassung erforderlichen Grundkapitals umfaßt, erforderlich und ausreichend ist; die Satzung kann Abweichendes bestimmen, jedoch für eine Abänderung des Gegenstandes des Unternehmens nur mehr, nicht weniger fordern (§ 275 Abs. 1—2).

5. Die Zuständigkeit der G.V. ist die eines obersten (gewissermaßen souveränen) Körperschaftsorgans (§ 250). Ihr gebührt die Ausübung der Satzungsgewalt, die Bestellung und Absetzung der anderen Organe, die letzte Entscheidung in inneren Fragen, die Beschlußfassung über die Geschäftsführung und deren Kontrolle, die Prüfung der Bilanz und die Festsetzung der Gewinnverteilung, die Erteilung der Entlastung, die Vertretung der A.G. gegen die anderen Organe bei Verträgen und Prozessen. Die Satzung kann die Zuständigkeit der G.V. mehren oder mindern, ihr aber die vom Gesetz für wesentlich erklärten Befugnisse nicht entziehen. Allein die Zuständigkeit der G.V. hat eine doppelte Schranke.

a) Die G.V. kann den gesetzlichen und statutarischen Lebensbereich der A.G. nicht überschreiten. An sich würde sie daher mangels satzungsmäßiger Ermächtigung auch diesen Lebensbereich nicht ausdehnen oder abändern können. Hierzu aber ist sie jetzt schon gesetzlich ermächtigt (§ 274).

b) Die G.V. kann Sonderrechte von Aktionären nicht ohne deren Zustimmung beeinträchtigen (B.G.B. § 35) und ebensowenig Sonderverpflichtungen von Aktionären ohne deren Zustimmung begründen (§ 276). Jedoch genügt, wenn Klassenvorrechte durch eine Satzungsänderung erhöht oder geändert werden, die Zustimmung der Gesamtheit der benachteiligten Aktionäre in Form eines von einer besonderen Generalversammlung derselben mit Dreiviertelsmehrheit gefaßten Beschlusses (§ 275 Abs. 3).

6. Die Anfechtung eines Generalversammlungsbeschlusses wegen Verletzung des Gesetzes oder der Satzung kann binnen einem Monat im Wege der Klage erfolgen. Anfechtungsberechtigt ist jeder erschienene Aktionär, wenn er Widerspruch zu Protokoll erklärt hat, und jeder nichterschienene Aktionär, wenn er die Anfechtung auf Mängel der Berufung stützt, sowie der Vorstand und bei Straf- oder Haftungsgefahr auch das einzelne Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied. Die Klage ist gegen die durch den Vorstand (falls er nicht selbst klagt) und Aufsichtsrat vertretene A.G. zu richten. Sie gehört vor das Landgericht. Die Erhebung der Klage ist bekanntzumachen. Mehrere Anfechtungs-

prozesse sind zu verbinden. Soweit der Beschluß durch rechtskräftiges Urteil für nichtig erklärt wird, wirkt das Urteil für und wider alle Aktionäre. Diese gesetzliche Regelung und Einschränkung des Anfechtungsrechts (§§ 271—273) erstreckt sich auch auf Fälle, in denen Sonderrechte verletzt sind, nicht aber auf Fälle, in denen in den freien Individualbereich eines Aktionärs eingegriffen ist oder die Versammlung überhaupt keine G.V. war oder der Beschluß wegen Verletzung zwingender Rechtssätze nichtig ist.

7. In gewissen Fällen kann eine Minderheit von Aktionären an Stelle der G.V. die Rechte und Interessen der A.G. als deren Organ wahrnehmen. Insbesondere kann eine Minderheit, die ein Zehntel des Grundkapitals umfaßt, eine Prüfung von Vorgängen bei der Gründung, Geschäftsführung oder Liquidation in den letzten zwei Jahren durch gerichtlich bestellte Revisoren herbeiführen, falls die G.V. einen auf Prüfung gerichteten Antrag abgelehnt hat (§§ 266—267). Ferner kann eine gleiche Minderheit wider den Willen der Mehrheit binnen drei Monaten durch gerichtlich ernannte Bevollmächtigte eine Schadensersatzklage der A.G. gegen Gründer, Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder oder Liquidatoren erheben (§§ 268—269). Auch kann eine gleiche Minderheit die Vertagung der Verhandlung über die Prüfung der Bilanz durchsetzen (§ 264). Dazu kommt das Minderheitsrecht auf Berufung einer G.V. oder Änderung der Tagesordnung (oben S. 951 Z. 1).

Literatur: Hergenhahn, Berufung und Thätigkeit der G.V., 1888. K. Lehmann, Einzelrecht und Mehrheitswille in den A.G., Arch. f. b. R. IX 297 ff. H. B. Simon, Die Vertretung eigner und fremder Aktien in Generalversammlungen, Festgabe für Wilke (1900) S. 257.

§ 50. Vorstand. Der Vorstand ist das unentbehrliche Vertretungs- und Geschäftsführungsorgan der A.G.

1. Die Bildung des Vorstandes richtet sich nach der Satzung (§ 231). Er kann aus einer Person oder aus mehreren Personen bestehen. Die Mitglieder brauchen nicht Aktionäre zu sein. Die Berufung in den Vorstand erfolgt mangels anderer Bestimmung durch Wahl der G.V., kann aber einem anderen Organ (dem Vorstand selbst oder dem Aufsichtsrat) übertragen sein. Die Abberufung aus dem Vorstand ist jederzeit zulässig. Jede Änderung ist einzutragen (§ 234).

2. Die Zuständigkeit des Vorstandes umfaßt notwendig die unbeschränkte und unbeschränkbare gerichtliche und außergerichtliche Vertretung der A.G. (§ 231 Abs. 1). Mehrere Vorstandsmitglieder sind mangels anderer Bestimmung nur gemeinschaftlich zur Vertretung befugt (mit Ermäßigungen durch § 232 Abs. 1); die Vertretungsmacht kann aber einem einzelnen Vorstandsmitgliede für sich oder zusammen mit einem Prokuristen eingeräumt werden (§ 232 Abs. 2). Die Zeichnung soll unter Hinzufügung des Namens des Zeichnenden zu der Firma oder der Benennung des Vorstands erfolgen (§ 233).

Der Vorstand hat überdies die Stellung eines Geschäftsführungsorganes der A.G., ist aber hierbei an die satzungsmäßigen Beschränkungen und die Beschlüsse der G.V. gebunden. Insbesondere hat er für die Buchführung zu sorgen (§ 239) und die Jahresbilanz rechtzeitig und ordnungsmäßig nach Maßgabe der wirklichen Vermögenslage aufzustellen und mit den Bemerkungen des Aufsichtsrats nach vorheriger zweiwöchiger Auslegung im Geschäftslokal der G.V. vorzulegen (§§ 261—263). Im Falle einer Verminderung des Grundkapitals um die Hälfte hat er unverzüglich die G.V. zu berufen, im Falle der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung die Konkurseröffnung zu beantragen (§ 240).

3. Die Vorstandsmitglieder, sowie die etwaigen Stellvertreter von Mitgliedern (§ 242), sind Vereinsbeamte, mit deren Organstellung sich individuelle Rechte und Pflichten gegenüber der A.G. verbinden. Nähere Bestimmungen darüber kann der mit ihnen geschlossene Anstellungsvertrag treffen, der die Natur eines Dienstvertrages hat, aber nicht den Regeln über die Dienstverträge mit Handlungsgehilfen unterliegt. Die Vorstandsmitglieder können nach Satzung oder Vertrag eine Vergütung empfangen, sei es festen Gehalt, sei es Naturalbezüge, sei es einen Anteil am Jahresgewinn, der dann aber nur vom Reingewinne zu berechnen ist (§ 237). Sie sind verpflichtet, mangels

Einwilligung der A.G. sich des Betriebes eines Handelsgewerbes, des Geschäftsbetriebes im Handelszweige der A.G. und der Teilnahme an einer anderen Gesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter zu enthalten; die Verletzung dieser Verpflichtung hat ähnliche Folgen, wie bei den sonstigen Konkurrenzverboten (§ 236). Bei Erfüllung ihrer Funktionen haben sie die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden; aus Verletzung dieser Pflicht haften sie der A.G. als Gesamtschuldner für Schadensersatz (§ 241). Dazu tritt bei schwereren Verfehlungen eine besondere strafrechtliche Verantwortlichkeit (§ 312—315). Zur Erfüllung gewisser Obliegenheiten können sie durch Ordnungsstrafen angehalten werden (§ 319).

Literatur: Hergenhahn, Der Vorstand der A.G., 1898.

§ 51. Aufsichtsrat. Der Aufsichtsrat ist das notwendige Kontrollorgan der A.G. (bis 1870 nur fakultativ).

1. Seiner Bildung nach muß der Aufsichtsrat ein von der Generalversammlung gewähltes Kollegium von mindestens drei Mitgliedern sein; die Wahl des ersten Aufsichtsrats gilt für die Zeit bis zur Beendigung der ersten, nach Ablauf eines Jahres seit Eintragung der A.G. zur Beschlußfassung über die Jahresbilanz abgehaltenen G.V.; spätere Wahlen können für eine anders bestimmte Zeit, aber längstens für die Zeit bis zur Beendigung der über das vierte Geschäftsjahr nach Ablauf des Geschäftsjahrs der Wahl beschließenden G.V. erfolgen; eine Abberufung kann jederzeit (aber mangels anderer Bestimmung nur mit Dreiviertelsmehrheit) von der G.V. beschlossen werden (§ 243). Die Mitgliedschaft im Aufsichtsrat ist mit Vorstandsmitgliedschaft und sonstiger zur Geschäftsführung berufender Beamtenstellung unvereinbar (§ 248). Aktionäre brauchen die Aufsichtsratsmitglieder nicht zu sein (anders bis 1884).

2. Die Zuständigkeit des Aufsichtsrats umfaßt vor allem die Überwachung des Vorstandes in allen Zweigen der Geschäftsführung; zu diesem Behuf ist er berechtigt und verpflichtet, sich stets vom Gange der Geschäftsführung zu unterrichten, Berichte einzufordern, die Bücher einzusehen und die Bestände zu untersuchen; insbesondere hat er die Bilanz zu prüfen und darüber der G.V. zu berichten (§ 246). Dazu kommen einzelne positive Befugnisse, wie Berufung einer G.V. und Mitwirkung bei Bestellung eines Prokuristen. Zur Vertretung der A.G. ist der Aufsichtsrat berufen, wenn es sich um Verträge oder Prozesse mit dem Vorstand handelt (§ 247). Die Satzung kann dem Aufsichtsrat weitergehende Befugnisse in Ansehung der Geschäftsführung und der Vereinsleitung zuweisen (§ 246 Abs. 3).

3. Die Aufsichtsratsmitglieder haben die Stellung von Vereinsbeamten und können daher die Ausübung ihrer Obliegenheiten nicht anderen übertragen (§ 246 Abs. 4). Den Mitgliedern des ersten Aufsichtsrats kann eine Vergütung nur nachträglich durch die G.V. gewährt werden; im übrigen gelten für eine ihnen zugesicherte Besoldung gleiche Regeln wie bei Vorstandsmitgliedern (§ 245). Die Aufsichtsratsmitglieder haben ihre Obliegenheiten mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes zu erfüllen und haften aus Verletzung ihrer Amtspflicht zusammen mit den Vorstandsmitgliedern der A.G. als Gesamtschuldner für Schadensersatz (§ 249). Daneben gilt auch für sie ein Sonderstrafrecht (§§ 312—315).

Literatur: J. Bauer, Der Aufsichtsrath, 1892. Keyßner, Z. f. H.R. XLVIII 521 ff. F. C. Zitelmann, ebenda LII 31 ff. Küntzel, Der Aufsichtsrat der A.G., 1901.

§ 52. Innere Rechtsverhältnisse.

1. Die A.G. ist ein genossenschaftlicher Verband, der Rechtsverhältnisse zwischen der juristischen Person und ihren Mitgliedern begründet. Die Mitglieder haben als solche keinerlei Rechte und Pflichten gegeneinander, sondern nur Rechte und Pflichten gegen die aus ihnen zusammengesetzte Gesamtperson. Diese Rechte und Pflichten sind teils personenrechtlichen, teils vermögensrechtlichen Inhalts. Sie zeigen eine innige Verflechtung rein körperschaftsrechtlicher Beziehungen, in denen die Aktionäre lediglich als Gliedpersonen stehen, und sonderrechtlicher Verhältnisse, die in den Individualbereich der Mitglieder hineinreichen. Inwieweit die einzelnen Rechte und Pflichten in

die eine oder andere Kategorie gehören und somit dem Vereinswillen unterworfen oder entzogen sind, ist eine schwierige und vielfach umstrittene Frage, bei deren Lösung neben dem Gesetz zugleich die Satzung heranzuziehen ist. Dabei ist zu beachten, daß der sonderrechtliche Charakter in ungleicher Stärke ausgeprägt sein kann. Die Sonderrechte sind bald Einzelvorrechte (z. B. aus § 186), bald Klassenvorrechte (nach § 185), bald Rechte aller Aktionäre. Immer ist für jeden Aktionär das Recht auf die Mitgliedschaft selbst ein Sonderrecht. Außerdem hat nach dem Wesen der Genossenschaft jeder Aktionär stets einen sonderrechtlichen Anspruch auf gleichmäßige Behandlung mit den übrigen Aktionären (vgl. R.Ger. XLI Nr. 25, LII Nr. 78).

2. Die Mitgliedschaftspflichten erschöpfen sich nach der gesetzlichen Regel in vermögensrechtlichen Leistungen. Die Satzung kann aber den Aktionären auch personenrechtliche Pflichten, z. B. zur Annahme von Vereinsämtern, auferlegen.

a) Begrifflich wesentliche Aktionärpflicht ist die Kapitaleinlagepflicht. Sie wird durch den Nennbetrag der Aktie oder ihren höheren Ausgabepreis begrenzt (§ 213) und ist, soweit nicht Sacheinlagen gehörig festgesetzt sind, durch Barzahlung zu erfüllen. Für die Einzahlung können Termine in der Satzung bestimmt, es kann aber auch die successive Einforderung von Ratenbeträgen durch Vereinsorgane vorgesehen sein. Vor der Volleinzahlung dürfen keine Inhaberaktien ausgegeben werden.

Die Einlagepflicht trifft den Aktionär als solchen. Sie ist integrierender Bestandteil der Mitgliedschaft und geht notwendig mit ihr über. Außerdem aber bleibt jeder Rechtsvorgänger bis hinauf zum ursprünglichen Zeichner verhaftet. Doch tritt die Haftung nur subsidiär der Reihe nach rückwärts ein, wenn die Zahlung vom Rechtsnachfolger nicht zu erlangen ist. Für Zahlungsunfähigkeit des Rechtsnachfolgers wird vermutet, wenn er auf Zahlungsaufforderung vier Wochen nach Benachrichtigung des Vorgängers nicht gezahlt hat. Die Haftung des Vorgängers beschränkt sich ferner auf die in den letzten zwei Jahren vor Anmeldung der Aktienübertragung zum Aktienbuch eingeforderten Beträge. Sie ist endlich bedingt durch das Angebot der Wiedereinsetzung in die Mitgliedschaft. (Vgl. § 220).

Hinsichtlich der Leistungspflichten der Aktionäre und ihrer Rechtsnachfolger besteht ein unbedingtes Liberierungsverbot (anders das ursprüngliche H.G.B. Art. 222 bis 228 und noch schweiz. O.R. Art. 636—638). Jede Befreiung ist nichtig; auch können gegen die Leistungen Forderungen an die A.G. nicht aufgerechnet werden (§ 221).

Zahlungsverzug des Aktionärs bewirkt von Rechts wegen den Lauf von Verzugszinsen; auch können in der Satzung von Rechts wegen Vertragsstrafen festgesetzt werden (§ 218). Überdies aber kann die A.G. stets (früher nur im Falle satzungsmäßiger Ermächtigung) das Verwirkungsverfahren einleiten (§§ 219—220). Zu diesem Behufe muß sie in gehöriger Form (regelmäßig durch dreimalige öffentliche Bekanntmachung) unter Setzung einer Nachfrist von bestimmter Mindestdauer die säumigen Aktionäre auffordern, die Zahlung bei Vermeidung des Ausschlusses zu leisten. Ein Aktionär, der trotzdem nicht zahlt, ist dann durch öffentliche Bekanntmachung seines Anteilsrechts und der geleisteten Einzahlungen zu Gunsten der A.G. für verlustig zu erklären. Er bleibt aber trotzdem für den Ausfall, den die A.G. schließlich erleidet, verhaftet. Über die verwirkte Mitgliedschaft wird eine neue Urkunde ausgegeben, die sowohl die geleisteten Teilzahlungen wie den eingeforderten Betrag umfaßt. Diese Urkunde wird dem Rechtsvorgänger ausgehändigt, falls er den rückständigen Betrag bezahlt. Ist auch von keinem Rechtsvorgänger Zahlung zu erlangen, so kann die A.G. das Anteilsrecht zum Börsenpreise oder in Ermangelung eines solchen durch öffentliche Versteigerung verkaufen.

b) Ob neben den Kapitaleinlagen den Aktionären durch die Satzung wiederkehrende, nicht in Geld bestehende Leistungen auferlegt werden können, wie dies namentlich bei den Rübenaktiengesellschaften mit Rübenlieferungspflicht der Aktionäre allgemein geschah, war vor Erlaß des neuen H.G.B. eine berühmte Streitfrage. Das Reichsgericht verneinte die Möglichkeit und hielt derartige Satzungsbestimmungen nur mit Hilfe der Umdeutung in Nebenverträge kümmerlich aufrecht. Nach jetzigem Recht ist die

Belastung der Mitgliedschaft mit der Verpflichtung zu solchen Nebenleistungen zulässig, sofern die Übertragung der Anteilsrechte an die Zustimmung der A.G. gebunden wird. Der Inhalt und der Umfang der Verpflichtung müssen aus den Aktien oder Interimsscheinen ersichtlich sein. Die Satzung kann für Nichterfüllung Vertragsstrafen festsetzen. Anderseits kann sie bestimmen, daß die A.G. die Zustimmung zur Übertragung nur aus wichtigen Gründen verweigern darf (§ 212).

3. Die Mitgliedschaftsrechte haben ihren Kern in dem Anteil des Aktionärs am Vermögen der A.G.; die personenrechtlichen Befugnisse des Aktionärs sind Ausflüsse dieses vermögensrechtlichen Grundrechtes.

a) Das Anteilsrecht des Aktionärs, von dem auch das neue H.G.B. spricht, obschon es den Art. 216 des alten H.G.B., der den „verhältnismäßigen Anteil am Vermögen" ausdrücklich gewährleistete, gestrichen hat, ist sachenrechtlicher Natur. Man darf es nicht, wie oft geschieht, in ein Forderungsrecht umdeuten. Vielmehr ergreift es unmittelbar zu einem Bruchteil das als objektive Einheit konstituierte Gesamtvermögen. Allein es enthält keinen Miteigentumsanteil, sondern den Anteil an einem genossenschaftlichen Gesamteigentum. Dabei ist das Vermögen nur seinem Werte nach in Quoten zerlegt, die zu Sonderrecht verteilt sind. Im übrigen steht die Vermögensherrschaft einheitlich und ungeteilt der Gesamtperson zu, die über die einzelnen Vermögensgegenstände frei zu verfügen hat. In diesem Bereiche hat der Aktionär als Einzelner keinerlei Mitherrschaft, sondern ist nur als Gliedperson kraft seines Stimmrechtes zur Mitwirkung bei der Beschlußfassung berufen (§ 250). Darauf aber, daß ihm diese Mitwirkung gewährt werde, hat er ein unantastbares Sonderrecht.

b) Das Anteilsrecht sichert dem Aktionär eine Wertquote des Vermögensstockes. Der Aktionär kann jedoch während des Bestandes der A.G. seinen Wertanteil nicht herausverlangen (§ 213), ihn vielmehr nur durch Veräußerung realisieren. Sein Kapitalanteil erschöpft sich daher in einer Anwartschaft auf den entsprechenden Geldbetrag im Falle der Auflösung der A.G. Diese Anwartschaft aber darf ihm nicht entzogen werden. Darum braucht er sich keine Verfügung der A.G. gefallen zu lassen, die unmittelbar auf Entwertung seines Anteils gerichtet ist. Insbesondere kann er einer reinen Schenkung widersprechen (R.O.H.G. XXII 281, XXIV 225, R.Ger. III Nr. 39).

c) Das Anteilsrecht gewährt ferner dem Aktionär einen verhältnismäßigen Anteil am Vermögensertrage.

Mangels anderer Bestimmung gebührt ihm ein entsprechender Gewinnanteil (Dividende). Der Gewinnanteil ist jährlich von dem aus der Bilanz ersichtlichen Reingewinn zu berechnen und auszuzahlen (§ 213 u. § 214 Abs. 1). Von dem Reingewinn ist jedoch nach gesetzlicher Vorschrift zunächst ein bestimmter Teil (mindestens ein Zwanzigstel bis zur Erreichung von einem Zehntel des Grundkapitals) zur Bildung eines Reservefonds zu verwenden, in den überdies aller Agiogewinn aus der Ausgabe von Aktien und der Gewinn aus Zuzahlungen für Vorzugsrechte fließt (§ 262). Ferner sind die etwaigen satzungsmäßigen Abzüge (für Tantiemen, Erneuerungsfonds, Tilgungsfonds, Unterstützungskassen, gemeinnützige Zwecke u. s. w.) vorweg zu machen. Die Festsetzung der Gewinnverteilung erfolgt durch die Generalversammlung (§ 260). Der Aktionär hat aber ein Sonderrecht auf richtige Festsetzung. Darum sind die maßgebenden Vorlagen (Bilanz, Gewinn- und Verlustberechnung, Geschäftsbericht und Bemerkungen des Aufsichtsrats) mindestens während der letzten zwei Wochen vor der G.V. zur Einsicht aller Aktionäre auszulegen, auf Verlangen den Aktionären auch Abschriften zu erteilen (§ 263). Ist der Gewinnanteil endgültig festgestellt, so verstärkt sich das Sonderrecht des Aktionärs zu einem vollkommen selbständigen Anspruch auf den fälligen Betrag.

Neben oder statt der Dividende können Zinsen von bestimmter Höhe weder bedungen noch ausbezahlt werden (§ 215 Abs. 1). Die sogenanntenn „Zinsen", die allen Aktien oder den Vorzugsaktien oft zugesichert werden, sind daher nur eine Vorzugsdividende, die insoweit, als Reingewinn vorhanden ist, vor der Speisung gewisser Fonds oder vor der Berücksichtigung der anderen Aktien zu verteilen ist. Sind nicht auf alle Aktien gleichmäßige Einzahlungen geleistet, so entfällt mangels anderer Bestimmung auf

alle Aktien eine Vorzugsdividende bis zu 4 v. H. der eingezahlten Beträge (§ 214). Ausnahmsweise dürfen in der ursprünglichen Satzung für einen kalendermäßig bestimmten Zeitraum der Vorbereitung des Unternehmens Zinsen von bestimmter Höhe (sog. „Bauzinsen") bedungen werden (§ 215).

Für wiederkehrende Leistungen, die satzungsmäßig neben den Kapitaleinlagen beizutragen sind, kann eine ihren Wert nicht übersteigende Vergütung ohne Rücksicht auf das Vorhandensein von Gewinn gezahlt werden (§ 216).

Die Satzung kann den Anspruch auf Dividende ausschließen oder begrenzen. Sie kann auch dafür oder daneben den Aktionären Gebrauchs- oder Nutzungsrechte am Vereinsvermögen (z. B. freien Eintritt in einen Garten oder ein Theater der A.G.) einräumen. Auch solche Rechte sind mitgliedschaftliche Sonderrechte.

4. Zu den inneren Rechtsverhältnissen der A.G. gehören auch die Beziehungen zwischen der Gesamtperson und ihren Organpersonen. Sowohl die körperschaftlichen wie die individuellen Rechte und Pflichten der Organpersonen bestehen nur gegenüber der A.G. als solcher. Daher sind auch Gründer, Vorstandsmitglieder, Aufsichtsratsmitglieder und Liquidatoren nur der Gesellschaft, nicht, wie vielfach nach ausländischem Recht, den einzelnen Aktionären verantwortlich. Auch wenn der Aufsichtsrat wegen eigner Verantwortlichkeit gegen den Beschluß der Generalversammlung Vorstandsmitglieder verklagt (§ 247 Abs. 2) oder die Minderheit gegen den Willen der Mehrheit Klage erhebt (§ 268), wird der Prozeß im Namen der A.G. geführt.

Literatur: E. Alexander, Die Sonderrechte der Aktionäre, 1892. E. Hallier, Die Sonderrechte der Aktionäre, 1892. K. Lehmann, Arch. f. b. R. IX 297 ff. G. Bachmann, Die Sonderrechte des Aktionärs, 1902. — Wolff, Z. f. H.R. XXXII 19 ff., Arch. f. b. R. III 293 ff., Festgabe für Wilke S. 321 ff. West, Busch Arch. XXXVI 96 ff. Lippmann, Z. f. H.R. XXXIX 126 ff. — J. Bauer, Inventur und Bilanz bei A.G. u. K.G. a. A., 1897. Simon, Die Bilanzen der A.G., 2. Aufl. 1898. H. Rehm, Die Bilanzen der Aktiengesellschaften u. s. w., 1903.

§ 53. Äußere Rechtsverhältnisse. Die A.G. ist als juristische Person rechts- und parteifähig (§ 210). Sie handelt durch ihre Organe und ist auch für unerlaubte Organhandlungen nach B.G.B. § 31 verantwortlich. Auch im öffentlichen Recht hat sie die Stellung einer juristischen Person, wird als solche besteuert, kann wegen des Gegenstandes ihres Unternehmens (z. B. Eisenbahn-, Hypothekenbank-, Versicherungsbetrieb) einer besonderen Staatsaufsicht unterliegen und besondere Rechte und Pflichten haben.

Den Gläubigern der A.G. haftet das Vereinsvermögen. Die Gebundenheit des Gesellschaftsvermögens durch die der A.G. auferlegten Verfügungsbeschränkungen besteht auch zu Gunsten der Gläubiger. Die Gläubiger haben ein Recht darauf, daß das Grundkapital in unversehrtem Bestande erhalten werde, und können die Nichtigkeit verbotener Befreiungen, Rückzahlungen oder Verzichte für sich geltend machen.

Darüber hinaus haften die einzelnen Aktionäre für die Verbindlichkeiten der A.G. unmittelbar neben der A.G. insoweit, als sie zur Ungebühr Zahlungen von der A.G. empfangen haben. Doch brauchen sie niemals das in gutem Glauben als Gewinnanteil oder als Zinsen Bezogene herauszugeben. Auch verjährt der Anspruch gegen sie in fünf Jahren (§ 217).

Außerdem haften hinter der A.G. die Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder unmittelbar und persönlich als Gesamtschuldner insoweit den Gläubigern, als sie für eine ordnungswidrige Minderung des Grundkapitals (durch Rückzahlungen, Zahlung von Zinsen oder Gewinnanteilen, Erwerb oder Einziehung eigner Aktien, verfrühte Aktienausgabe, ungehörige Verteilung u. s. w.) ersatzpflichtig sind. Diese Haftung wird weder durch einen Verzicht der A.G. auf ihren Ersatzanspruch noch dadurch aufgehoben, daß die Handlung auf einem Beschluß der Generalversammlung beruht. Die Ansprüche der Gläubiger verjähren in fünf Jahren. (Vgl. §§ 241 u. 249).

§ 54. Veränderung. Die A.G. verändert sich in ihrem wesentlichen Bestande weder durch den Wechsel ihrer Glied- oder Organpersonen noch durch Wachsen oder Schwinden ihres Vermögens. Dagegen verändert sie sich durch jede Änderung ihrer Satzung oder ihres Grundkapitals.

1. Jede Satzungsänderung fordert außer dem mit gehöriger Mehrheit gefaßten Generalversammlungsbeschluß und der Zustimmung der in Sonderrechten betroffenen Aktionäre (§§ 274—276) die Eintragung in das Handelsregister und wird erst mit der Eintragung wirksam (§ 277).

2. Eine Erhöhung des Grundkapitals erfolgt durch Ausgabe neuer Aktien, die häufig als „Prioritätsaktien" mit Vorzugsrechten ausgestattet werden. Sie soll nicht vor Volleinzahlung des bisherigen Kapitals (von unerheblichen Rückständen abgesehen) stattfinden; nur bei Versicherungsgesellschaften kann die Satzung ein anderes bestimmen. Der Erhöhungsbeschluß fordert die Form der Satzungsänderung in Verbindung mit besonderer Beschlußfassung der einzelnen ungleich berechtigten Mitgliederklassen. Insoweit die Errichtung der A.G. der Staatsgenehmigung bedurfte, ist auch zur Erhöhung des Grundkapitals Staatsgenehmigung erforderlich. Sowohl der Erhöhungsbeschluß wie die erfolgte Erhöhung sind anzumelden und einzutragen; beides kann aber verbunden werden. Für den Vollzug der Erhöhung gelten ähnliche Regeln wie bei der Gründung der A.G. (Verbot der Ausgabe unter dem Nennbetrage, besondere Behandlung der Sacheinlagen, Form der Aktienzeichnung, sofortige Bareinzahlung von einem Viertel, keine Ausgabe von Mitgliedschaftsurkunden vor Eintragung der erfolgten Erhöhung, Unübertragbarkeit der Anteile bis zu diesem Zeitpunkt). Eine eigentümliche Rolle aber spielen hier die Bezugsrechte auf neue Aktien. Nach dem neuen H.G.B. hat jeder Aktionär ein gesetzliches Bezugsrecht auf einen seinem Anteil entsprechenden Teil der neuen Aktien; der Vorstand hat den Ausgabepreis zu veröffentlichen und kann für die Ausübung eine Frist (mindestens zwei Wochen) setzen. Das gesetzliche Bezugsrecht kann nicht durch die Satzung, wohl aber durch den Erhöhungsbeschluß beseitigt werden. Die Zusicherung sonstiger Bezugsrechte ist nur unter Vorbehalt des gesetzlichen Bezugsrechts und nicht vor dem Erhöhungsbeschluß zulässig. Doch bleiben die bei älteren A.G. wirksam zugesicherten Bezugsrechte in Kraft. (Vgl. §§ 278—287; E.G. Art. 28).

Statt der Erhöhung des Grundkapitals kann die A.G., um sich Geldmittel zu beschaffen, eine bloße Erhöhung des Betriebskapitals durch Aufnahme eines Darlehens vornehmen. Gewöhnlich geschieht dies durch Ausgabe von Teilschuldverschreibungen auf den Inhaber, die als „Prioritätsobligationen" bezeichnet werden. Sie gewähren nur Gläubigerrecht, nicht Mitgliedschaft.

3. Eine Herabsetzung des Grundkapitals fordert einen mit mindestens Dreiviertelsmehrheit gefaßten Generalversammlungsbeschluß und besondere Beschlüsse der einzelnen Mitgliederklassen, die Eintragung in das Handelsregister und gleiche Sicherungsmaßregeln zu Gunsten der Gläubiger, wie sie im Falle der Auflösung vorgeschrieben sind. Sie bezweckt entweder eine teilweise Zurückzahlung des Grundkapitals an die Aktionäre oder die Konstatierung der Verminderung des Grundkapitals durch Verluste. Die Ausführung erfolgt entweder durch Herabsetzung der Aktienbeträge, die aber nur zulässig ist, wenn dadurch der gesetzliche Mindestbetrag nicht unterschritten wird, oder durch Verminderung der Aktienzahl. Im letzteren Falle werden entweder alle Aktien gleichmäßig betroffen oder einzelne Aktien eingezogen. Beschließt die A.G. eine gleichmäßige Reduktion der Aktienzahl durch Zusammenlegung mehrerer Aktien in eine, so kann sie die nach gehöriger öffentlicher Aufforderung nicht eingereichten und ebenso die ihr eingereichten, aber der Zahl nach zum Ersatz durch neue Aktien nicht ausreichenden Aktien für kraftlos erklären: die dafür auszugebenden neuen Aktien hat sie für Rechnung der Beteiligten zum Börsenpreis oder öffentlich zu verkaufen und den Erlös auszuzahlen oder zu hinterlegen. Soll die Herabsetzung durch Einziehung (Amortisation) der erforderlichen Zahl einzelner Aktien ausgeführt werden, so kann dies entweder mittels freihändigen Ankaufes oder mittels Auslosung oder Kündigung geschehen. Doch kann kein Aktionär wider seinen Willen der Einziehung unterworfen werden, wenn nicht schon in der ursprünglichen Satzung oder durch Satzungsänderung vor Zeichnung der Aktie die Einziehung angeordnet oder gestattet ist. Die erfolgte Herabsetzung ist einzutragen. (Vgl. §§ 288—298, 227).

Die Einziehung von Aktien kann auf Grund einer Satzungsbestimmung (jedoch außer dem Falle des freien Ankaufes nur auf Grund der ursprünglichen Satzung) auch

ohne Herabsetzung des Grundkapitals erfolgen; dann darf aber hierfür nur der nach der Bilanz verfügbare Gewinn (oft angesammelt in einem Tilgungsfonds) verwendet werden (§ 227). Die Wirkung ist Verminderung der Zahl der Mitgliedschaften bei gleichem Grundkapital, so daß nun die verbleibenden Aktien einen größeren Anteil gewähren, als ihr Nennbetrag ausdrückt. Als Abfindung für die ausgelosten oder gekündigten Aktien wird mitunter neben Kapital oder statt desselben ein Recht auf Fortbezug von Dividende oder auch einer festen Rente zugesichert, über das Genußscheine (actions de jouissance) ausgestellt werden.

Literatur: Sachs, Z. f. H.R. XIX 313 ff. Nissen, ebenda S. 353 ff. Keyßner, ebenda XX 467 ff. Goldschmidt, ebenda XXI 1 ff. Hergenhahn, Busch' Arch. XLVIII 169 ff.

§ 55. Beendigung.

1. Auflösungsgründe der A.G. sind Ablauf einer gesetzten Zeit, Beschluß der Generalversammlung mit Dreiviertelsmehrheit, sofern nicht die Satzung noch mehr fordert, und Konkurseröffnung (§ 292); ferner die sonst in der Satzung vorgesehenen Gründe (möglicherweise auch Staatsauflösung), nach preuß. A.G. Art. 18 die Auflösung wegen rechtswidriger, das Gemeinwohl gefährdender Handlungen oder Unterlassungen durch Urteil des Verwaltungsgerichts und nach richtiger, aber nicht herrschender Ansicht die endgültige Vereinigung aller Aktien in Einer Hand. Die Auflösung ist (außer bei Konkurs) anzumelden und einzutragen (§ 243). In gewissen Fällen (Scheitern einer geplanten Vermögensübertragung, Beendigung des Konkurses durch Zwangsvergleich oder Einstellung) kann die Auflösung durch Beschluß der G.V. rückgängig gemacht werden (§ 307).

2. Regelmäßige Wirkung der Auflösung ist die Liquidation. Nur im Falle des Konkurses tritt an Stelle derselben das Konkursverfahren (Konk.O. §§ 207—208).

Die Liquidation (§§ 294—302) erfolgt nach ähnlichen Regeln wie bei der o. H.G. Während der Liquidation gilt aber hier nicht Gesellschaftsrecht, sondern Körperschaftsrecht fort; die aufgelöste A.G. bleibt für den Zweck ihrer Selbstzersetzung ein Liquidationsverein auf Aktien. Daher besteht die Vereinsorganisation fort; sie ändert sich jedoch dadurch, daß, während Generalversammlung und Aufsichtsrat ihre Funktionen behalten, an Stelle des Vorstandes die Liquidatoren treten. Zu Liquidatoren sind die bisherigen Vorstandsmitglieder oder die sonst durch Satzung oder Beschluß bestellten Personen berufen; aus wichtigen Gründen aber kann auf Antrag des Aufsichtsrats oder einer Minderheit von einem Zwanzigstel das Gericht Liquidatoren ernennen oder entlassen. Die Liquidatoren sind auch hier Vertreter und Geschäftsführer im Umfange des Liquidationszwecks; sie werden durch Beschlüsse der G.V. gebunden und unterstehen der Kontrolle des Aufsichtsrats. Die Liquidation zielt auf Abwicklung der Geschäfte, Versilberung der Aktiva, Berichtigung der Passiva und Verteilung des nach Befriedigung oder doch Sicherstellung der Gläubiger verbleibenden Reinvermögens. Besondere Vorschriften gelten für die Liquidationsbilanzen. An die Gläubiger muß hier eine dreimal zu veröffentlichende Aufforderung gerichtet werden, ihre Ansprüche anzumelden. Von der dritten Bekanntmachung an läuft ein Sperrjahr, nach dessen Ablauf frühestens die Vermögensverteilung stattfinden darf. Die Verteilung des Reinvermögens erfolgt, soweit nicht Vorrechte (z. B. für Prioritätsaktien) bestehen, nach Anteilen; doch sind bei ungleichmäßigen Einzahlungen zunächst die gemachten Einzahlungen zu erstatten und etwaige Fehlbeträge nach Aktien umzulegen und durch Einforderung rückständiger Einzahlungen zu decken. Nach Beendigung der Liquidation und Legung der Schlußrechnung ist das Erlöschen der Firma anzumelden und einzutragen; doch kann erforderlichenfalls noch eine Nachliquidation angeordnet werden.

Die Übertragung des Vermögens im ganzen kann in gleicher Weise wie die Auflösung beschlossen werden und bewirkt jedenfalls, wenn die A.G. noch nicht aufgelöst war, deren Auflösung (§ 303 Abs. 1—2). Die Liquidation wird dadurch erleichtert, aber nicht beseitigt; insbesondere gelten auch hier die Vorschriften zur Sicherung der Gläubiger, so daß die Ausantwortung des Vermögens an den Übernehmer nicht vor der Schuldenberichtigung und frühestens nach Ablauf des gesperrten Jahres erfolgen darf (§ 303 Abs. 3). Im Falle der Vermögensübertragung auf eine andere A.G. oder

K.G. a. A. gegen Gewährung von Aktien der übernehmenden Gesellschaft (Fusion) ist die Erhöhung des Grundkapitals und der Umtausch der Aktien erleichtert (§ 305). In drei Fällen aber kann bei der Übernahme des Vermögens im ganzen durch eine andere juristische Person die Liquidation wegbedungen werden. Dann tritt Gesamtnachfolge ein, die sich von Rechts wegen mit der Eintragung ins Handelsregister vollzieht. Der erste Fall ist die Vermögensübernahme durch das Reich, einen Bundesstaat oder einen inländischen Kommunalverband (§ 304). Der zweite Fall ist die Fusion; doch ist hier, wenn die Liquidation unterbleibt, das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft durch die Fusionsgesellschaft getrennt zu verwalten und bleibt zunächst den Gläubigern der aufgelösten Gesellschaft verhaftet; die Vereinigung der Vermögen darf erst nach Aufforderung und Befriedigung der Gläubiger und frühestens nach Ablauf des Sperrjahres erfolgen (§ 306). Der dritte Fall ist die besonders geregelte Umwandlung einer A.G. in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung (R.G. v. 20. April 1892 §§ 80—81).

8. Nichtigkeitserklärung. Ist eine A.G. nichtig, weil ihr ein wesentliches Erfordernis des Bestandes infolge Unvollständigkeit ihrer Satzung oder Nichtigkeit einer Satzungsbestimmung (oder Formmangels der Satzung, R.Ger. LIV Nr. 107) fehlt, so kann nach dem neuen H.G.B. jeder Aktionär sowie jedes Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied die Nichtigkeitsklage gegen die A.G. anstellen (§ 309). Doch sind die meisten Mängel durch Generalversammlungsbeschluß in Form der Satzungsänderung heilbar; unheilbar sind Nichtigkeiten in Ansehung der Höhe des Grundkapitals und der einzelnen Aktien (§ 310). Erfolgt die Nichtigkeitserklärung, so wirkt sie an sich zurück. Doch vollzieht sich nach ihrer Eintragung die Abwicklung ihrer Verhältnisse unter entsprechender Anwendung der für den Fall der Auflösung geltenden Vorschriften; auch bleibt die Wirksamkeit der mit Dritten vorgenommenen Rechtsgeschäfte unberührt und insoweit, als es zur Erfüllung eingegangener Verbindlichkeiten erforderlich ist, das Einlageversprechen der Aktionäre bindend (§ 311).

Literatur: Wiener, Z. f. H.R. XXVII 33 ff. Sachs, ebenda XXIX 35 ff. H. Käfner, Fusion einer A.G., 1896. Goldstein, Der Konkurs der A.G., Hirths Annalen 1901 S. 721 ff. Simonis, Die Nichtigkeitserklärung der A.G., 1901.

Zweiter Titel: Die Kommanditgesellschaft auf Aktien.

§ 56. Begriff, Geschichte und Wesen.

1. Begriff. Die K.G. a. A. ist ein Kapitalverein, bei dem mindestens ein Mitglied (persönlich haftender Gesellschafter) unbeschränkt für die Vereinsschulden haftet, während die übrigen (Kommanditisten) sich nur mit Einlagen auf das in Aktien zerlegte Grundkapital beteiligen (§ 320 Abs. 1).

2. Geschichte. Diese Gesellschaftsform entstand in Frankreich, aber auch in Deutschland (Berliner Diskontogesellschaft 1850) aus dem Bestreben, das Aktienprinzip unabhängig von staatlicher Genehmigung zu verwerten. Dies wurde erreicht, indem bei einer K.G. ein in Aktien zerlegtes Kapital als Kommanditeinlage behandelt und die Gesamtheit der Teilhaber nach dem Vorbild der A.G. organisiert wurde. Mißbräuche veranlaßten eine gesetzliche Regelung. In Frankreich erging das Ges. v. 17. Juni 1856, an das sich das H.G.B. Art. 173—206 anschloß. Es forderte Staatsgenehmigung, von der aber viele Landesgesetze (wie preuß. E.G. Art. 10), die bei der A.G. an ihr festhielten, absahen. Die Novelle von 1870 gab die K.G. a. A. frei, erhob jede K.G. a. A. zur Handelsgesellschaft und näherte auch sonst ihr Recht dem Recht der A.G. an, regelte sie aber nach wie vor als Unterart der K.G. vor der A.G., um dann bei der letzteren vielfach auf sie zu verweisen. Ebenso verfuhr trotz tiefgreifender Wandlungen im einzelnen die Novelle von 1884. Dagegen hat das neue H.G.B die K.G. a. A. hinter die A.G. gestellt und zu einer Nebenform der A.G. umgestaltet. Nur in Ansehung des Rechtsverhältnisses der p. h. G. zueinander, zur Kommanditistengesamtheit und zu Dritten wird noch auf das Recht der K.G., im übrigen auf das Recht der A.G. verwiesen (§ 320 Abs. 2—3).

3. Wesen. Die K.G. a. A. ist eine Mischform. Während sie aber nach bisherigem Recht, obschon im Widerspruch mit ihrem tatsächlichen Wesen, als Unterart der

K.G. und somit als bloße Gesellschaft konstruiert werden mußte, erscheint sie jetzt als ein der A.G. wesensverwandter Verein, dem Elemente der K.G. eingefügt sind. Sie ist zwar nicht (wie die Kommanditaktiengesellschaft des Schweiz. O.R. Art. 676) eine bloße Unterart der A.G., allein sie ist gleich dieser eine selbständige Kapitalgenossenschaft mit eigner Persönlichkeit.

Literatur: Renaud, Das Recht der K.G., S. 635 ff. Primker b. Endemann §§ 134—136. Goldschmidt, System S. 129 ff. Hergenhahn, Z. f. H.R. XLII 69 ff. Cosack § 123. W. Reichau, Die K.G. a. A. und der rechtsfähige Verein, 1903.

§ 57. Rechtsgrundsätze.

1. Grundlagen. Die K.G. a. A. fordert ein in Aktien zerlegtes Grundkapital, für das jetzt durchweg das Recht der A.G. gilt, und eine gehörig festgestellte Satzung. Außerdem aber fordert sie einen oder mehrere p. h. G. Diese können sich zugleich mit Vermögenseinlagen beteiligen. Während aber das bisherige Recht ihre Beteiligung mit eigentümlich gebundenen Vermögenseinlagen obligatorisch machte, überläßt das neue H.G.B. sowohl das Ob wie das Wie ihrer Beteiligung dem autonomischen Belieben. Sie können sich mit Aktien beteiligen, die aber kein Stimmrecht in der Generalversammlung geben (§ 327 Abs. 1). Erfolgen ihre Vermögenseinlagen nicht auf das Grundkapital, so müssen sie nach Art und Höhe in der Satzung festgesetzt werden (§ 322).

2. Errichtung. Die Gründung der K.G. a. A. erfolgt nach den für die Gründung der A.G. geltenden Regeln mit einzelnen Abweichungen, die sich daraus ergeben, daß die p. h. G. notwendig als Gründer und zugleich als vorläufiger Vorstand fungieren und in der Gründungsversammlung (oder bei einer Nachgründung) kein Stimmrecht haben (§§ 323—324). Während nach dem alten H.G.B., das die p. h. G.er allein zu Gründern berief, die Gründung nur in der Form der Successivgründung erfolgen konnte, ist jetzt, da auch Kommanditisten als Mitgründer auftreten können, auch eine Simultangründung möglich.

3. Organisation. Die K.G. a. A. hat eine körperschaftliche Organisation, die sich von der Organisation einer A.G. dadurch unterscheidet, daß es an einem Vorstande fehlt. Geborene Vertreter und Geschäftsführer sind vielmehr die p. h. G., die im allgemeinen die Rechte und Pflichten von p. h. G. einer K.G. haben (Modifikationen des Konkurrenzverbotes in § 326). Allein damit verbinden sie in Ansehung des Vereinslebens die Funktionen eines Vorstandes und sind auch der gleichen privat- und strafrechtlichen Verantwortlichkeit wie Vorstandsmitglieder unterworfen (§ 325). Ganz nach den Regeln des Aktiengesellschaftsrechts ist die Generalversammlung eingerichtet. Sie umfaßt jedoch nur die Kommanditisten und ist daher keineswegs herrschendes, sondern nur mitherrschendes Organ des Vereins; ihre Beschlüsse bedürfen in allen Angelegenheiten, in denen bei der K.G. ein Gesellschaftsbeschluß erforderlich ist, der Zustimmung der p. h. G.; nur die (über das bei gewöhnlichen Kommanditisten gegebene Maß erweiterten) Kontrollbefugnisse, insbesondere das Recht auf Bestellung von Revisoren, und die Geltendmachung von Rechten des Vereins gegen andere Organe stehen der G.V. oder einer Minderheit von Aktionären selbständig zu (§ 327). Als selbständiges Kontrollorgan des Vereins fungiert ein durchaus nach Aktiengesellschaftsrecht gebildeter Aufsichtsrat, der hier zugleich regelmäßig die Beschlüsse der Kommanditisten auszuführen und die Gesamtheit der Kommanditisten den p. h. G. gegenüber zu vertreten hat (§ 328).

4. Innere Rechtsverhältnisse. Das Verhältnis der p. h. G. untereinander und gegenüber der Kommanditistengesamtheit richtet sich nach dem Recht der K.G.; insoweit schließt also dieser Verein ein Gesellschaftsverhältnis ein. Dagegen gilt für das Verhältnis zwischen dem Verein und seinen Organen und Mitgliedern Aktiengesellschaftsrecht. Die einzelnen Kommanditisten haben durchweg die Rechte und Pflichten von Aktionären einer A.G. Die p. h. G. stehen ihnen, soweit sie zugleich Aktionäre sind, in vermögensrechtlicher Hinsicht gleich, entbehren aber des Stimmrechts. Im übrigen bestimmen sich ihre Anteile am Vereinsvermögen und an Gewinn und Verlust nach dem Recht der K.G.; doch dürfen sie, so lange eine ihre Kapitalanteile

übersteigende Unterbilanz vorhanden ist, kein Geld auf ihren Kapitalanteil beziehen; auch ist von dem auf sie fallenden Gewinn der gesetzlich vorgeschriebene Abzug für den Reservefonds zu machen (§ 329).

5. Äußere Rechtsverhältnisse. Die K.G. a. A. ist nach heutigem Recht eine juristische Person; den Gläubigern aber haften neben ihr unmittelbar und unbeschränkt die p. h. G.er. Die Kommanditisten haften in gleichem Umfange wie Aktionäre einer A.G.

6. Veränderung. Während der Wechsel in der Person der Kommanditisten für den Bestand der K.G. a. A. unerheblich ist, hat der Eintritt oder das Ausscheiden eines p. h. G.s gleiche Bedeutung wie bei der K.G. Das Ausscheiden eines p. h. G.s ist aber, abgesehen von einer durch die Kommanditistengesamtheit und die übrigen p. h. G. erwirkten Ausschließung, überhaupt nur zulässig, soweit es in der Satzung vorgesehen ist. Eine Satzungsänderung und eine Erhöhung oder Herabsetzung des Grundkapitals erfolgt nach Aktiengesellschaftsrecht mit der Maßgabe, daß der qualifizierte Versammlungsbeschluß der Zustimmung der p. h. G. bedarf. Als bloße Veränderung ist im neuen H.G.B. auch die Umwandlung der K.G. a. A. in eine A.G. geregelt (§§ 332—334).

7. Beendigung. Die Auflösungsgründe richten sich nach dem Recht der K.G.; nur fällt die Auflösung durch den Konkurs eines Kommanditisten und durch Kündigung seines Gläubigers weg; auch steht das Kündigungsrecht der Kommanditisten, ihr Mitbestimmungsrecht bei einem Auflösungsbeschluß und ihr Antragsrecht auf gerichtliche Auflösung hier nur der mit mindestens Dreiviertelmehrheit beschließenden Generalversammlung zu (§ 330). In Preußen kann auch eine K.G. a. A. durch verwaltungsgerichtliches Urteil aufgelöst werden (A.G. Art. 4). Die Wirkungen der Auflösung richten sich nach Aktiengesellschaftsrecht; zu Liquidatoren sind der Regel nach hier die p. h. G. und eine oder mehrere von der Generalversammlung gewählte Personen berufen (§ 331).

Dritter Titel: Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

§ 58. Begriff, Geschichte und Wesen.

1. Begriff. Die G. m. b. H. ist ein in das Handelsregister eingetragener Verein, bei dem sämtliche Mitglieder mit Einlagen auf ein Stammkapital beteiligt sind und kein Mitglied für die Vereinsverbindlichkeiten persönlich haftet. Sie kann für jeden gesetzlich zulässigen Zweck errichtet werden (§ 1), ist aber stets Handelsgesellschaft (§ 13 Abs. 3).

2. Geschichte. Diese Gesellschaftsform ist durch das R.G. v. 20. April 1892 (neue Fassung v. 20. Mai 1898) geschaffen worden, um neben der A.G. eine freiere und einfachere Form der Kapitalgenossenschaft darzubieten. Ihr Recht lehnt sich an das Aktiengesellschaftsrecht an, hat aber auch aus dem Recht der o. H.G., der eingetragenen Genossenschaft und der bergrechtlichen Gewerkschaft geschöpft.

3. Wesen. Die G. m. b. H. ist gleich der A.G. eine als rechtsfähiger Verein anerkannte Kapitalgenossenschaft. Sie ist aber einerseits eine Genossenschaft mit weit unvollkommenerer Körperschaftsverfassung und noch stärker entwickelten Sonderrechtsverhältnissen, steht daher einer bloßen Gesellschaft näher. Anderseits ist ihr kapitalistischer Bau minder scharf ausgeprägt, weil die Verkörperung der Mitgliedschaften in Wertpapieren und somit deren Unterwerfung unter den fahrnisrechtlichen Verkehr wegfällt. Diese Vereinsform kann für beliebige Zwecke benutzt, sie kann von zwei Gesellschaftern für ein geringfügiges gemeinschaftliches Unternehmen verwandt, aber auch für ein Großunternehmen mit zahlreichen Beteiligten gewählt werden, sobald nur auf die Ausgabe börsenmäßiger Anteilscheine verzichtet wird.

Literatur: Komm. v. Reukamp (1893); Hergenhahn (4. Aufl. Liebmann (1899); Parisius u. Crüger (2. Aufl. 1898); Maurer (2. Aufl. Birkenbihl 1899); R. Esser (2. Aufl. 1898); Förtsch (2. Aufl. 1899); Staub (1903). Cosack § 122. E. Rosenthal, Handwörterb. der Staatswiss. IV 216 ff.

§ 59. **Rechtsgrundsätze.**

1. Grundlagen. Die G. m. b. H. beruht gleich der A.G. auf der doppelten Grundlage eines in Anteile zerlegten Kapitals von bestimmtem Nennbetrage, das hier Stammkapital heißt, und der genossenschaftlichen Organisation der Teilhaber.

Das Stammkapital muß mindestens 20 000 Mark betragen; es muß gedeckt sein durch Stammeinlagen, deren jede mindestens 500 Mark betragen muß, aber auch auf einen höheren durch 100 teilbaren Betrag in Mark lauten kann (§ 5). Jeder Stammeinlage entspricht ein verhältnismäßiger Geschäftsanteil (§ 14).

Die genossenschaftliche Organisation muß durch einen Gesellschaftsvertrag, der in Wahrheit Vereinssatzung ist, hergestellt sein; er bedarf des Abschlusses in gerichtlicher oder notarieller Form und der Unterzeichnung durch sämtliche Gesellschafter und muß die Firma und den Sitz der Gesellschaft, den Gegenstand des Unternehmens und die Beträge des Stammkapitals und jeder Stammeinlage enthalten (§§ 2—3). Die Firma muß, wenn nicht eine mit einem fremden Geschäft erworbene Firma fortgeführt wird, Sachfirma oder Kollektivfirma sein, stets aber den Zusatz „mit beschränkter Haftung" aufnehmen (§ 4). Unerläßlich ist ferner die Bestellung eines oder mehrerer Geschäftsführer, sei es im Gesellschaftsvertrage oder sei es doch vor der Anmeldung (§ 6).

2. Entstehung. Die G. m. b. H. entsteht mit der Eintragung in das Handelsregister; wer vorher in ihrem Namen handelt, haftet persönlich (§ 11). Die Eintragung erfolgt auf gehörige Anmeldung, bei der der Gesellschaftsvertrag, die Legitimation der Geschäftsführer und eine Gesellschafterliste einzureichen ist (§ 8). Bedarf der Gegenstand des Unternehmens der Staatsgenehmigung, so ist auch die Genehmigungsurkunde beizubringen (§ 8 Abs. 1 Z. 4). Die Anmeldung darf überdies nicht erfolgen, bevor auf jede in Geld zu leistende Stammeinlage ein Viertel, mindestens aber der Betrag von 250 Mark eingezahlt ist (§ 7); die Anmeldenden haben zu versichern, daß diese Leistungen bewirkt sind und ihr Gegenstand sich in der freien Verfügung der Geschäftsführer befindet, und haften für die Richtigkeit ihrer Angaben (mit fünfjähriger Verjährungsfrist) persönlich und als Gesamtschuldner (§ 8 Abs. 2, § 9). Sacheinlagen und auf die Stammeinlagen zu verrechnende Vergütungen für übernommene Vermögensgegenstände sind zulässig, wenn sie im Gesellschaftsvertrage genau festgesetzt sind (§ 5 Abs. 4); irgend eine Prüfung findet hier nicht statt. Die Eintragung erstreckt sich auf die wesentlichen Punkte des Gesellschaftsvertrages und die Personen der Geschäftsführer, die Veröffentlichung auch auf etwaige Sacheinlagen oder Vermögensübernahmen (§ 10; über Zweigniederlassungen § 12).

3. Mitgliedschaft. Die Mitgliedschaft knüpft sich an die Geschäftsanteile, die unter einander ungleich sein können. Ursprünglich kann jeder Gesellschafter nur einen Geschäftsanteil erwerben (§ 5); später kann er weitere Geschäftsanteile hinzuerwerben, die aber ihre Selbständigkeit behalten (§ 15 Abs. 2). Die Geschäftsanteile sind vererblich und, vorbehaltlich satzungsmäßiger Beschränkungen, frei veräußerlich; die Abtretung erfolgt durch dinglichen Vertrag in gerichtlicher oder notarieller Form; gleicher Form bedarf der obligatorische Veräußerungsvertrag, dessen Formmangel aber durch formgerechte Abtretung geheilt wird (§ 15). Der Gesellschaft gegenüber wird die Veräußerung erst durch Anmeldung und Nachweis wirksam, doch haftet ihr der Erwerber schon vorher neben dem Veräußerer für Einlagerückstände (§ 16). Eine Teilung von Geschäftsanteilen ist, sofern der Betrag rund bleibt und nicht unter 500 Mark sinkt, bei Veräußerung oder Erbgang mit schriftlicher Genehmigung der Gesellschaft zulässig; die Satzung kann für den Fall der Veräußerung an ein Mitglied und des Erbganges die Genehmigung erlassen, aber auch die Teilung ganz ausschließen (§ 17). Steht ein Geschäftsanteil mehreren ungeteilt zu, so sind sie nur zu gesamter Hand berechtigt, aber solidarisch verpflichtet (§ 18).

4. Organisation. Die Organisation ist in der Hauptsache der Satzung überlassen; das Gesetz hat nur einzelne teils zwingende teils nachgiebige Vorschriften.

a) Oberstes Organ ist mangels anderer Bestimmung die Versammlung der Gesellschafter, die aber durch schriftliche Abstimmung ersetzt werden kann, wenn alle Gesellschafter in der Sache oder doch über diese Abstimmungsart einig sind. Die Ver-

sammlung muß gehörig berufen sein, kann aber ohne gehörige Berufung beschließen, wenn alle Gesellschafter anwesend sind. Hinsichtlich der Fälle der Berufung, des Minderheitsrechts auf Berufung und der Ankündigung der Tagesordnung gelten ähnliche Vorschriften wie bei der A.G.; Form der Berufung ist aber hier die spezielle Ladung durch eingeschriebenen Brief. Die Beschlußfassung erfolgt mit Mehrheit der abgegebenen Stimmen, wobei je 100 Mark Geschäftsanteil eine Stimme geben. Eine Vollmacht zur Stimmabgabe fordert Schriftform. Das Stimmrecht ruht bei Interessenkollision. Die Zuständigkeit der Versammlung erstreckt sich wie bei der A.G. auf die Beschlußfassung in Gesellschaftsangelegenheiten, die Kontrolle der Geschäftsführung und die Vertretung der Gesellschaft gegen die Geschäftsführer, umfaßt aber auch die Bestellung eines Prokuristen oder Generalhandlungsbevollmächtigten. (Vgl. §§ 45—51.)

b) Notwendiges Organ sind Geschäftsführer, die durch den Gesellschaftsvertrag bestimmt sein können, sonst durch Beschluß oder in anderer satzungsmäßig vorgesehener Weise bestellt werden. Sie können Gesellschafter oder Fremde sein. Ihre Bestellung ist jederzeit widerruflich, doch kann der Gesellschaftsvertrag die Zulässigkeit des Widerrufs auf den Fall eines wichtigen Grundes beschränken. Die Funktionen der Geschäftsführer gleichen denen des Vorstandes der A.G.: nach außen unbeschränkte und unbeschränkbare, jedoch im Zweifel nur kollektive Vertretung, nach innen Beschlußausführung, Leitung, Buchführung und Aufstellung gehöriger Bilanzen. Eine Veröffentlichung der Bilanzen ist hier (außer bei Bankgeschäften) nicht vorgeschrieben. Bei Verletzung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes sind sie der Gesellschaft verantwortlich. (Vgl. §§ 35—44.)

c) Sonstige Organe kann die Satzung anordnen. Ist ein Aufsichtsrat zu bestellen, so gilt für ihn im Zweifel Aktiengesellschaftsrecht (§ 52). — Für alle Organe (auch anmeldende Mitglieder) besteht ein Sonderstrafrecht (§§ 82—84).

5. Innere Rechtsverhältnisse. Die G. m. b. H. begründet ähnliche genossenschaftliche Rechtsverhältnisse wie die A.G.; doch ist der Satzung auch hier freierer Spielraum gelassen.

a) Mitgliedschaftspflichten. Neben der Kapitaleinlagepflicht können den Gesellschaftern beliebige andere Verpflichtungen gegen die Gesellschaft auferlegt werden, müssen aber im Gesellschaftsvertrage festgesetzt sein (§ 3 Abs. 2).

Die Verpflichtung zur Einzahlung der Stammeinlagen ist in Ansehung der Verzugsfolgen, der Haftung von Rechtsvorgängern, des Verwirkungsverfahrens und des unbedingten Befreiungsverbotes ganz ähnlich wie die Einlagepflicht des Aktionärs geregelt (§§ 19—23, 25). Es besteht aber der Unterschied, daß hier ein Fehlbetrag, der weder vom Zahlungspflichtigen eingezogen noch durch Verkauf des Geschäftsanteils gedeckt werden kann, von den übrigen Gesellschaftern nach Verhältnis ihrer Geschäftsanteile aufzubringen ist (§ 24).

Zum Unterschiede von der A.G. kann hier durch den Gesellschaftsvertrag eine Nachschußpflicht der Gesellschafter begründet werden. Die Einforderung von Nachschüssen kann dann nur durch Gesellschaftsbeschluß erfolgen. Die Nachschüsse werden nach Geschäftsanteilen umgelegt. Ist die Nachschußpflicht unbegrenzt, so kann sich der Gesellschafter, ähnlich wie der Gewerke von der Zubuße, dadurch befreien, daß er binnen einem Monat seinen Geschäftsanteil der Gesellschaft zur Verfügung stellt; die Gesellschaft, die ihrerseits nach einmonatigem Verzug die Zurverfügungstellung als erfolgt ansehen und dies dem Gesellschafter erklären kann, hat dann binnen einem Monat den Anteil öffentlich verkaufen zu lassen und einen etwaigen Überschuß dem Gesellschafter herauszugeben; vermag sie auf diesem Wege ihre Befriedigung nicht zu erlangen, so fällt ihr der Anteil an und kann von ihr für eigne Rechnung verkauft werden. Ist die Nachschußpflicht auf einen bestimmten Betrag beschränkt, so gelten im Zweifel für den Verzugsfall die strengeren Vorschriften für Stammeinlagen; der Gesellschaftsvertrag kann auch bei unbeschränkter Nachschußpflicht einen begrenzten Teil unter Stammeinlagenrecht stellen. (Vgl. §§ 26—28.)

b) Mitgliedschaftsrechte. Jedem Gesellschafter steht außer dem Anteil am Vereinsleben im Zweifel ein Anspruch auf einen dem Geschäftsanteil entsprechenden Teil

des jährlichen Reingewinnes zu (§ 29). Dagegen darf niemals etwas vom Stammkapital an einen Gesellschafter ausgezahlt werden; eingezahlte Nachschüsse können, soweit sie nicht zur Deckung von Verlusten am Stammkapital erforderlich sind, zurückerstattet werden, jedoch erst drei Monate nach öffentlicher Bekanntmachung des Beschlusses (§ 30). Was ein Gesellschafter diesen Vorschriften zuwider empfangen hat, muß er der Gesellschaft erstatten; insoweit dies zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist, schützt ihn auch guter Glaube nicht und trifft die übrigen Gesellschafter eine subsidiäre verhältnismäßige Deckungspflicht; Befreiung ist unzulässig, die Ersatzansprüche der Gesellschaft verjähren aber in fünf Jahren (§ 31). Im übrigen braucht der Gesellschafter das, was er in gutem Glauben als Gewinnanteil bezogen hat, auch hier niemals herauszugeben (§ 32).

6. Äußere Rechtsverhältnisse. Die G. m. b. H. ist eine juristische Person (§ 13 Abs. 1). Für ihre Verbindlichkeiten haftet den Gläubigern nur das Gesellschaftsvermögen (§ 13 Abs. 2). Eine unmittelbare Haftung der Gesellschafter und der Organe, wie bei der A.G., besteht hier nicht. Zum Gesellschaftsvermögen aber gehören die Ansprüche der Gesellschaft gegen Mitglieder und Organe, die hier insoweit, als es zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist, einerseits auch gegen gutgläubige Gesellschafter begründet sind (§ 31), anderseits von Verzichten oder Vergleichen nicht berührt und durch Gesellschaftsbeschlüsse nicht ausgeschlossen werden (§ 9 Abs. 2, § 43 Abs. 3, § 64 Abs. 2, § 73 Abs. 3).

7. Veränderung. Die G. m. b. H. wird in ihrem Bestande durch den Wechsel der Gesellschafter und der Geschäftsführer nicht berührt; doch ist jährlich eine Gesellschafterliste einzureichen (§ 40) und jede Veränderung hinsichtlich der Geschäftsführer zur Eintragung anzumelden (§ 39).

Jede Abänderung des Gesellschaftsvertrages fordert einen mindestens mit Dreiviertelsmehrheit gefaßten Gesellschaftsbeschluß und Eintragung ins Handelsregister; überdies, wenn Sonderrechte beeinträchtigt oder Leistungspflichten erhöht werden, die Zustimmung aller Beteiligten (§§ 53—54).

Eine Erhöhung des Stammkapitals erfolgt im Wege der Satzungsänderung durch Schaffung neuer selbständiger Geschäftsanteile auf Grund neuer Stammeinlagen, hinsichtlich deren gleiche Vorschriften wie für die ursprünglichen Stammeinlagen gelten (§§ 55—57).

Eine Herabsetzung des Stammkapitals, die nur zulässig ist, wenn die Mindestbeträge von Stammkapital und Stammeinlagen erhalten bleiben, fordert gleiche Sicherung der Gläubiger wie die Liquidation und darf früheſtens nach Ablauf des Sperrjahres eingetragen werden (§ 58).

Die Einziehung von Geschäftsanteilen ohne Herabsetzung des Stammkapitals darf nur, wenn hierfür das Stammkapital nicht angegriffen wird, auf Grund des Gesellschaftsvertrages und wider den Willen des Gesellschafters nur auf Grund einer vor dem Erwerb des Anteils getroffenen Festsetzung erfolgen (§ 34). Eigne Geschäftsanteile darf die Gesellschaft nur nach Volleinzahlung der Stammeinlagen und immer nur aus einem Vermögensüberschuß über das Stammkapital erwerben (§ 33).

8. Beendigung. Die Auflösung der G. m. b. H. erfolgt durch Ablauf einer im Gesellschaftsvertrage bestimmten Zeit, durch einen mangels anderer Bestimmung Dreiviertelsmehrheit fordernden Beschluß, durch Konkurseröffnung und aus satzungsmäßigen Gründen (§ 60); ferner aus einem wichtigen Grunde auf Klage von Gesellschaftern, die zusammen ein Zehntel des Stammkapitals vertreten, durch gerichtliches Urteil (§ 61); endlich, wenn die Gesellschaft durch gesetzwidrige Beschlüsse oder wissentliche Duldung rechtswidriger Handlungen der Geschäftsführer das Gemeinwohl gefährdet, auf Betreiben der Verwaltungsbehörde durch verwaltungsgerichtliches (event. landgerichtliches) Urteil (§ 62).

Die Wirkungen der Auflösung sind ähnlich wie bei der A.G. geregelt. Abgesehen vom Falle des Konkurses (§§ 63—64) ist die Auflösung einzutragen und dreimal unter Aufforderung der Gläubiger öffentlich bekannt zu machen (§ 65). Hierauf findet regelmäßig die Liquidation statt (§§ 66—74). Die Verteilung des Reinvermögens, die

auch hier frühestens nach Ablauf des gesperrten Jahres zulässig ist, erfolgt mangels anderer Bestimmung nach Geschäftsanteilen.

9. Nichtigkeit. Für die Erhebung einer Nichtigkeitsklage durch einen Gesellschafter, einen Geschäftsführer oder ein Aufsichtsratsmitglied wegen wesentlicher Grundmängel und für die Wirkungen der Nichtigkeitsklage gilt im wesentlichen gleiches wie bei der A.G.; doch ist die Heilung heilbarer Mängel hier nur durch einstimmigen Beschluß der Gesellschafter möglich (§ 75—77).

Fünftes Kapitel.

Die eingetragene Genossenschaft.

§ 60. Begriff, Geschichte und Wesen.

1. Begriff. Die e. G. ist ein auf die Förderung des Erwerbes oder der Wirtschaft seiner Mitglieder mittels gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebes gerichteter Verein von nicht geschlossener Mitgliederzahl, der durch Eintragung in das Genossenschaftsregister eine mit Kaufmannseigenschaft verbundene besondere Rechtsstellung erlangt hat.

Zu ihren Begriffsmerkmalen gehört es also, daß sie im Gegensatz zu den Kapitalvereinen ein grundsätzlich offener Verein ist, der freilich tatsächlich sich geschlossen halten kann, und notwendig und ausschließlich auf einen wirtschaftlichen Zweck gerichtet sein muß. Dieser Zweck aber muß in der wirtschaftlichen Förderung der Mitglieder mittels eines gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebes (nicht z. B. bloß durch Vermittlertätigkeit oder Auskunfterteilung) bestehen. Die e. G. ist ein wirtschaftlicher Gegenseitigkeitsverein, dessen Lebensaufgabe sich in einem nach innen gerichteten Geschäftsverkehr konzentriert. Das Gesetz führt als „namentlich" hierher gehörig verschiedene Arten von Genossenschaften auf: „Kredit- und Vorschußvereine", also Vereine, die auf Grund des vergemeinschafteten Mitgliederkredits die Kreditbedürfnisse der einzelnen Mitglieder durch Kreditgeschäfte mit ihnen befriedigen; „Konsumvereine", die den gewöhnlichen Lebens- oder Wirtschaftsbedürfnissen der Mitglieder durch Anschaffung im großen und und Ablaß im kleinen dienen; gewerbliche oder landwirtschaftliche „Rohstoffvereine" für gemeinschaftliche Materialbeschaffung, Werkgenossenschaften für Beschaffung und gemeinschaftliche Benutzung von Betriebsgegenständen (Maschinen, Anlagen u. s. w.) und „Absatzgenossenschaften oder Magazinvereine" für gemeinschaftlichen Verkauf der Erzeugnisse; „Produktivgenossenschaften" für Produktion und Verkauf auf gemeinschaftliche Rechnung; Vereine zur Herstellung von Wohnungen (§ 1). Natürlich müssen alle solche Vereine außer den durch ihren Zweck geforderten Geschäften mit ihren Mitgliedern andere Geschäfte (Hilfsgeschäfte) mit Dritten abschließen. Daß sie nebenbei auch ihren Zweckgeschäftsbetrieb auf Nichtmitglieder ausdehnen, ist nicht ausgeschlossen, muß aber im Statut ausdrücklich zugelassen sein (§ 8 Abs. 1 Z. 5); nur bei Kreditvereinen darf die regelmäßige Darlehnsgewährung und bei Konsumvereinen (mit einer Ausnahme zu Gunsten landwirtschaftlicher Konsumvereine ohne offenen Laden) der regelmäßige Warenkauf überhaupt nicht an Fremde erfolgen (§ 8 Abs. 2—4).

Im Gegensatz zu den eigentlichen Handelsgesellschaften ist die e. G. nicht auf eine einzige Haftungsart beschränkt. Vielmehr sind dreierlei Haftungsarten möglich, indem die e. G. als Genossenschaft mit unbeschränkter Haftpflicht (m. u. H.), mit unbeschränkter Nachschußpflicht (m. u. N.) oder mit beschränkter Haftpflicht (m. b. H.) errichtet werden kann. Immer ist die Haftung der Genossen zwar solidarisch, aber höchst subsidiär; bei der ersten und zweiten Form ist sie unbeschränkt, bei der dritten durch eine Haftsumme begrenzt; bei der ersten und dritten Form besteht sie unmittelbar gegenüber den Gläubigern, bei der zweiten nur gegenüber dem Verein (§ 2).

2. Geschichte. Das Recht der e. G. ist von der deutschen Gesetzgebung geschaffen, um den aus der sog. Genossenschaftsbewegung hervorgegangenen Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften ein geeignetes Rechtsgewand darzubieten. Diese Genossenschaften wurden

zuerst besonders von Schulze-Delitzsch (1808—1883) ins Leben gerufen, später in verschiedener Weise ausgebaut und (namentlich durch Raiffeisen) auch ländlichen Verhältnissen angepaßt. Sie sind vor allem auf die soziale Erhaltung und Hebung der mittleren und unteren Volksschichten durch Selbsthilfe im Wege der freien Assoziation berechnet und blühen heute in reicher Fülle in den Städten wie auf dem Lande.

Die gesetzliche Regelung erfolgte auf Grund eines zuerst ergangenen preuß. Ges. von 1867 durch das Nordd. B.G. v. 4. Juli 1868, das später zum Reichsgesetz erhoben wurde (in Bayern erst 1873). Dieses Gesetz erkannte aber nur Genossenschaften mit unbeschränkter Haftung an. Die Zulassung von Genossenschaften mit beschränkter Haftung in Sachsen (durch G. v. 15. Juni 1868) und Bayern (durch G. v. 23. Apr. 1869 über „registrierte Gesellschaften") wurde sogar, wennschon unter Schonung der bestehenden Vereine, wieder beseitigt. Nach langem Streit siegte in diesem Punkte die freiere Meinung. Nunmehr erging das neue R.G. v. 1. Mai 1889, das auch sonst reformierend eingriff. Einzelne Änderungen brachte das R.G. v. 12. Aug. 1896 und das E.G. Art. 10 zum H.G.B. (neue Fassung vom 20. Mai 1898).

Das Genossenschaftsgesetz übt auf die dazu geeigneten Vereine keinen Zwang zur Eintragung aus. Solche Vereine können daher, wenn sie es vorziehen, unter der Herrschaft des bürgerlichen Rechts verbleiben. Rechtsfähigkeit erlangen sie dann nur durch staatliche Verleihung (B.G.B. § 22). Doch können sie auch als nicht rechtsfähige Vereine leidlich bestehen (B.G.B. § 54). Kreditgenossenschaften für den Realkredit sind vielfach als Körperschaften des öffentlichen Rechts eingerichtet.

Die Form der e. G. war an sich auch Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit zugänglich. Das R.G. v. 12. Mai 1901 schont eingetragene Genossenschaften dieser Art (§ 102), hat aber ihre Neubildung abgeschnitten (§ 6). Die erforderliche staatliche Erlaubnis zum Betriebe der Mitgliederversicherung darf nur solchen Vereinen erteilt werden, die in der neu geregelten besonderen Form des „Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit" (§§ 15—53) errichtet sind. Diese Vereine erlangen die Rechtsfähigkeit durch die staatliche Erlaubnis zum Geschäftsbetriebe (§ 15). Sie treten, obschon sie keine Kaufleute sind, unter Kaufmannsrecht (oben § 15 Z. 3) und werden ins Handelsregister eingetragen (§§ 30—33). Doch gilt dies nicht für kleinere Versicherungsvereine (§ 53). Die Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit haben mit der e. G. den Charakter der wirtschaftlichen Personalgenossenschaft gemein, ihr Recht ist aber eigentümlich gestaltet (Darstellung im Versicherungsrecht). Neben ihnen sind als private Verbände für gegenseitige Krankenversicherung die eingeschriebenen Hilfskassen anerkannt. Außerdem aber bestehen öffentlichrechtliche Versicherungsverbände nach Reichsrecht (für Arbeiterversicherung) und Landesrecht (Knappschaften, öffentliche Feuerversicherung u. s. w.).

3. Wesen. Die e. G. ist eine wirtschaftliche Personalgenossenschaft. Sie ist eine Genossenschaft, daher ein rechtsfähiger Verein, aber mit stark ausgeprägten Sonderrechten und Sonderpflichten der Glieder. Sie ist eine Personalgenossenschaft, nicht (wie oft angenommen wird) ein Kapitalverein; gleich allen Gegenseitigkeitsvereinen bezweckt sie die Steigerung persönlicher Kräfte durch Vergemeinschaftung und ist daher grundsätzlich auf die Persönlichkeit gebaut. Sie ist jedoch eine streng wirtschaftliche Personalgenossenschaft und deshalb darauf angelegt, aus sich heraus eine Vermögensgemeinschaft zu entwickeln, die sich in Kapitalguthaben der Mitglieder ausdrückt; nur ist im Gegensatz zu den Kapitalvereinen die Vermögensbeteiligung nicht Grundlage, sondern Ausfluß der Mitgliedschaft.

Literatur: Gierke, Genossenschaftsr. I 1030 ff. Rosenthal, Die Kredit-, Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften, 1871. v. Sicherer, Die Genossenschaftsgesetzgebung in Deutschland, 1872. Wolff b. Endemann I §§ 143—162. Schulze-Delitzsch, Streitfragen im deutschen Genossenschaftsrecht, 1880. Goldschmidt, Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften, 1882. Reinarz, Die e. G. als Korporation, 1882. — Kommentare zum Genoss.-Ges. v. 1884 von Parisius u. Crüger, 2. Aufl. 1895; Pröbst 1889; Maurer 1890; Joël, 1890; O. Richter 1897; Bonschab 1897. Goldschmidt, Die Haftpflicht der Genossen und das Umlageverfahren, 1888; Z. f. H.R. XXXVII 23 ff. Cosack §§ 124—126. — Über Versicherungsvereine a. G. Sievers, Z. f. H.R. XLVIII 251 ff. LI 329 ff.

Ausländ. Gesetze: dem deutschen Recht verwandt Oesterr. G. v. 9. April 1873, vgl. Stroß, Das Oesterr. Genossenschaftsr., 1887; Schweiz. O.R. Art. 678—715; Ungar. H.G.B. §§ 223—257. — In England Spezialgesetze für die einzelnen Gattungen. — In Frankreich seit Ges. v. 24. Juli 1867 die Rechtsform eines modifizierten Kapitalvereins als société à capital variable. — Vgl. H. Crüger im Handwörterb. der Staatswiss. III 734 ff.

§ 61. Errichtung. Ein als Erwerbs- oder Wirtschaftsgenossenschaft eingerichteter Verein, der die Rechte einer e. G. erwerben will, muß eine vom Gegenstande des Unternehmens entlehnte Firma, die einen die Haftungsart kennzeichnenden Zusatz enthalten muß, dagegen einen Personennamen nicht enthalten darf, führen (§ 3), aus mindestens sieben Genossen bestehen (§ 4), ein schriftliches Statut besitzen (§ 5) und einen Vorstand und einen Aufsichtsrat, deren Mitglieder Genossen sind, haben (§ 9). Das Statut muß die wesentlichen Bestimmungen treffen (§§ 6—7) und gewisse besondere Bestimmungen, falls sie getroffen sind, aufnehmen (§ 8). Auf Grund gehöriger Anmeldung durch den Vorstand (unter Einreichung des von den Genossen unterzeichneten Statuts, einer Genossenliste und der Urkunden über die Organbestellung) erfolgt die Eintragung des Statuts und der Vorstandsmitglieder in das Genossenschaftsregister, das beim Gericht in ähnlicher Weise wie das Handelsregister geführt wird, und die Veröffentlichung eines Auszuges (§§ 10—12, über Zweigniederlassungen § 14, über die Registerführung Bekanntmachung des Bundesrats v. 1. Juli 1899). Mit der Eintragung in das Genossenschaftsregister ihres Sitzes erlangt die Genossenschaft die Rechte einer e. G.; vorher hat sie diese Rechte nicht (§ 13), kann jedoch bereits zu Recht bestehen und erfährt dann nur eine Veränderung (R.O.H.G. XXII 103 ff.).

§ 62. Mitgliedschaft. Mitglieder sind die „Genossen" (im Ges. v. 1868 „Genossenschafter"); Genossen können Einzelpersonen und Verbandspersonen sein; eine e. G. kann sogar ausschließlich aus e. G.en bestehen.

1. Erwerb. Die Mitgliedschaft wird durch Teilnahme an der Errichtung oder späteren Eintritt erworben. Der Eintritt fordert schriftliche unbedingte Beitrittserklärung, Zulassung durch den Verein, Einreichung bei Gericht und Eintragung in die dort aufbewahrte Genossenliste; erst mit der Eintragung entsteht die Mitgliedschaft (§ 15). Das Statut kann die Zulassung an beliebige Erfordernisse (z. B. Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gattung von Gewerbtreibenden) knüpfen und beliebigen Organen übertragen. Sollen Erwerb und Fortdauer der Mitgliedschaft an den Wohnsitz in einem bestimmten Bezirk geknüpft sein, so muß dies im Statut ausdrücklich festgesetzt werden (§ 8 Abs. 1 Z. 1). Ein Recht auf Zulassung hat auch der nicht, der die satzungsmäßigen Erfordernisse erfüllt (vgl. indes R.Ger. XLVII Nr. 18).

2. Inhalt. Die Mitgliedschaft gewährt als personenrechtliches Verhältnis Anteil am Vereinsleben, äußert sich aber notwendig zugleich in einer vermögensrechtlichen Beteiligung durch Haftung einerseits (§ 23) und durch einen Geschäftsanteil anderseits (§ 7 Z. 2). „Geschäftsanteil" heißt der satzungsmäßige Höchstbetrag, bis zu dem der Genosse sich durch Einlagen beteiligen kann. Aus der wirklichen Beteiligung entsteht das durch Zuschreibungen wachsende und durch Abschreibungen schwindende „Geschäftsguthaben", das jeder Genosse bilden muß. Das Geschäftsguthaben ist ein mit der Mitgliedschaft verwobenes und genossenschaftlich gebundenes Forderungsrecht auf einen bestimmten Geldbetrag, das eine sonderrechtliche Anwartschaft auf Auszahlung aus dem Reinvermögen im Falle des Ausscheidens oder der Auflösung gibt und im Zweifel überdies den Gewinnanteil bestimmt.

3. Umfang. Die Mitgliedschaften sind in personenrechtlicher Hinsicht einander gleich, können aber in vermögensrechtlicher Hinsicht vermöge ungleicher Höhe der Geschäftsguthaben eine ungleiche Beteiligung gewähren. Mehrfache Mitgliedschaft ist ausgeschlossen. Während aber bei der e. G. m. u. H. und m. u. N. auch der Erwerb mehrerer Geschäftsanteile durch einen Genossen unzulässig ist (§§ 119, 126), kann bei der e. G. m. b. H., bei der der Geschäftsanteil zugleich das Mindestmaß der Haftsumme bestimmt, das Statut die Beteiligung mit mehreren Geschäftsanteilen bis zu einer Höchstzahl gestatten; doch ist

der Erwerb neuer Geschäftsanteile erst nach Vollerreichung der alten zulässig und kommt nur in den Formen des Eintritts durch Eintragung in die Genossenliste zu stande (§§ 134—137).

4. Übertragung. Die Mitgliedschaft ist unübertragbar. Doch kann mangels anderer Bestimmung durch schriftliche Übereinkunft das Geschäftsguthaben von einem Genossen, der damit austritt, auf einen anderen Genossen, sofern dadurch nicht dessen Geschäftsanteil oder bei einer e. G. m. b. H. die Höchstzahl der Geschäftsanteile überschritten wird, oder auf einen neu eintretenden Genossen übertragen werden; der Wechsel kommt durch Eintragung in die Genossenliste zu stande (§§ 76, 138). Durch den Tod erlischt die Mitgliedschaft, wird jedoch von den Erben (von mehreren zu gesamter Hand) bis zum Schlusse des Geschäftsjahres fortgesetzt (§ 77).

5. Beendigung. Der Genosse hat das Recht, seinen Austritt durch schriftliche Kündigung zum Schluß des Geschäftsjahres drei Monate vorher zu erklären; das Statut kann die Kündigungsfrist bis zu zwei Jahren verlängern, im übrigen den Austritt nicht (auch nicht z. B. durch ein Austrittsgeld, R.Ger. XXXIII Nr. 16) erschweren (§ 65). An Stelle des Genossen kann dessen Gläubiger das Kündigungsrecht ausüben, wenn er in den letzten sechs Monaten nach fruchtloser Vollstreckung in das Vermögen des Genossen die Pfändung und Überweisung seines Guthabens erwirkt hat (§ 66). Die Genossenschaft kann den Genossen aus satzungsmäßigen Gründen und auch ohne besondere statutarische Ermächtigung wegen Verlustes der bürgerlichen Ehrenrechte und wegen Mitgliedschaft in einer gleichartigen Genossenschaft an demselben Ort (bei Vorschuß- und Kreditvereinen auch an einem anderen Ort) zum Schluß des Geschäftsjahres ausschließen; die Ausschließung wirkt in personenrechtlicher Hinsicht sofort mit der Absendung der schriftlichen Mitteilung (§ 68). Ist die Mitgliedschaft an den Wohnsitz geknüpft, so kann im Falle der Aufgabe des Wohnsitzes sowohl der Genosse den Austritt wie die Genossenschaft das Ausscheiden zum Schluß des Geschäftsjahres schriftlich erklären (§ 67). In allen diesen Fällen ist das Ausscheiden rechtzeitig und gehörig bei Gericht anzumelden und tritt infolge der Eintragung in die Genossenliste mit dem Jahresschlusse (bei verspäteter Eintragung erst mit dem Schluß des jetzigen Geschäftsjahres) ein; der Genosse oder sein Gläubiger können zur Sicherung ihres Anspruchs eine Vormerkung eintragen lassen (§ 69—72). Der Tod des Genossen ist gleichfalls einzutragen; die Beendigung der Mitgliedschaft mit dem Ablauf des Geschäftsjahres tritt aber unabhängig davon ein (§ 77).

§ 63. Organisation. Die e. G. hat gleich der A.G. notwendig eine Generalversammlung, einen Vorstand und einen Aufsichtsrat. Dazu tritt hier ein regelmäßiges Revisionsorgan. Andere Organe kann das Statut vorsehen. Auch kann die e. G. sich Vertreter bestellen. Allein die Bestellung eines Prokuristen oder eines Generalhandlungsbevollmächtigten ist ausgeschlossen (§ 42).

1. Generalversammlung. Oberstes Organ der e. G. ist die gehörig berufene Versammlung der Genossen; in ihr hat dem Wesen der Personalgenossenschaft entsprechend jeder Genosse eine Stimme; das Stimmrecht ruht bei Interessenkollision; die Ausübung durch einen Bevollmächtigten, der immer nur einen Genossen vertreten kann, ist nur handlungsunfähigen Personen, Gemeinschaften und Verbänden und (falls sie von der Teilnahme ausgeschlossen sind) Frauen gestattet (§ 43; Strafe für Stimmenverkauf in § 151). Für die Berufung der G.V. gelten ähnliche Regeln wie bei der A.G.; das Minderheitsrecht auf Berufung steht hier einem Zehntel der Genossen oder einem in der Satzung bestimmten noch kleineren Teil zu (§§ 44—46). Die Beschlußfassung erfolgt mit Mehrheit der abgegebenen Stimmen, soweit im Statut nichts anderes angeordnet ist (§ 8 Abs. 1 Z. 4); alle Beschlüsse sind in ein Protokollbuch einzutragen, dessen Einsicht jedem Genossen und der Staatsbehörde zu gestatten ist (§ 47). Die Zuständigkeit der G.V. umfaßt die Beschlußfassung über die Geschäftsführung, die Vornahme von Wahlen, die Genehmigung der Bilanz und die Festsetzung von Gewinn und Verlust, die Festsetzung einer Grenze für Anleihen und Spareinlagen und für Kreditgewährungen an Genossen und die Festsetzung von Zeit und Betrag der nicht schon satzungsmäßig fixierten Ein-

zahlungen auf die Geschäftsanteile (§§ 48–50). Die Anfechtung von Versammlungsbeschlüssen ist ähnlich wie bei der A.G. geregelt (§§ 51—52).

2. Vorstand. Der Vorstand ist hier wie bei der A.G. das notwendige Vertretungs- und Regierungsorgan. Er muß aus mindestens zwei Mitgliedern bestehen und kann nur kollektiv eingerichtet sein, so daß mindestens zwei Mitglieder zusammenwirken müssen; die Mitglieder müssen Genossen (oder doch Genossen einer e. G., die Mitglied ist) sein; sie werden mangels anderer Bestimmung von der G.V. gewählt; Besoldung ist zulässig; die Bestellung ist stets widerruflich (§§ 24—25, § 9). Hinsichtlich der Anmeldung und Eintragung gilt Handelsregisterrecht (§§ 28—29). Die Vertretungsmacht des Vorstandes ist unbeschränkt und unbeschränkbar, wie bei der A.G. (§§ 26—27). Der Vorstand hat die Geschäfte zu führen und das Vereinsleben zu leiten, bei Konsumvereinen besondere Maßregeln zur Verhütung des Warenverkaufes an Fremde zu treffen, für Buchführung, Bilanzaufstellung, Mitgliederliste und gehörige Veröffentlichung der Bilanz und des Mitgliederbestandes zu sorgen (§§ 30–33). Die privatrechtliche Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder ist ähnlich wie bei der A.G. geregelt (§§ 34—35). Dazu treten auch hier Strafdrohungen (§§ 146—150) und Verwaltungszwang (§ 160).

3. Aufsichtsrat. Für den Aufsichtsrat gelten gleiche Regeln wie bei der A.G.: nur müssen die Mitglieder des Aufsichtsrats Genossen sein und dürfen keine Tantieme beziehen; auch erstreckt sich die Zuständigkeit des Aufsichtsrats kraft Gesetzes auf die vorläufige Amtsenthebung von Vorstandsmitgliedern, sowie auf die Zustimmung zu jeder Kreditgewährung an ein Vorstandsmitglied oder zur Annahme eines solchen als Bürgen (§§ 36–41; Strafbestimmungen in §§ 146–150).

4. Revisor. Mindestens alle zwei Jahre hat ein sachverständiger Revisor die Einrichtungen und die Geschäftsführung der e. G. zu prüfen; der Revisionsbericht ist der G.V. vorzulegen, eine Bescheinigung über die Revision dem Gericht einzureichen. Der Revisor, der nicht Genosse sein darf und Anspruch auf Ersatz und Vergütung hat, wird regelmäßig durch einen Verband von Genossenschaften bestellt, dem, wenn er den gesetzlichen Anforderungen entspricht, die Staatsbehörde oder (bei Erstreckung über mehrere Staaten) der Bundesrat das Recht auf Bestellung zu erteilen hat, in bestimmten Fällen aber wieder entziehen kann. Gehört die e. G. keinem Revisionsverbande an, so bestellt das Gericht den Revisor auf Antrag des Vorstandes nach Anhörung der Verwaltungsbehörde. (Vgl. §§ 53–64).

§ 64. Innere Rechtsverhältnisse. Die Rechte und Pflichten der Genossen gegenüber der Genossenschaft richten sich zunächst nach dem Statut, das aber von den grundlegenden gesetzlichen Vorschriften nur insoweit, als dies ausdrücklich zugelassen ist, abweichen darf (§ 18).

1. Bei bestehender Mitgliedschaft sind gliedmäßige und individuelle Rechte und Pflichten miteinander verwoben.

a) Hinsichtlich der Teilnahme am Vereinsleben gewährleistet das Gesetz jedem Genossen das Stimmrecht und die Kontrollrechte (§§ 47, 48 Abs. 2). Im übrigen entscheidet das Statut. Lediglich nach diesem richtet sich namentlich das mitgliedschaftliche Sonderrecht auf Wirtschaftsförderung durch den satzungsmäßigen Geschäftsverkehr mit der Genossenschaft (z. B. durch Darlehnsaufnahme oder Spareinlage, Kauf oder Verkauf von Waren, Sach- oder Wohnungsmiete, Dienstvertrag).

b) Die Vermögensbeteiligung der Genossen muß durch Guthabenbildung innerhalb der durch den Geschäftsanteil gezogenen Grenze erfolgen.

Der Genosse ist zu Einzahlungen auf den Geschäftsanteil bis zu dessen Erreichung berechtigt und insoweit, als das Statut es vorschreibt, verpflichtet; das Statut muß die Einzahlung von mindestens einem Zehntel des Gesamtbetrages nach Betrag und Zeit bestimmen (§ 7 Z. 2), während die Realisierung einer weitergehenden Einzahlungspflicht dem Versammlungsbeschluß überlassen sein kann (§ 50).

Der Genosse hat ferner einen Anteil an Gewinn und Verlust. Doch kann nicht nur ein Teil des Gewinnes dem Reservefonds, dessen Bildung im Statut vorgesehen sein muß (§ 7 Z. 4), zugewiesen, sondern sogar die Gewinnverteilung überhaupt zu

Gunsten des Reservefonds ausgeschlossen werden (§ 20). Die Verteilung erfolgt jährlich nach Verhältnis der Geschäftsguthaben (im ersten Jahr der Einzahlungen), soweit nicht das Statut einen anderen Maßstab (z. B. Verteilung nach Köpfen oder bei Konsumvereinen Gewinnverteilung nach der Menge der entnommenen Waren) vorschreibt; der Gewinn wird bis zur Erreichung des Geschäftsanteils dem Guthaben zugeschrieben, der Verlust abgeschrieben; frühere Gewinnauszahlung kann im Statut bestimmt sein, darf aber niemals bis zur Wiederergänzung eines durch Verlust verminderten Guthabens stattfinden (§ 19). Feste Zinsen dürfen für das Guthaben selbst auf solche Einzahlungen, die den geschuldeten Betrag übersteigen, nicht vergütet werden (§ 21 Abs. 1). Ebensowenig begründet die Minderung des Guthabens durch Verlust einen Regreßanspruch wegen freiwilliger höherer Einzahlungen (§ 21 Abs. 2). Der nach Erschöpfung aller Guthaben zu deckende Verlust aber trifft mangels anderer Bestimmung die Genossen nach Köpfen (§ 73).

Das Guthaben ist gebunden; es darf bei bestehender Mitgliedschaft nicht ausgezahlt oder im geschäftlichen Betriebe zum Pfande genommen, eine geschuldete Einzahlung darf nicht erlassen werden; auch kann der Genosse gegen die letztere nicht aufrechnen (§ 22 Abs. 2—3).

2. Mit Beendigung der Mitgliedschaft erlöschen die gliedmäßigen Rechte und Pflichten, während die mit der Mitgliedschaft verknüpfte Vermögensbeteiligung in ein freies Schuldverhältnis übergeht. Die Auseinandersetzung erfolgt auf Grund der Bilanz nach der Vermögenslage und dem Mitgliederstande im Zeitpunkte des Ausscheidens (der stets mit dem Schluß eines Geschäftsjahres zusammenfällt); der ausgeschiedene Genosse oder sein Erbe hat nun einen (zweijähriger Verjährung unterworfenen) Anspruch auf Auszahlung seines Guthabens binnen sechs Monaten, während er im Falle einer Überschuldung der G. seinen Anteil am Fehlbetrage an die G. zu zahlen hat; an den Reservefonds und das sonstige Genossenschaftsvermögen hat er keinen Anspruch, zur Schuldendeckung aber braucht er nur beizutragen, soweit das Gesamtvermögen der G. nicht ausreicht (§§ 73—74). Wenn die G. binnen sechs Monaten nach Ausscheiden des Genossen aufgelöst wird, gilt dieses als nicht erfolgt (§ 75). Im Falle des Austritts durch Guthabenübertragung unterbleibt die Auseinandersetzung; erfolgt hier die Auflösung binnen sechs Monaten, so tritt nur im Konkursfall eine subsidiäre Haftung für Nachschüsse, die vom Erwerber nicht zu erlangen sind, ein (§ 76).

§ 65. Äußere Rechtsverhältnisse.

1. Die Genossenschaft ist juristische Person (§ 17) und haftet als solche für ihre Verbindlichkeiten mit ihrem ganzen Vermögen. Die Ansprüche der Genossen wegen ihrer Guthaben stehen den Ansprüchen der Gläubiger unbedingt nach; dieser Vorrang ist durch die Gebundenheit der Guthaben gesichert.

2. Die Genossen als einzelne stehen als Garanten hinter der Genossenschaft, indem sie für deren Verbindlichkeiten zugleich individuell haften. Diese Haftung, die unabänderlich jeden Genossen als solchen auch für die vor seinem Eintritt entstandenen Verbindlichkeiten ergreift (§ 23), ist eine nach Körperschaftsrecht aus der Mitgliedschaft fließende Sonderpflicht (R.Ger. XIX Nr. 36, XXIV Nr. 27). Sie ist äußerst subsidiär, indem sie nach Art einer Schadlosbürgschaft überhaupt nur für den Ausfall im Konkurse besteht und daher erst nach Auflösung der G. und Feststellung des Ausfalls im Genossenschaftskonkurse wirksam wird. Sie geht an sich auf das Ganze, wird aber durch das im Konkurse eingeschobene Verteilungsverfahren zu einer Teilhaftung mit dahinterstehender Solidarhaftung ermäßigt (vgl. unten § 66 a. E.). Im übrigen ist sie nach der Art der e. G. verschieden.

a) Bei unbeschränkter Haftpflicht ist sie Haftung mit dem ganzen Vermögen und begründet nicht nur eine Nachschußpflicht gegenüber der G., sondern auch eine unmittelbare Haftung gegenüber den Konkursgläubigern für den Ausfall, den sie bei der Schlußverteilung erleiden; jeder Gläubiger kann nach Ablauf von drei Monaten seit Vollstreckbarerklärung der Nachschußberechnung sich insoweit, als er nicht befriedigt ist, an jeden einzelnen Genossen halten (§ 122). Der Genosse ist gegen diesen „Einzelangriff" durch eine zweijährige Verjährung, die aber durch Rechtshandlungen der G.

oder gegen die G. unterbrochen wird, geschützt (§ 123). Auch tritt er, soweit er einen Gläubiger befriedigt, in dessen Rechte gegen die G. ein (§ 124). Dem Einzelangriff unterliegen, jedoch erst nach Ablauf von sechs Monaten nach der Vollstreckbarerklärung, auch die in den letzten zwei Jahren vor der Konkurseröffnung ausgeschiedenen Genossen hinsichtlich der bis zum Zeitpunkt ihres Ausscheidens entstandenen Verbindlichkeiten (§ 125).

b) Als unbeschränkte Nachschußpflicht ist die Haftung gleichfalls Haftung mit dem ganzen Vermögen, besteht aber nur gegenüber der G., während die Gläubiger sich nur an die G. halten und von ihr die Einziehung und Ablieferung der nach der Nachschußberechnung zu leistenden Nachschüsse fordern können. Soweit drei Monate nach Vollstreckbarerklärung der Nachschußberechnung die Gläubiger nicht befriedigt oder sichergestellt sind, haben auch die in den letzten achtzehn Monaten vor der Konkurseröffnung ausgeschiedenen Genossen Beiträge zu leisten, die ihnen jedoch aus den etwa noch eingehenden Nachschüssen der verbliebenen Genossen zu erstatten sind (§§ 128—130).

c) Als beschränkte Haftpflicht ist die Haftung genau in gleicher Weise wie bei der e. G. m. u. H. sowohl gegenüber der Genossenschaft wie gegenüber den Gläubigern begründet, in beiden Richtungen aber durch die Haftsumme begrenzt (§ 141). Die Haftsumme wird durch das Statut bestimmt, darf aber nicht niedriger als der Geschäftsanteil sein (§ 131) und vervielfältigt sich mit Vervielfältigung der Geschäftsanteile (§ 135).

3. Von den Organen der e. G. haften Liquidatoren und Aufsichtsratsmitglieder im Falle verfrühter Vermögensverteilung, bei e. G. m. b. H. sie und Vorstandsmitglieder auch im Falle ungehöriger Auszahlungen von Gewinn oder Guthaben hinter der G. unmittelbar in Höhe ihrer Ersatzpflicht den Gläubigern und werden hiervon durch Beschluß der Generalversammlung, der sie der G. gegenüber deckt, nicht entbunden (§§ 90, 142).

§ 66. Veränderung und Auflösung.

1. Veränderung. Jede Statutenänderung erfordert Generalversammlungsbeschluß und Eintragung; der Beschluß muß mit einer Mehrheit von drei Vierteln der erschienenen Genossen gefaßt sein, kann aber durch das Statut nicht nur erschwert, sondern auch erleichtert werden (§ 16). Die statutarische Erleichterung ist unzulässig bei Abänderung des Gegenstandes des Unternehmens, Erhöhung der Geschäftsanteile oder der Haftsummen und Umwandlung in eine Genossenschaft mit strengerer Haftungsart (§§ 16, 132, 144). Werden die Geschäftsanteile oder die auf sie zu leistenden Einzahlungen herabgesetzt oder die Einzahlungsfristen verlängert oder die Haftsummen herabgesetzt, oder wird die G. in eine solche mit schwächerer Haftungsart umgewandelt, so müssen die für die Vermögensverteilung im Falle der Auflösung geltenden Vorschriften beobachtet werden (§§ 22, 133, 143). Die Umwandlung der Haftungsart wirkt auch gegenüber ausgeschiedenen Genossen, doch bleiben bei einer G. m. u. N. die vor länger als achtzehn Monaten Ausgeschiedenen von jeder Haftung und bei einer G. m. b. H. alle Ausgeschiedenen von der Haftung über die bisherige Haftsumme befreit (§ 145).

2. Auflösung. Die e. G. wird aufgelöst durch Versammlungsbeschluß mit mindestens Dreiviertelsmehrheit (§ 78), Ablauf einer statutarisch gesetzten Zeit (§ 79), gerichtlichen Beschluß wegen Minderung der Genossenzahl unter sieben (auf Antrag des Vorstandes, nach sechs Monaten von Amts wegen, § 80), Ausspruch des Verwaltungsgerichts (oder der es ersetzenden Verwaltungsbehörde) wegen Gefährdung des Gemeinwohls durch gesetzwidrige Handlungen oder Unterlassungen oder wegen Verfolgung anderer als der gesetzlich vorgesehenen geschäftlichen Zwecke (§ 81). Hinsichtlich der Eintragung, der Bekanntmachung und Aufforderung der Gläubiger, der Bestellung der Liquidatoren (mindestens zwei und stets kollektiv berufen, Publizität nach Registerrecht), des Fortbestandes der korporativen Organisation, der Ausführung der Liquidation und des Zeitpunktes der Zulässigkeit der Vermögensverteilung (Sperrjahr) gelten ähnliche Vorschriften wie bei der A.G. (§§ 82—93). Die Verteilung des Reinvermögens erfolgt in der Weise, daß zunächst die Guthaben voll oder nach Verhältnis befriedigt, Überschüsse aber nach Köpfen verteilt werden; doch kann das Statut die Verteilung anders bestimmen oder ganz ausschließen (§ 91).

3. Nichtigkeit. Eine Nichtigkeitsklage kann von jedem Genossen und jedem Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied angestellt werden, wenn in dem Statut eine wesentliche Bestimmung fehlt oder nichtig ist. Doch sind alle Mängel in Form der Satzungsänderung heilbar; nur darf dadurch bei einer e. G. m. b. H. der Gesamtbetrag der Genossenhaftung nicht vermindert werden. Verfahren und Wirkungen des Urteils wie bei der Anfechtungsklage. Die Folgen der Nichtigkeitserklärung sind wie bei der A.G. geregelt (Abwicklung wie bei der Auflösung, Aufrechthaltung der mit Dritten vorgenommenen Rechtsgeschäfte, Wirksamkeit der übernommenen Haftung zu Gunsten der Gläubiger). (Vgl. §§ 94—97.)

4. Konkurs. Ein Sonderrecht gilt für den Genossenschaftskonkurs. Der Konkurs findet im Falle der Zahlungsunfähigkeit, nach Auflösung der G. auch im Falle der Überschuldung statt (§ 98); bei der e. G. m. b. H. auch vor der Auflösung wegen einer ein Viertel des Betrages aller Haftsummen übersteigenden Überschuldung (§ 140), während bei den beiden anderen Haftungsformen im Falle der Überschuldung nur der Vorstand sofort einer Generalversammlung die Auflösungsfrage vorlegen soll (§§ 115, 120). Antragspflicht und Antragsrecht sind besonders geregelt (§§ 98—99). Mit der Eröffnung des Konkurses wird die e. G. spätestens aufgelöst (§ 101). Sie behält aber während des Konkurses ihre korporative Organisation (§ 104). Die Besonderheiten des Verfahrens beruhen, von dem Wegfalle des Zwangsvergleiches abgesehen (§ 116), auf der Einschiebung eines Zwangsumlageverfahrens (§§ 105—115), bei dessen Durchführung der Vorstand oder die Liquidatoren den Konkursverwalter zu unterstützen haben (§§ 117—118). Dieses Verfahren bezweckt die Verteilung der zur Deckung des Ausfalles erforderlichen Nachschüsse auf die einzelnen Genossen nach Verhältnis ihres Verlustanteils (regelmäßig also nach Köpfen), zugleich aber die Realisierung der Solidarhaftung durch Überwälzung der auf unvermögende Genossen fallenden Beiträge auf die übrigen Genossen unter Vorbehalt der Ausgleichungsansprüche. Zu diesem Behufe wird nach der ersten Bilanz eine „Vorschußberechnung", bei erforderlich werdenden Ergänzungen oder Berichtigungen eine „Zusatzberechnung" und bei der Schlußverteilung die „Nachschußberechnung" aufgestellt. Jede dieser Berechnungen wird in einem gerichtlichen Verfahren unter Zuziehung aller Beteiligten geprüft und in der gerichtlich festgestellten Gestalt für vollstreckbar erklärt. Doch kann jeder Genosse sie noch binnen einer Notfrist von einem Monate im Wege der Klage anfechten, wenn er einen Anfechtungsgrund vergeblich geltendgemacht hatte oder ohne Verschulden nicht geltendmachen konnte; das hierauf ergangene rechtskräftige Urteil wirkt für und wider alle Genossen. Die Einziehung oder Beitreibung der Nachschüsse erfolgt zunächst zur Hinterlegung, nach Vollstreckbarerklärung der endgültigen Nachschußberechnung zur Verteilung unter die Gläubiger. In welcher Weise bei einer e. G. m. b. H. die Inanspruchnahme der einzelnen Genossen beschränkt ist, und welche Rechtsbehelfe je nach der Haftungsart den Gläubigern zu Gebote stehen, falls sie drei Monate nach Vollstreckbarerklärung der Nachschußberechnung nicht befriedigt sind, ist schon (oben § 65 Z. 2) gezeigt.

Viertes Buch.

Handelssachenrecht.

§ 67. Umfang des Handelssachenrechts. Das Handelsrecht hat besondere sachenrechtliche Regeln nur für Waren ausgebildet. Waren sind nur körperliche bewegliche Sachen als Gegenstände des Handels.

Gegenstände des Handels sind auch andere Vermögensobjekte; sie sind aber niemals Waren und fallen nicht unter das Handelssachenrecht. Nach heutigem Recht können Grundstücke Gegenstand des Handels sein; zu Waren werden sie dadurch nicht; für sie bleibt daher lediglich das bürgerliche Sachenrecht maßgebend. Als Gegenstände des Handels erscheinen ferner vielfach Rechte (Forderungen, dingliche Rechte, Urheberrechte u. s. w.); auch sie gehören, falls sie nicht in einem Wertpapier verkörpert sind, niemals zu den Waren; insoweit sie als unkörperliche Sachen vom Sachenrecht ergriffen

werden, gilt das bürgerliche Sachenrecht. Gegenstand des Handels kann weiter die Arbeit sein; als Ausfluß der freien Persönlichkeit aber ist sie niemals Ware und überhaupt kein Sachgut; sie wird auch im Handel lediglich von Sätzen des Personenrechts und des Obligationenrechts beherrscht. Gegenstand des Handels ist endlich der Kredit; sowohl die Kreditzusage wie die Kreditgewährung bilden den Inhalt von Handelsgeschäften, bei denen die Kreditanwartschaft und der Kreditempfang als vermögenswerte Gegenstände mit einem Handelspreis behandelt werden; allein auch der Kredit ist keine Ware und als solcher überhaupt kein Sachgut; insoweit ihn neben dem Obligationenrecht das Sachenrecht vermittelt, entscheidet darüber, ob das Handelssachenrecht eingreift oder nicht, die Beschaffenheit der Sache.

Die Waren als Gegenstände des Handels zerfallen in Waren i. e. S., d. h. bewegliche Sachen, deren Wert nur durch den Sachkörper bestimmt wird, Geld, d. h. bewegliche Sachen, denen durch Rechtssatz ein besonderer Wert als Wertmesser und Wertvertreter beigelegt ist, und Wertpapiere, deren Wert in dem verbrieften Rechte steckt.

Das für Waren geltende besondere Handelssachenrecht ist von geringem Umfange. Allerdings verleiht der Handel vielfach dem Sachenrecht eine eigentümliche Prägung. Allein größtenteils verwendet er hierbei nur die Sätze des bürgerlichen Rechts, so daß lediglich tatsächliche Unterschiede herausspringen, die eine Absonderung vom gemeinen Fahrnisrecht nicht rechtfertigen. Dies gilt z. B. von der durch den Handel bewirkten Ausdehnung und Steigerung der Vertretbarkeit und der Verbrauchbarkeit von Sachen; von der Bevorzugung des Tauschwertes vor dem Gebrauchswert (Geldwirtschaft); von der Neigung, den Sachwert als einen vom Sachkörper nur vertretenen selbständigen Gegenstand des Verkehrs zu behandeln (Wertwirtschaft). Ebenso ist das Geld ein gemeinrechtliches, kein handelsrechtliches Institut, wenn auch der Geldhandel die Funktionen des Geldes erweitert und es zur Ware mit einem Handelspreis (Kurs) stempelt. Unter den Wertpapieren gibt es solche, die ausschließlich dem Handelsrecht angehören; allein das Rechtsinstitut der Wertpapiere überhaupt hat seine Heimat im bürgerlichen Recht und wird dadurch, daß der Effektenhandel die Wertpapiere zu Waren mit einem Handelspreis (Kurs) prägt, keineswegs dem Handelsrecht einverleibt.

Literatur: Umfassendes System des Mobiliarsachenrechts b. Goldschmidt I 2 §§ 60—99 (2. Aufl. II §§ 60–64 b). — Über die Objekte des Handelsverkehrs überhaupt in Endemanns Handb. II 1 ff. Endemann (Sachen oder Waren), Koch (Geld und Geldwertzeichen S. 113 ff.), Brunner, (Wertpapier S. 140 ff.), Klostermann (Urheberrecht S. 296 ff., Patentrecht S. 307 ff.), G. Cohn, (Kredit S. 354 ff.) u. Endemann (Arbeit S. 373 ff.).

§ 68. Der Schutz des redlichen Erwerbes. Das alte H.G.B. stellte gegenüber dem gemeinen Recht den deutschrechtlichen Satz „Hand wahre Hand" wieder her. Es bestimmte, daß an einer von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes veräußerten und übergebenen Sache, falls sie nicht gestohlen oder verloren ist, der redliche Erwerber das Eigentum erlangt, während das bisherige Eigentum und die sonst an der Sache begründeten Rechte erlöschen, und daß unter entsprechenden Voraussetzungen der redliche Pfandnehmer das Pfandrecht erlangt (Art. 306); daß bei Inhaberpapieren der Rechtserwerb auch eintritt, wenn der Veräußerer oder Verpfänder nicht Kaufmann und das Papier gestohlen oder verloren ist (Art. 307); daß dem Erwerber noch günstigeres Landesrecht (z. B. das preuß. Einlösungsrecht bei gestohlenen und verlorenen Sachen) fortgilt (Art. 308). Das B.G.B. hat die Sätze des H.G.B. in genauerer Fassung (insbesondere unter ausdrücklicher Feststellung, daß die Übergabe durch constitutum possessorium nicht ersetzt wird und daß den gestohlenen und verlorenen Sachen alle sonst abhandengekommenen gleichstehen, und unter Regelung des für die Frage der Redlichkeit maßgebenden Zeitpunkts und der Beweislast) verallgemeinert, die für Inhaberpapiere geltende Ausnahme auf Geld und alle in öffentlicher Versteigerung erworbenen Sachen ausgedehnt, dagegen abweichendes Landesrecht (bis auf den Vorbehalt für öffentliche Pfandleihanstalten in E.G. Art. 94 Abs. 2) beseitigt (§§ 932—936, 1207—1208). Das neue H.G.B. enthält demgegenüber nur noch zwei handelsrechtliche Sondervorschriften.

Einerseits ist, wenn die Veräußerung oder Verpfändung von einem Kaufmann im

Betriebe seines Handelsgewerbes vorgenommen ist oder der Erwerb eines gesetzlichen Pfandrechtes nach Handelsrecht in Frage steht, der Erwerb vom Nichtberechtigten erleichtert. Denn während nach B.G.B. der gute Glaube ausgeschlossen ist, sobald der Erwerber den Mangel im Recht des Vorgängers kennt oder kennen muß, genügt hier auch der gute Glaube an die Verfügungsbefugnis über fremdes Recht (§ 366).

Anderseits ist, wenn ein Bankier oder Geldwechsler ein abhandengekommenes Inhaberpapier erwirbt oder zu Pfand nimmt, der Erwerb vom Nichtberechtigten erschwert. Denn hier wird der gute Glaube durch gehörige Veröffentlichung des Verlustes ausgeschlossen, falls nicht seitdem mehr als ein Jahr verstrichen ist oder besondere Umstände die Unkenntnis von der Veröffentlichung entschuldigen. Für Banknoten und fällige oder nächstfällige Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheine gilt dies nicht (§ 367).

Literatur: Goldschmidt, Z. f. H.R. VIII 225 ff., IX 1 ff. Fitting, ebenda XVIII 333 ff. Biezens, ebenda XXXIII 177 ff.

§ 69. Pfandrecht. Das alte H.G.B. kannte ein besonderes kaufmännisches Pfandrecht, das unter Kaufleuten für Forderungen aus beiderseitigen Handelsgeschäften an beweglichen Sachen und Wertpapieren als Faustpfand ohne die Förmlichkeiten des bürgerlichen Rechts bestellt werden konnte und im Falle schriftlicher Verpfändung ein Befriedigungsrecht ohne Klage auf Grund gerichtlicher Verkaufsbewilligung, im Falle schriftlicher Wegbedingung der gerichtlichen Mitwirkung ein Selbstverkaufsrecht gewährte (Art. 309—312). Das neue H.G.B. hat diese Sätze gestrichen, da das B.G.B. an Fahrnis nur ein Faustpfandrecht kennt, weitere Förmlichkeiten nicht fordert und jedem Pfandgläubiger ein Selbstverkaufsrecht einräumt. Die einzige handelsrechtliche Besonderheit besteht jetzt darin, daß, wenn die Verpfändung auf beiden Seiten Handelsgeschäft ist, die Wartefrist nach der Androhung des Verkaufes nicht, wie nach B.G.B. § 1234, einen Monat, sondern nur eine Woche beträgt (§ 368).

Dem Handelsrecht eigentümlich sind die gesetzlichen Pfandrechte gewisser Kaufleute an Waren, die auf Grund bestimmter Handelsgeschäfte in ihren Besitz gelangt sind. Es sind dies die später zu besprechenden Pfandrechte des Kommmissionärs (§ 397), Spediteurs (§ 410), Lagerhalters (§ 421) und Frachtführers (§ 440). Die Verkürzung der Wartefrist auf eine Woche tritt hier zu Gunsten des Spediteurs und des Frachtführers schon ein, wenn das Speditions- oder Frachtgeschäft auf ihrer Seite Handelsgeschäft ist, setzt dagegen beim Kommissionär und beim Lagerhalter ein beiderseitiges Handelsgeschäft voraus (§ 368 Abs. 2). Unter mehreren gesetzlichen Pfandrechten an demselben Gute besteht eine gesetzliche Rangordnung, der zufolge die durch Versendung oder Beförderung des Gutes entstandenen Pfandrechte den auf andere Weise entstandenen Pfandrechten und unter ihnen die jüngeren den älteren vorgehen, während es unter den anderen beim Altersvorzuge bleibt (§ 443).

Literatur: Laband, Z. f. H.R. IX 225 ff., 425 ff. Goldschmidt, Handb. II 872 ff. Endemann im Handb. II 64 ff.

§ 70. Wertpapiere. Wertpapiere sind Urkunden, an die das in ihnen verbriefte Recht seinem Bestande nach geknüpft ist. Das vollkommene Wertpapier ist ein unentbehrliches Mittel für den Erwerb, die Übertragung und die Geltendmachung des verbrieften Rechts; es gibt aber unvollkommene Wertpapiere, bei denen nur die Verwertung durch Übertragung oder Ausübung durch das Papier bedingt ist. In dem Maße, in dem die Idee des Wertpapiers durchgeführt ist, erscheint das Recht als im Papier verkörpert und folgt daher den sachenrechtlichen Schicksalen des Papiers. Anderseits erfährt, weil allein das verbriefte Recht dem Papier seinen Wert verleiht, das Sachenrecht bei den einzelnen Arten der Wertpapiere mancherlei Abwandlungen. Insoweit die Wertpapiere als bewegliche körperliche Sachen den Gegenstand des Handels bilden, werden sie vom Handelsrecht den Waren gleichgestellt.

1. Die Wertpapiere zerfallen nach der Abstufung der Rechtsversachlichung in Rektapapiere, Orderpapiere und Inhaberpapiere.

a) Rektapapiere sind Wertpapiere, die eine bestimmte Person und nur sie als

berechtigt nennen; ihre sachenrechtlichen Schicksale bleiben durch die Schicksale des je nach seiner Beschaffenheit ungleich behandelten verbrieften Rechtes bedingt. Unter ihnen haben Namenaktien, deren Indossierbarkeit ausgeschlossen ist, und Ladescheine ohne Orderklausel ihre Heimat im Handelsrecht, Konnossemente, Bodmereibriefe und Seeversicherungspolicen ohne Orderklausel im Seerecht, Rektawechsel im Wechselrecht; das B.G.B. gestaltet Anweisungen auf Geld oder andere vertretbare Sachen und Hypotheken-, Grundschuld- und Rentenschuldbriefe als Rektapapiere aus.

b) Orderpapiere sind Wertpapiere, die eine bestimmte Person oder jede andere Person, die von ihr Order haben werde, als berechtigt bezeichnen; bei ihnen ist die Herrschaft des Sachenrechts über das verbriefte Recht durch die Verknüpfung der Ordererteilung mit dem Papier in Gestalt des Indossamentes erweitert. Orderpapiere sind dem gemeinen bürgerlichen Recht unbekannt; für das B.G.B. sind sie Fremdlinge, mit denen es sich nur insoweit beschäftigt, als sie in den bürgerlichen Rechtsverkehr eintreten. Das typische Orderpapier ist der Wechsel, der die Orderklausel in sich trägt. Das Handelsrecht gestaltet, wie schon gezeigt ist, die regelmäßige Namenaktie zum unvollkommenen Orderpapier aus. Überdies aber ermöglicht es die Erhebung von Urkunden bestimmter Art zu vollkommenen Orderpapieren (§§ 363—365).

Diese handelsrechtlichen Orderpapiere müssen ausdrücklich an Order lauten. Es gibt sieben Arten von Urkunden, die dazu befähigt sind: kaufmännische Anweisungen, d. h. Anweisungen, die auf einen Kaufmann über die Leistung von Geld, Wertpapieren oder anderen vertretbaren Sachen ausgestellt sind, ohne daß darin die Leistung von einer Gegenleistung abhängig gemacht ist; kaufmännische Verpflichtungsscheine, d. h. von einem Kaufmann ausgestellte Verpflichtungsscheine über die Leistung von Gegenständen gleicher Art unabhängig von einer Gegenleistung; Konnossemente; Ladescheine; Lagerscheine der staatlich zur Ausstellung solcher Urkunden ermächtigten Anstalten; Bodmereibriefe; Transportversicherungspolicen.

Bei allen diesen Papieren hat das Indossament die gleiche Übertragungskraft wie das Wechselindossament. Mit dem indossierten Papier gehen alle Rechte aus dem Papier auf den Indossatar über. Und sie gehen dem Wortlaut des Papieres gemäß (skripturgemäß) über, so daß dem legitimierten Papierbesitzer vom Schuldner nur solche Einwendungen entgegengesetzt werden können, die sich gegen die Gültigkeit der Ausstellung richten oder sich aus dem Inhalt des Papiers ergeben oder unmittelbar gegen den Besitzer gehen. Dagegen hat das Indossament hier nicht die Verpflichtungskraft des Wechselindossaments. Die Form des Indossaments richtet sich nach Wechselrecht; insbesondere ist ein Blankoindossament zulässig. Ebenso entscheiden die Regeln des Wechselrechts über die Legitimation des Besitzers, die Prüfung der Legitimation (keine Verpflichtung des Schuldners, die Echtheit der Indossamente zu prüfen) und die Beschränkung des Herausgabeanspruchs gegen den legitimierten Besitzer (W.O. Art. 36 und 74).

Die handelsrechtlichen Orderpapiere sind Einlösungspapiere. Der Schuldner braucht nur gegen Aushändigung der quittierten Urkunde zu leisten (§ 364 Abs. 3). Doch ist Kraftloserklärung möglich; der Schuldner ist schon nach Einleitung des Aufgebotsverfahrens, falls ihm Sicherheit bestellt wird, zur Leistung nach Maßgabe der Urkunde verpflichtet (§ 365 Abs. 2).

c) Inhaberpapiere sind Wertpapiere, die auf die unbestimmte Person des jeweiligen Inhabers lauten; bei ihnen werden die Schicksale des Rechts aus dem Papier zugleich mit denen des Rechts am Papier ausschließlich durch das Sachenrecht bestimmt. Das B.G.B. regelt die Schuldverschreibungen auf den Inhaber und die Grundschuldbriefe auf den Inhaber, das H.G.B., wie schon gezeigt ist, die Inhaberaktie.

2. Die Wertpapiere zerfallen nach der Beschaffenheit des verbrieften Rechts in Mitgliedschaftspapiere, von denen die Aktien in das Handelsrecht fallen, Forderungspapiere, zu denen alle sonst erwähnten handelsrechtlichen Wertpapiere gehören, und Sachenrechtspapiere, von denen die liegenschaftsrechtlichen im bürgerlichen Recht wurzeln, dagegen die fahrnisrechtlichen dem Handelsrecht entstammen.

Dies sind die Warenpapiere (Traditions- oder Dispositionspapiere), die zunächst eine Forderung auf Herausgabe beweglicher Sachen verkörpern, zugleich aber, weil sie damit eine Verfügung über die Sachen gewähren, die Sachen in sachenrechtlichen Verhältnissen vertreten können. Ihr Besitz vermag daher zugleich Sachbesitz zu geben, und ihre Übergabe ist Mittel der Besitzübertragung. So kann bei der Übereignung oder Verpfändung der Waren, auch wenn sie sich in der Ferne befinden, die Übergabe des Warenpapiers die Übergabe des Gutes vertreten. Nur muß, je nachdem das Papier Rekta-, Order- oder Inhaberpapier ist, zugleich die entsprechende papiergemäße Legitimation des Besitzers zur Empfangnahme hergestellt sein. Das neue H.G.B. erteilt die Kraft des Warenpapiers allen Konnossementen (das alte H.G.B. Art. 644 nur den Orderkonnossementen), allen Ladescheinen (wie vorher schon das B.Sch.G.) und den an Order lautenden Lagerscheinen, jedoch erst von dem Zeitpunkt an, in dem das Gut vom Schiffer oder einem anderen Vertreter des Reeders, vom Frachtführer oder vom Lagerhalter übernommen ist (§§ 647, 450, 424).

Literatur: Brunner, b. Endemann II 140 ff. H. O. Lehmann, Zur Theorie der Wertpapiere, 1890. Goldschmidt, Z. f. H.R. XXIX 18 ff. Jacobi, Begriff und Recht der Wertpapiere nach dem B.G.B., 1901.

Fünftes Buch.

Handelsobligationenrecht.

Erstes Kapitel.

Handelsgeschäfte überhaupt.

§ 71. Begriff und Bedeutung. Handelsgeschäfte sind alle Geschäfte eines Kaufmanns, die zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören; Grundhandelsgeschäfte (oben § 13) sind auch dann Handelsgeschäfte, wenn sie ein Kaufmann im Betriebe seines gewöhnlich auf andere Geschäfte gerichteten Handelsgewerbes schließt (§ 343).

Es gilt eine gesetzliche Vermutung für die Zugehörigkeit jedes von einem Kaufmann vorgenommenen Rechtsgeschäftes zu seinem Handelsbetriebe. Der Gegenbeweis ist unverschränkt. Die Vermutung verstärkt sich aber hinsichtlich der von einem Kaufmann gezeichneten Schuldscheine dahin, daß sie nur durch den Inhalt der Urkunde selbst (daher bei einem Wechsel oder sonstigen abstrakten Schuldschein überhaupt nicht) widerlegbar ist (§ 344).

Für Handelsgeschäfte gilt ein Sonderrecht, durch das die Regeln des gemeinen Obligationenrechts teils abgeändert, teils ergänzt werden. Diese besonderen Rechtssätze kommen der Regel nach auch bei einseitigen Handelsgeschäften und zwar gleichmäßig für beide Teile zur Anwendung (§ 345). Doch gibt es zahlreiche Ausnahmen, indem viele Rechtssätze nur für zweiseitige Handelsgeschäfte, andere bei einseitigen nur für den kaufmännischen Teil gelten.

Der Umfang dieses Sonderrechts war im alten H.G.B., das sich nicht nur die Befriedigung der eigentümlichen Bedürfnisse des Handels, sondern auch die Schaffung gemeindeutscher Grundzüge des Obligationenrechts für den Handel zum Ziel setzte, sehr erheblich (Buch IV Abschn. 1—4). Im neuen H.G.B. weisen gerade die allgemeinen Vorschriften über Handelsgeschäfte (Buch III Abschn. 1) die größte Verlustliste auf. Das meiste ist unverändert oder wenig verändert in das B.G.B. übergegangen.

Literatur: Regelsberger b. Endemann II 381 ff.

§ 72. Inhalt. Der Inhalt der handelsrechtlichen Schuldverhältnisse wird in erster Linie durch die Willenserklärungen der Beteiligten bestimmt.

1. Für die Auslegung in zweifelhaften Fällen gelten die allgemeinen Regeln

des bürgerlichen Rechts. Die ausdrückliche Vorschrift des alten H.G.B. Art. 278, daß der wahre Wille zu erforschen sei, ist als selbstverständlich gestrichen. Die Vorschrift des B.G.B. § 157, nach der Verträge so auszulegen sind, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern, hat für Handelsgeschäfte besondere Bedeutung. Sie wird aber durch die Vorschrift des H.G.B. § 346 ergänzt, nach der unter Kaufleuten in Ansehung der Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen auf die Handelssitte Rücksicht zu nehmen ist (oben § 5).

2. Von den Schranken der Vertragsfreiheit wurden im alten H.G.B. die festen Schranken des älteren Rechts für Handelsgeschäfte ganz oder teilweise beseitigt (Anfechtung wegen laesio enormis Art. 256, lex Anastasiana Art. 299, Betragsgrenze der Vertragsstrafe Art. 284 Abs. 1, Zinstaxen Art. 292—293). Alle diese Beschränkungen sind seitdem überhaupt weggefallen. Dagegen treffen die zum Ersatz eingeführten Beschränkungen des neueren Rechts, insbesondere die allgemeinen Vorschriften über wucherische Geschäfte und die Einzelvorschriften gegen wucherische Ausbeutung, auch den Handelsverkehr. (Die in § 2 des R.G. v. 14. Nov. 1867 für Kaufmannsschulden gemachte Ausnahme von dem unentziehbaren halbjährigen Kündigungsrecht des Schuldners bei einem Zinssatz über 6 v. H. ist gegenüber dem B.G.B. § 247 nicht erneut.) Nur das richterliche Ermäßigungsrecht bei zu hoher Vertragsstrafe greift gegenüber einer von einem Vollkaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes versprochenen Vertragsstrafe nicht Platz (§§ 348, 351). Auch findet das Verbot des Zinseszinses auf die im Kontokurrentsaldo steckenden Zinsen keine Anwendung (§ 365 Art. 1).

3. Unter den gesetzlichen Einzelbestimmungen über den Inhalt handelsrechtlicher Schuldverhältnisse sind die Vorschriften über Solidarschuld (Art. 250—281 und Schadensersatzanspruch (Art. 283) in das bürgerliche Recht übergegangen (B.G.B. § 247 mit § 769, § 252).

Besonders geregelt bleibt das Maß der Sorgfalt, für das der Kaufmann aus einem Geschäft, das auf seiner Seite Handelsgeschäft ist, einzustehen hat. Er schuldet, soweit er nicht nach den Regeln des B.G.B. nur für grobe Fahrlässigkeit haftet oder nur gleiche Sorgfalt wie in eignen Angelegenheiten anzuwenden hat, die besondere „Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns" (§ 347).

Ferner gilt bei beiderseitigen Handelsgeschäften ein erhöhter gesetzlicher Zinsfuß von 5 v. H. für gesetzliche Zinsen (einschließlich Verzugszinsen) und ohne Bestimmung der Höhe versprochene Zinsen (§ 352 Abs. 1, nach dem früheren Art. 287 bei allen Handelsgeschäften 6 v. H.); derselbe Zinsfuß tritt überall ein, wo das H.G.B. Zinsen auferlegt, ohne einen anderen Zinsfuß zu bestimmen (§ 352 Abs. 2).

Sodann können im Handelsverkehr Zinsen ohne Abrede fordern: Kaufleute untereinander für Forderungen aus beiderseitigen Handelsgeschäften (ausgenommen Zinsforderungen) vom Tage der Fälligkeit an (§ 353); ein Kaufmann, der in Ausübung seines Handelsgewerbes jemandem Dienste leistet oder Geschäfte besorgt, für Darlehen, Vorschüsse, Auslagen und andere Verwendungen vom Tage der Leistung an (§ 354 Abs. 2); beim kaufmännischen Kontokurrent der Teil, für den der Saldo einen Überschuß ergibt, für diesen Überschuß vom Tage des Rechnungsabschlusses an (§ 355 Abs. 1).

Endlich kann Vergütung ohne Abrede für geleistete Arbeit in Form von Provision und für Aufbewahrung von Sachen in Form von Lagergeld jeder Kaufmann fordern, der in Ausübung seines Handelsgewerbes einem anderen Dienste leistet oder Geschäfte besorgt (§ 354 Abs. 1).

§ 73. Abschluß der Handelsgeschäfte.

1. Form. Das alte H.G.B. Art. 317 befreite alle Handelsgeschäfte, für die es nicht anderes bestimmte, von den Formvorschriften des bürgerlichen Rechts. Diese Ausnahmestellung der Handelsgeschäfte ist weggefallen; Handelsgeschäfte sind gleich allen Rechtsgeschäften der Regel nach formfrei, bleiben jedoch den für gewisse Rechtsgeschäfte nach bürgerlichem Recht geltenden Formvorschriften unterworfen. Hiervon gilt aber die Ausnahme, daß das Erfordernis der Schriftform wegfällt, wenn ein Vollkaufmann im Betriebe seines Handels-

gewerbes eine Bürgschaft übernimmt oder ein abstraktes Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis abgibt (§§ 350, 351). (Die besonderen Vorschriften des alten H.G.B. über abstrakte Versprechen in Art. 300, Art. 301 Abs. 2—3 und Art. 294 sind ins bürgerliche Recht übergegangen; Art. 295 war längst bedeutungslos.)

2. Willenseinigung. Das alte H.G.B. Art. 318—323 regelte das Zustandekommen der Verträge durch Antrag und Annahme und legte dabei die deutschrechtliche bindende Kraft des Antrags („Gebundenheit ans Wort") zu Grunde. Das B.G.B. §§ 145—156 trifft allgemeine Bestimmungen auf gleicher Grundlage. Soweit es abweicht (insbesondere z. B. durch Beseitigung der in Art. 322 angeordneten Zurückziehung der Wirkungen des Vertragsschlusses unter Abwesenden auf den Augenblick der Absendung der Annahmeerklärung), ist auch das Handelsrecht geändert. Doch bleiben nach H.G.B. § 362 Besonderheiten bestehen, wenn einem Kaufmann, dessen Gewerbebetrieb die Besorgung von Geschäften für andere mit sich bringt, ein Antrag über Besorgung solcher Geschäfte von jemand zugeht, mit dem er in Geschäftsverbindung steht, oder wenn einem Kaufmann ein Antrag über Besorgung von Geschäften von jemand zugeht, dem gegenüber er sich (sei es auch nur durch öffentliche Ankündigung für jedermann) zur Besorgung solcher Geschäfte erboten hat. In derartigen Fällen ist der Kaufmann verpflichtet, unverzüglich zu antworten. Sein Schweigen aber, das nach bürgerlichem Recht als Ablehnung gelten würde (B.G.B. § 663), falls nicht damit Annahme beabsichtigt ist (nach B.G.B. § 151), gilt schlechthin als Annahme. Auch hat der Kaufmann selbst dann, wenn er den Antrag ablehnt, mitgesendete Waren auf Kosten des Antragstellers, soweit er dafür gedeckt ist und es ohne Nachteil für ihn geschehen kann, einstweilen vor Schaden zu bewahren.

§ 74. Erfüllung der Handelsgeschäfte. Die Erfüllung muß so erfolgen, wie sie bedungen ist. Allgemein aber gilt die Regel, daß die Leistung so und nur so zu bewirken ist, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte — unter Kaufleuten also die Handelssitte — es erfordern (B.G.B. § 242).

Besondere gesetzliche Regeln stellte das alte H.G.B. Art. 324—326 über den Erfüllungsort (und den davon unter Umständen verschiedenen Bestimmungsort) auf; sie sind (bis auf Art. 324 Abs. 2 über die Bedeutung des Lagerungsorts) in das B.G.B. §§ 269—271 übergegangen.

Ebenso sind die Bestimmungen des alten H.G.B. über die Erfüllungszeit (Art 327—334) großenteils mit einigen Änderungen (sachlich geändert ist besonders Art. 330 durch B.G.B. § 193) in das bürgerliche Recht verpflanzt. Beibehalten hat das neue H.G.B. nur den Satz, daß bei Handelsgeschäften die Leistung nur während der gewöhnlichen Geschäftszeit bewirkt und gefordert werden kann (§ 358), und die Auslegungsregeln, nach denen über die Bedeutung von Erfüllungsterminen wie „Frühjahr", „Herbst" u. dgl. im Zweifel der Handelsgebrauch des Erfüllungsortes entscheidet und eine vereinbarte Frist von acht Tagen im Zweifel volle acht Tage umfaßt (§ 359).

Hinsichtlich des Gegenstandes der Leistung gelten bei Handelsgeschäften zwei besondere Auslegungsregeln. Wird eine nur der Gattung nach bestimmte Ware geschuldet, so ist Handelsgut mittlerer Art und Güte zu leisten (§ 360). Maß, Gewicht, Währung, Zeitrechnung und Entfernungen, die am Erfüllungsort gelten, sind im Zweifel als die vertragsmäßigen zu betrachten (§ 361). (Die Bestimmungen des früheren Art. 336 Abs. 2 über die Leistung einer Geldschuld sind durch B.G.B. §§ 244—245 ersetzt.)

Ihrem rechtlichen Wesen nach erschien die Erfüllung dem Handel stets als ein durch Angebot und Annahme zu stande kommendes zweiseitiges Rechtsgeschäft, so daß Mängel der Erfüllung durch Annahme als Erfüllung geheilt werden. Diese Auffassung liegt jetzt auch dem bürgerlichen Recht zu Grunde (vgl. B.G.B. § 363). Anderseits machte sich im Handel vielfach der Gedanke geltend, daß einmal versäumte Erfüllung nicht nachzuholen ist, daß daher bei Erfüllungsverzug der andere Teil die nachträgliche Erfüllung ablehnen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern oder ganz zurücktreten kann. Dieses Recht aus Nichterfüllung, das im alten H.G.B. beim Handelskauf be-

sonders ausgestaltet war, ist im B.G.B. bei allen gegenseitigen Verträgen anerkannt; es wird durch die Verpflichtung zur Gewährung einer angemessenen Nachfrist ermäßigt; diese Verpflichtung fällt aber, was für Handelsgeschäfte von besonderer Bedeutung ist, stets dann, wenn die nachträgliche Erfüllung für den Gläubiger kein Interesse mehr hat, und überdies bei Fixgeschäften weg (B.G.B. §§ 326, 361).

§ 75. Sicherungsmittel bei Handelsgeschäften. Die Sonderbestimmungen des alten H.G.B. über die Bedeutung der Vertragsstrafe (Art. 284 Abs. 2—3) und der Draufgabe (Art. 285) sind ins B.G.B. (§§ 340, 336—337) übergegangen. Vom kaufmännischen Pfandrechte war schon die Rede. Besonderheiten gelten außerdem für die Bürgschaft und das Zurückbehaltungsrecht.

1. Bürgschaft. Während nach dem alten H.G.B. Art. 281 jede Bürgschaft, die entweder selbst ein Handelsgeschäft oder für eine Schuld aus einem Handelsgeschäft auf seiten des Hauptschuldners geleistet ist, als Handelsbürgschaft galt, bei der eine Form nicht erforderlich und die Einrede der Vorausklage und der Teilung ausgeschlossen war, untersteht nach dem neuen H.G.B. §§ 349—351 die Bürgschaft nur dann einem Handelssonderrecht, wenn sie für den Bürgen ein Handelsgeschäft und überdies der Bürge Vollkaufmann ist. Dann ist (wie schon erwähnt) die Schriftform nicht erforderlich und steht dem Bürgen die Einrede der Vorausklage nicht zu (die gesamtschuldnerische Haftung mehrerer Bürgen gilt jetzt schon nach B.G.B. § 769). Diese Verschärfungen treten auch ein, wenn ein Vollkaufmann aus einem Kreditauftrag als Bürge haftet. Hiernach bleibt auch eine stillschweigende Verbürgung des Vollkaufmanns (das nach der Handelssitte mit manchen Handelsgeschäften verbundene Delkrederestehen) möglich. Vielfach ist eine besondere Vergütung für Bürgschaftsleistung (Delkredereprovision) im Handel üblich.

2. Zurückbehaltungsrecht. Zur Sicherung wegen Forderungen aus beiderseitigen Handelsgeschäften haben Kaufleute gegeneinander ein besonderes kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht (§§ 369—372). Es kann nicht nur wegen fälliger Forderungen, sondern dann, wenn Unsicherheit des Schuldners durch Konkurseröffnung, Zahlungseinstellung oder erfolglose Zwangsvollstreckung festgestellt ist, auch wegen nicht-fälliger Forderungen ausgeübt werden. Seinen Gegenstand bilden nur bewegliche Sachen und Wertpapiere des Schuldners, die mit dessen Willen auf Grund von Handelsgeschäften in den Besitz des Gläubigers gelangt und noch in seinem Besitz sind; doch findet es auch statt, wenn das Eigentum auf den Gläubiger übergegangen, aber auf den Schuldner zurückzuübertragen ist. Die Ausübung ist ausgeschlossen, insofern sie der vom Schuldner vor oder bei der Übergabe erteilten Anweisung oder der vom Gläubiger übernommenen Verpflichtung, in bestimmter Weise mit dem Gegenstande zu verfahren, widerspricht; diese Beschränkung fällt aber weg, wenn Unsicherheit des Schuldners eingetreten und die dies offenbarende Tatsache dem Gläubiger erst nach der Übergabe oder Verpflichtungsübernahme bekannt geworden ist. Der Schuldner kann die Ausübung durch Sicherheitsleistung, aber nicht mit Bürgen, abwenden.

Die Wirkung ist das Recht des Gläubigers, sich aus dem zurückbehaltenen Gegenstande wegen seiner Forderung zu befriedigen. Die Befriedigung erfolgt nach den Regeln des Pfandverkaufs (mit der verkürzten Wartefrist von einer Woche), jedoch niemals ohne Klage, vielmehr, falls nicht der Weg der Zwangsvollstreckung beschritten wird, nur auf Grund eines vollstreckbaren Titels gegen den Eigentümer (oder, wenn der Gläubiger selbst der Eigentümer ist, gegen den Schuldner); ein Verkauf ohne vollstreckbaren Titel ist nicht rechtmäßig. Der gute Glaube des Gläubigers an den Fortbestand des beim Besitzerwerbe vorhandenen Eigentums des Schuldners wird in Ansehung der Befriedigung geschützt, wenn auch inzwischen ein anderer das Eigentum erworben hat.

Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht ist trotz seiner Annäherung an das Pfandrecht ein persönliches, kein dingliches Recht (R.Ger. VIII Nr. 30, XIV Nr. 36, Seuff. XLVI Nr. 118). Darum entbehrt es auch der unbedingten Kraft gegen Dritte. Nur insoweit, als der Fahrnisbesitz jedem persönlichen Recht dingliche Wirkungen verschafft, treten diese Wirkungen auch zu Gunsten des Zurückbehaltungsrechts ein. Das

Zurückbehaltungsrecht besteht daher einem Dritten gegenüber nur insoweit, als diesem die Einwendungen gegen den Herausgabeanspruch des Schuldners überhaupt (insbesondere nach B.G.B. § 986 Abs. 2) entgegengesetzt werden können (§ 369 Abs. 2). Insoweit gewährt es auch in Ansehung der Befriedigung aus der Sache den Vorrang vor dem dinglichen Rechte des Dritten (§ 371 Abs. 1 S. 2).

Literatur: Laband, Z. f. H.R. IX 482 ff. Goldschmidt, Handb. II 962 ff. Korn, Kaufmännisches Retentionsrecht, 1881. Reinhold, Allg. u. kaufm. Zurückbehaltungsrecht, 1890. Cosack § 80.

§ 76. Öffentliche Anstalten für den Abschluß von Handelsgeschäften.

1. Märkte. Märkte sind regelmäßige Zusammenkünfte zum Zweck des Umsatzes zur Stelle gebrachter Waren. Zu ihnen gehören Messen (für Großhandel), Jahrmärkte (für Kleinhandel) und Wochenmärkte (für Handel mit Gegenständen des täglichen Bedürfnisses). Das Recht zur Veranstaltung von Märkten, im Mittelalter als „Marktrecht" auf königliche Verleihung zurückgeführt, fließt aus öffentlichrechtlicher Gestattung und wird durch obrigkeitliche Marktordnungen geregelt und beschränkt. Die mit dem Marktrecht früher verbundenen Privilegien (Marktfriede, Marktgericht, Marktfreiheit) und die es ergänzenden Monopolrechte (Stapel-, Niederlags-, Kranrecht, Straßenzwang) sind bis auf geringe Reste (vgl. z. B. R.Gew.O. § 64 Abs. 2) weggefallen. Die privatrechtliche Bedeutung der Märkte besteht namentlich in der Bildung des Marktpreises.

2. Börsen. Börsen sind regelmäßige, sich in verhältnismäßig kurzen Zwischenräumen wiederholende Zusammenkünfte für den Abschluß von Handelsgeschäften über nicht zur Stelle gebrachte vertretbare Waren oder Wertpapiere (Produktenbörse, Fonds- oder Effektenbörse). Sie bestehen nur an bedeutenderen Handelsplätzen und dienen überwiegend dem Geschäftsverkehr einheimischer Großkaufleute untereinander. Ursprünglich Einrichtungen der Kaufmannsgilden und in den Gildehallen abgehalten, wurden sie in Deutschland, obschon ohne völlige Verwischung des korporativen Ursprungs, in neuerer Zeit staatlich geregelt. Die für die einzelnen Börsen erlassenen Börsenordnungen (z. B. Berliner v. 1825 u. 1866, Breslauer v. 1867), auf die das alte H.G.B. verwies (Art. 331), gingen mannigfach auseinander. Durch das Reichsbörsengesetz vom 22. Juni 1896 wurden die Grundzüge einheitlich geregelt. Das Börsengesetz enthält zwar in der Hauptsache öffentliches Recht, greift aber tief auch in das Privatrecht ein.

Die Börsen sind öffentliche Anstalten. Die Errichtung einer Börse bedarf der Genehmigung der Landesregierung, die auch eine Börse aufheben kann (§ 1 Abs. 1). Ungenehmigte Börsen (Winkelbörsen) sind seit dem Börsengesetz verboten (Preuß. O.V.G. XXXIV Nr. 56). Das Verbot trifft alle Zusammenkünfte, welche die oben bezeichneten Merkmale einer Börse aufweisen. Die Grenzen sind freilich flüssig. Auf den Namen kommt jedenfalls nichts an. Übereinstimmung der Einrichtungen mit denen einer anerkannten Börse ist nicht erforderlich. Daß ein zwingender Einfluß auf die Preisbildung tatsächlich ausgeübt wird, kann kaum (mit Cosack) als entscheidendes Begriffsmerkmal angesehen werden.

Das Börsenrecht wird durch das Börsengesetz nur in den Grundzügen geregelt. Ergänzend treten Verordnungen des Bundesrats und der Landesregierung hinzu. Für jede Börse ist ferner eine besondere Börsenordnung zu erlassen, die von der Staatsregierung genehmigt werden muß und mit Zusätzen versehen werden kann (§§ 4—6). Endlich können durch autonomische Satzung der Börsenorgane Regeln für den Börsenverkehr (sog. Usanzen) festgestellt werden.

Die Organisation des Börsenwesens ist vielgliedrig. Die oberste Leitung übt das Reich durch den Bundesrat, dem ein Börsenausschuß zur Seite steht (§ 3), und zum Teil durch den Reichskanzler. Die Oberaufsicht steht der Landesregierung, als deren Organ regelmäßig ein Staatskommissar fungiert, die unmittelbare Aufsicht dem von der Staatsregierung damit betrauten Handelsorgan (Handelskammer oder Korporation) zu (§§ 1—2). Leitendes Börsenorgan ist der Börsenvorstand, in den auf Verlangen der Staatsregierung auch Vertreter der Landwirtschaft und der Müllerei aufgenommen werden

müssen (§ 4). An jeder Börse ist ein Ehrengericht zu bilden (§§ 9—27). Außerdem besteht überall ein Börsenschiedsgericht, dem sich aber nur Kaufleute und ins Börsenregister eingetragene Personen im voraus unterwerfen können (§ 28). Dazu kommt bei jeder Effektenbörse eine Zulassungsstelle für Wertpapiere (§ 36). Ferner Sachverständigenkommissionen u. s. w.

Der Börsenbesuch ist teils durch das Börsengesetz, teils durch die Börsenordnungen geregelt (§§ 7—8). Das Recht zum Börsenbesuch ist gewissen Personen (z. B. Frauen, Minderjährigen und Entmündigten, Ehrlosen, bestraften Bankerotteuren, Zahlungsunfähigen) dauernd oder zeitweise versagt und kann wegen Verstoßes gegen die Kaufmannsehre durch Spruch des Ehrengerichts aberkannt werden.

Zu den öffentlichrechtlichen Funktionen der Börse gehört, soweit sie überhaupt erfolgt, die amtliche Feststellung des Börsenpreises (§§ 29—35). Sie liegt dem Börsenvorstande unter Mitwirkung vereidigter Kursmakler ob. Die Ernennung und Entlassung der Kursmakler erfolgt durch die Staatsregierung nach Anhörung der Maklerkammer. Die Kursmakler müssen zugleich die Vermittlung von Börsengeschäften in den betreffenden Waren oder Wertpapieren betreiben, somit Handelsmäkler und Kaufleute sein. Nur die von ihnen vermittelten Geschäfte haben Anspruch auf Berücksichtigung bei der Preisfeststelluug. Um der Unparteilichkeit willen dürfen sie in dem fraglichen Geschäftszweige, soweit nicht ihr Auftrag es fordert, nicht für eigne Rechnung oder in eigenem Namen Handelsgeschäfte schließen, auch ein anderes Handelsgewerbe als Handelsmäkelei ohne besondere Gestattung nicht betreiben noch an einem solchen sich als Kommanditisten oder stille Gesellschafter beteiligen, ebensowenig Handlungsbevollmächtigte oder Handlungsgehilfen eines Kaufmanns sein.

Als öffentlichrechtliche Funktion der Börse ist ferner die Zulassung von Wertpapieren zum Börsenhandel durch die Zulassungsstelle auf Grund gehöriger Prüfung geregelt und in Ansehung mancher Papiere beschränkt; nicht zugelassene Papiere sind von der amtlichen Preisfeststellung, der Geschäftsvermittlung durch die Kursmakler und der Benutzung der Börseneinrichtungen ausgeschlossen (§§ 36—42). Sind Papiere auf Grund eines unrichtigen oder unvollständigen Prospektes zugelassen, so trifft schuldige Einführer eine privatrechtliche Ersatzpflicht gegenüber geschädigten Besitzern (§§ 43—47) und in schwereren Fällen Strafe (§§ 75—76).

Bei den Gerichten werden Börsenregister, eins für Waren und eins für Wertpapiere, geführt, in die sich jedermann gegen eine Gebühr (150 Mk. und jährlich von neuem 25 Mk.) eintragen lassen kann, um kundzumachen, daß er sich am Börsenterminhandel beteiligen will; jährlich wird eine auf Grund der in Berlin gesammelten Listen angefertigte Gesamtliste der Eingetragenen durch den Reichsanzeiger veröffentlicht (§§ 54—65).

Literatur: Rathgen, Märkte und Messen, Handwörterb. der Staatswiss. V 691 ff. — Pfleger, Börsenrecht, ebenda II 979 ff. M. Weber, Z. f. H.R. XLIII 83 ff., 457 ff., XLIV 29 ff. Wiedenfeld, Die Börse in ihren wirtschaftlichen Funktionen und ihrer rechtlichen Gestalt, 1898. Kommentare zum Börsengef. v. Kahn; Hoffmann; Brendel; Kunreuther, Apt. Cosack §§ 73 ff.

Zweites Kapitel.

Einzelne Handelsgeschäfte.

§ 77. Arten der Handelsgeschäfte. Die Handelsgeschäfte sind entweder solche, die dem Handel eigentümlich sind, oder solche, die auch dem bürgerlichen Recht angehören; für die letzteren gelten entweder besondere handelsrechtliche Vorschriften oder nur die allgemeinen Abweichungen vom bürgerlichen Recht. Hier ist nur von den dem Handel eigentümlichen und von den im Handel sonderrechtlich ausgestalteten Geschäftsarten noch zu reden.

Die Handelsgeschäfte zerfallen dem Gegenstande nach in fünf Gruppen.

1. Warengeschäfte. Ein Sonderrecht gilt für den Handelskauf (unten § 78).

An ihn lehnen sich die Börsengeschäfte an (unten § 79). Für Tausch, Miete, Leihe gelten keine besonderen Regeln.

2. Geldgeschäfte. Sie sind vom Handel zum Teil eigentümlich ausgestaltet (unten § 80).

3. Kreditgeschäfte. Auch sie sind zum Teil vom Handel typisch ausgebildet (unten § 84).

4. Arbeitsgeschäfte. Die Dienstverträge des Handelsrechts und der Handelsmäklervertrag sind schon besprochen. Der regelmäßige Werkvertrag unterliegt als Handelsgeschäft keinem Spezialrecht. Der Verlagsvertrag ist außerhalb des Handelsrechts geregelt. Dagegen gilt ein Handelssonderrecht für das Kommissionsgeschäft (unten § 82), das Speditionsgeschäft (unten § 83), das Lagergeschäft (unten § 84) und das Frachtgeschäft (unten §§ 85—86).

5. Versicherungsgeschäfte. Der Versicherungsvertrag ist, von der Seeversicherung abgesehen, keinem Handelssonderrecht unterworfen.

§ 78. **Handelskauf.** Für den Handelskauf galt nach dem alten H.G.B. (Art. 337—359) ein sehr umfassendes Sonderrecht, das im neuen H.G.B. gegenüber den Vorschriften des B.G.B. über den Kauf sehr zusammengeschrumpft und überdies in den wichtigsten Punkten auf den zweiseitigen Handelskauf beschränkt ist.

1. Begriff. Ein Kauf ist Handelskauf, wenn er Handelsgeschäft ist und seinen Gegenstand Waren oder Wertpapiere bilden (§ 381 Abs. 1). Grundstückskauf und Rechtskauf sind, auch wenn sie Handelsgeschäft sind, kein Handelskauf. Die Erstreckung des Kaufrechts auf den Lieferungsvertrag (B.G.B. § 651) gilt beim Handelskauf vorbehaltlos auch dann, wenn die Sache, die der Unternehmer aus dem von ihm zu beschaffenden Stoff herstellen soll, eine nicht vertretbare bewegliche Sache ist (§ 381 Abs. 2).

2. Inhalt. Für Ware und Preis gilt bürgerliches Recht. Doch kommt, wenn der Kaufpreis nach dem Gewicht der Ware zu berechnen ist, mangels besonderer Vereinbarung der Handelsgebrauch des Ortes, an dem der Verkäufer zu erfüllen hat, in Betracht; nach der gesetzlichen Regel ist das Taragewicht (Gewicht der Verpackung) vom Bruttogewicht abzuziehen; der Handelsgebrauch aber kann den Abzug ausschließen oder nach einem bestimmten Ansatz oder Verhältnis normieren; er kann auch dem Käufer ein Gutgewicht oder eine Refaktie (Vergütung für schadhafte und unbrauchbare Teile) zubilligen (§ 380). Die Bestimmung des Preises erfolgt oft durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung der Zahlung des Markt- oder Börsenpreises (statt Art. 353 jetzt B.G.B. § 453). Nach Vereinbarung oder Handelsgebrauch findet vielfach eine Preisermäßigung durch Rabatt statt, der entweder als eigentlicher Rabatt einen Diskont für verfrühte Zahlung oder als uneigentlicher Rabatt eine einfache Preisminderung für Wiederverkäufer, Engrosabnehmer, regelmäßige Kunden, Vereinsmitglieder u. s. w. bedeutet. Ein Fall des uneigentlichen Rabatts ist der Buchhändlerrabatt ($33^1/_3$ oder 25 v. H.), den die Verleger den Sortimentern, die dafür die Kosten der Versendung und der Rücksendung nicht fest bestellter Bücher übernehmen, gewähren.

3. Erfüllung. Der Handelskauf ist durch Übergabe der Ware und Zahlung des Preises zu erfüllen. Hinsichtlich des Erfüllungsortes und der Erfüllungszeit gelten die allgemeinen Regeln (früher Art. 342). Je nachdem die Ware vom Verkäufer an dem Ort, an dem sie sich befindet, zu übergeben oder an einen anderen Ort zu versenden ist, unterscheidet man Platzkauf und Distanzkauf; bei letzterem ist der Bestimmungsort, wenn nichts anderes bedungen wird, keineswegs der Erfüllungsort, mag auch der Verkäufer die Kosten der Versendung übernommen haben (B.G.B. § 269, früher Art. 342, 345 Abs. 2). Hinsichtlich der Erfüllungszeit unterscheidet man, je nachdem die Ware sofort oder später zu liefern ist, Tageskauf und Lieferungskauf; je nachdem der Preis Zug um Zug gegen Lieferung der Ware oder später oder früher zu zahlen ist, Barkauf, Kreditkauf (auf Borg, Rechnung oder Ziel) und Pränumerationskauf (wird durch Übersendung mit Nachnahme angesonnen, R.O.H.G. XIII Nr. 65, Seuff. XLVII Nr. 140). Ist die Lieferungszeit oder die Zahlungszeit genau („fest", „prompt") durch Termin oder

Frist bestimmt und diese Zeitbestimmung wesentlich, so liegt Fixkauf vor (§ 376, nach dem früheren Art. 357 nur bei fester Lieferungszeit).

Der Verkäufer ist verpflichtet, die Ware gehörig zu übergeben, und trägt die Kosten der Übergabe, nicht aber beim Distanzkauf die Kosten der Versendung (B.G.B. § 448, früher Art. 351). Bis zur Übergabe, jedoch beim Distanzkauf, soweit er nicht grundlos von einer Versendungsanweisung abgewichen ist, nur bis zur Auslieferung an den Spediteur, Frachtführer oder sonstigen Transportbesorger, trägt er die Gefahr (B.G.B. §§ 446—447; das alte H.G.B. ließ es bei der Rechtsverschiedenheit in den römisch-rechtlichen und deutschrechtlichen Gebieten und bestimmte nur beim Distanzkauf gleiches für den spätesten Zeitpunkt des Überganges der Gefahr, Art. 345, 343 Abs. 1). Ist der Käufer im Annahmeverzug, so hat der Verkäufer beim Handelskauf weitergehende Rechte als nach bürgerlichem Recht (§ 373, früher Art. 343). Denn er kann stets (abweichend von B.G.B. §§ 372 ff. u. §§ 383 ff.) sowohl die Ware auf Gefahr und Kosten des Käufers in einem öffentlichen Lagerhause oder sonst sicher hinterlegen als auch zum Selbsthilfeverkauf für Rechnung des säumigen Käufers schreiten. Der Selbsthilfeverkauf fordert vorgängige Androhung, es sei denn, daß die Ware dem Verderben ausgesetzt und Gefahr im Verzuge oder die Androhung sonst untunlich ist. Er muß regelmäßig im Wege der öffentlichen Versteigerung, bei der Verkäufer und Käufer mitbieten können, erfolgen, kann aber bei Waren mit Markt- oder Börsenpreis auch freihändig durch eine dazu ermächtigte Person zum laufenden Preise bewirkt werden. Der Verkäufer soll, soweit es nicht untunlich ist, Zeit und Ort der bevorstehenden Versteigerung und immer den vollzogenen Verkauf dem Käufer anzeigen, widrigenfalls er Schadensersatz zu leisten hat. Daneben behält der Verkäufer die ihm nach bürgerlichem Recht infolge des Annahmeverzuges zustehenden Rechte (§ 374), kann also namentlich auf Abnahme der Ware klagen und Schadensersatz wegen Verzuges fordern.

Der Käufer ist verpflichtet, die Ware abzunehmen (B.G.B. § 433 Abs. 2), und trägt die Kosten der Abnahme (B.G.B. § 448, früher Art. 351). Von der tatsächlichen Abnahme unterscheidet sich die kaufmännische „Empfangnahme", d. h. die Gutheißung der Übergabe als Erfüllung. Der Handelsverkehr legt dem Käufer eine Verpflichtung auf, die Ware, wenn sie gehörig beschaffen ist, zu empfangen und die Empfangnahme mangels anderer Abrede möglichst sofort zu bewirken (so früher ausdrücklich Art. 346). Hieraus folgt eine Prüfungs- und Rügepflicht, die im alten H.G.B. für den Distanzkauf gesetzlich festgestellt war (Art. 347), im neuen H.G.B. auf den Platzkauf erstreckt, jedoch auf den beiderseitigen Handelskauf eingeschränkt ist (§ 377). Der Käufer hat, wenn der Kauf für beide Teile ein Handelsgeschäft ist, die Ware unverzüglich nach der Ablieferung, soweit dies nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange tunlich ist, zu untersuchen und einen hierbei entdeckten Mangel unverzüglich dem Verkäufer anzuzeigen. Unterläßt er dies, so gilt die Ware als genehmigt, es sei denn, daß es sich um einen Mangel handelt, der bei der Untersuchung nicht erkennbar war. Zeigt sich später ein solcher Mangel, so muß die Anzeige unverzüglich nach der Entdeckung gemacht werden, widrigenfalls die Ware auch in Ansehung dieses Mangels als genehmigt gilt. Das bloße Schweigen des Käufers wirkt also als Empfangnahme. Dies ist (abweichend vom alten H.G.B.) sogar dann der Fall, wenn eine andere als die bedungene Ware oder Warenmenge geliefert ist, sofern nur nicht die Lieferung offensichtlich von der Bestellung so erheblich abweicht, daß der Verkäufer die Genehmigung des Käufers als ausgeschlossen betrachten mußte. Die Ablehnung der Empfangnahme erfolgt entweder durch Weigerung der Abnahme oder durch nachträgliche Beanstandung, deren übliche Form darin besteht, daß der Käufer dem Verkäufer die Ware „zur Disposition stellt". Beim Distanzkauf aber muß, wenn er für beide Teile ein Handelsgeschäft ist, der Käufer auch im Falle der Beanstandung für die einstweilige Aufbewahrung der übersendeten Ware sorgen, kann jedoch, wenn sie dem Verderben ausgesetzt und Gefahr im Verzuge ist, zum Selbsthilfeverkauf schreiten (§ 379; nach dem früheren Art. 348 bei jedem Distanzkauf). Durch Vereinbarung können die gesetzlichen Regeln über die Empfangnahme abgeändert werden; so wird durch die Klausel „Empfang erklärt" die Gutheißung in den Vertragsverschluß verlegt, durch die Klausel

„wie zu besehen" Prüfung vor der Abnahme gefordert, durch die Einräumung einer Frist für die Untersuchung und Mängelanzeige die Genehmigung durch Schweigen hinausgeschoben.

4. Gewährleistung. Die Gewährleistung wegen Mängel der Ware richtet sich nach bürgerlichem Recht. Die im alten H.G.B., Art. 349, für die Geltendmachung der Mängel vorgesehene Ausschlußfrist von sechs Monaten seit der Ablieferung ist weggefallen; dagegen ist die Verjährung der Ansprüche in sechs Monaten seit der Ablieferung, sowie die Erhaltung der Einreden durch Mängelrüge vor Ablauf der Verjährung in das bürgerliche Recht übergegangen; auch die Handelsrechtssätze, nach denen die Fristen durch Vertrag sowohl verlängert wie verkürzt werden können und im Falle des Betruges dem Verkäufer überhaupt nicht zu gute kommen, sind für die Verjährungsfrist zu gemeinem Recht erhoben (B.G.B. §§ 477—478). Beim beiderseitigen Handelskauf wird aber durch die dem Käufer auferlegte Prüfungs- und Rügepflicht die Gewährleistungspflicht des Verkäufers auf die ihm unverzüglich nach rechtzeitiger Untersuchung angezeigten und die bei ordnungsmäßiger Untersuchung nicht erkennbaren und ihm unverzüglich nach der Entdeckung angezeigten Mängel beschränkt. Zur Erhaltung der Rechte des Käufers genügt die rechtzeitige Absendung der Anzeige (§ 377 Abs. 4). Die Geltendmachung arglistig verschwiegener Mängel bleibt auch hier vorbehalten (§ 377 Abs. 5). Für die Gewährleistung bei Viehmängeln gelten auch beim Handelskauf lediglich die Vorschriften des bürgerlichen Rechts (§ 382).

5. Folgen der Nichterfüllung. Das alte H.G.B. gewährte beim Erfüllungsverzuge des Käufers, falls die Ware noch nicht übergeben ist, dem Verkäufer und beim Erfüllungsverzuge des Verkäufers dem Käufer die dreifache Wahl, Erfüllung nebst Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung zu fordern oder statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder vom Vertrage zurückzutreten; es legte jedoch dem Verkäufer, falls er die zweite Alternative wählt, die Verpflichtung auf, den Schadensbetrag durch ordnungsmäßigen Selbsthilfeverkauf festzustellen; auch machte es für jeden Teil die Ausübung des Rechts, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern oder zurückzutreten, von vorgängiger Anzeige und, wenn nicht die Natur des Geschäftes dies ausschließt, von vergeblicher Gewährung einer angemessenen Nachfrist abhängig (Art. 354—356). Ähnliche Regeln gelten jetzt schon nach bürgerlichem Recht (oben § 73 a. E., dazu B.G.B. § 440). Nur hat der Verkäufer das Wahlrecht auch dann, wenn er die Ware schon übergeben hat (jedoch das Rücktrittsrecht nicht, wenn er den Kaufpreis gestundet hat, B.G.B. § 454). Ferner ist, wenn Schadensersatz wegen Nichterfüllung gefordert wird, der Selbsthilfeverkauf des Verkäufers zwar zulässig, jedoch so wenig wie der Deckungskauf des Käufers obligatorisch.

Handelsrechtliche Besonderheiten gelten jedoch beim Fixkauf (§ 376, früher Art. 357). Hier kann jeder Teil, sobald die ihm zu fester Zeit oder in fester Frist geschuldete Leistung nicht rechtzeitig erfolgt ist, selbst dann, wenn kein Erfüllungsverzug vorliegt, vom Vertrage zurücktreten, bei Erfüllungsverzug aber entweder zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern, dagegen nachträgliche Erfüllung nur verlangen, wenn er dies sofort dem anderen Teil anzeigt. Als Schadensersatz wegen Nichterfüllung kann er, wenn die Ware einen Markt- oder Börsenpreis hat, ohne weiteres den Unterschied des Kaufpreises und des Markt- oder Börsenpreises zur Zeit und am Orte der geschuldeten Leistung fordern. Er kann aber auch einen erweislich höheren Schaden geltendmachen. Insbesondere kann er auch bei Waren mit einem Markt- oder Börsenpreis seinem Ersatzanspruche als Verkäufer einen Selbsthilfeverkauf und als Käufer einen Deckungskauf zu Grunde legen, muß aber dann den Verkauf oder Kauf sofort vornehmen und entweder in öffentlicher Versteigerung oder durch eine dazu ermächtigte Person zum laufenden Preise bewirken (Benachrichtigungspflicht nach § 376 Abs. 4).

6. Besondere Arten des Kaufs. Die Bestimmungen des alten H.G.B. über den Kauf auf Probe (Art. 339) und den Kauf nach Probe (Art. 340) sind ins B.G.B. (§§ 494—496) übergegangen, die über den Kauf zur Probe (Art. 341) als selbstverständlich gestrichen.

Eine besondere Art des Handelskaufes ist der Kauf auf Kondition, bei dem der Käufer Waren unter der aufschiebenden Bedingung kauft, daß er sie entweder wiederverkauft oder bis zum Ablauf einer bestimmten Frist nicht zurückgibt. Das Hauptbeispiel ist das Konditionsgeschäft des Buchhandels.

Dem Handel eigentümlich ist auch der Spezifikationskauf, bei dem dem Käufer die nähere Bestimmung über Form, Maß oder ähnliche Verhältnisse der Ware (z. B. Eisen, Holz) vorbehalten ist. Das neue H.G.B. § 375 erklärt den Käufer für verpflichtet, die Bestimmung zu treffen, und gewährt, wenn er hiermit im Verzuge ist, dem Verkäufer das Recht, entweder selbst die Bestimmung zu treffen oder gemäß B.G.B. § 326 Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern oder zurückzutreten. Die vom Verkäufer getroffene Bestimmung ist aber erst maßgebend, wenn sie dem Käufer mitgeteilt und von diesem binnen einer ihm gesetzten angemessenen Frist nicht durch eine anderweitige Bestimmung ersetzt ist.

Literatur: Gareis b. Endemann II §§ 258—276; Das Stellen zur Disposition, 1870. Hanauset, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Waare, 1883/87. Boden, Z. f. H.R. LI 339 ff. M. Sohm, ebenda LIII 79 ff. Buhl, Das Konditionsgeschäft des Buchhandels, Z. f. H.R. XXX 180 ff. Cosack §§ 38—42.

§ 79. Börsengeschäfte. Der Börsenverkehr hat eigenartige Geschäfte in Waren und Wertpapieren ausgebildet, die, wenn sie an der Börse geschlossen werden, nach den Börsenusancen zu beurteilen sind, aber auch außerhalb der Börse vorkommen. Sie sind meist besondere Typen des Handelskaufes. Je nachdem sie Tageskäufe oder Lieferungskäufe sind, werden sie als „Kassageschäfte" oder „Termingeschäfte" bezeichnet.

1. Reelle Geschäfte und Differenzgeschäfte. Die Börsengeschäfte sind „reell", wenn sie die wirkliche Lieferung der Ware bezwecken. Dagegen liegt ein „Differenzgeschäft" vor, wenn die bedungene Lieferung nicht ernstlich gewollt, sondern nur die Ausgleichung des Unterschiedes zwischen dem Kaufpreise und dem Börsenpreise der Lieferungszeit durch Zahlung des verlierenden Teiles an den gewinnenden beabsichtigt ist. Das Geschäft ist reines Differenzgeschäft, wenn diese Absicht bei beiden Teilen besteht, gemischtes Differenzgeschäft, wenn sie zwar nur bei einem Teile besteht, der andere Teil aber darum weiß oder wissen muß. Kassageschäfte können der Börsenspekulation dienen, sind jedoch niemals Differenzgeschäfte (vgl. jedoch R.Ger. LII Nr. 67 und 68). Termingeschäfte können reelle Lieferungsgeschäfte oder Differenzgeschäfte sein.

Das Differenzgeschäft ist seinem rechtlichen Wesen nach ein in die Form des Kaufes gekleideter Spielvertrag. Soweit daher keine Sondervorschriften gelten, ist auf es das Spielrecht anzuwenden. Hierüber wird zwar seit langer Zeit lebhaft gestritten. Allein alle Versuche, das Differenzgeschäft als Vertrag mit anderem Inhalt (Hoffnungskauf, Wertkauf, Werttausch) zu konstruieren, vermögen nicht darüber hinwegzuhelfen, daß die Merkmale des Spiels vorliegen. Die deutsche Gerichtspraxis hat denn auch, gleich der fast aller anderen Länder, mehr und mehr diese Auffassung durchgeführt und daher die Klage aus dem reinen wie dem gemischten Differenzgeschäft versagt (z. B. R.Ger. XXXIII Nr. 26, XXXIV Nr. 20, 43, 64, Seuff XLIII Nr. 111, XLVIII Nr. 13, XLIX Nr. 249), anderseits aber eine Rückforderung der gezahlten Differenz nicht zugelassen (R.Ger. XXXV Nr. 73). Dabei hat sie zugleich den Beweis fortschreitend erleichtert. Das B.G.B. hat diese Entwicklung durch die ausdrückliche Unterstellung des reinen und des gemischten Differenzgeschäftes unter das Spielrecht zum Abschluß gebracht (§ 764).

2. Börsenterminhandel. Durch das Börsengesetz sind Sondervorschriften für „Börsentermingeschäfte" getroffen. Nach dem Wortlaut des Gesetzes sind darunter Kauf- und sonstige Anschaffungsgeschäfte von Waren oder Wertpapieren mit festbestimmter Lieferungszeit oder Lieferungsfrist zu verstehen, wenn sie nach Geschäftsbedingungen geschlossen werden, die vom Börsenvorstande für den Terminhandel festgesetzt sind, und wenn für die an der betreffenden Börse geschlossenen Geschäfte solcher Art eine amtliche Feststellung von Terminpreisen stattfindet (§ 48). Das Reichsgericht erstreckt aber den Begriff der Börsentermingeschäfte auf alle den gleichen wirtschaftlichen Zweck verfolgenden

Lieferungskäufe, mag auch der Charakter des Fixgeschäftes durch Einräumung einer Nachfrist abgewandelt und mögen auch abweichende Geschäftsbedingungen vereinbart sein (R.Ger. XLII Nr. 12, XLIV Nr. 27, XLVII Nr. 24).

Der Terminhandel ist *objektiv* beschränkt. Ein Börsenterminhandel findet überhaupt nur in solchen Waren und Wertpapieren statt, die von den Börsenorganen (bei Waren nach Anhörung von Vertretern der beteiligten Erwerbszweige und einer Erklärung des Reichskanzlers, daß er zu weiteren Ermittlungen keinen Anlaß habe) zum Börsenterminhandel zugelassen sind (§ 49); er kann vom Bundesrat beschränkt oder in bestimmten Waren und Wertpapieren untersagt werden und ist gesetzlich untersagt in Anteilen von Bergwerks- und Fabrikunternehmungen, in Anteilen anderer Erwerbsgesellschaften mit einem Kapital unter 20 Millionen Mark, sowie in Getreide und Mühlenfabrikaten (§ 50). Doch ist nur in Getreide und Mühlenfabrikaten der börsenmäßige Terminhandel überhaupt verboten. Im übrigen kann neben dem offiziellen Terminhandel ein freier Terminhandel in nicht zugelassenen Waren und Wertpapieren stattfinden. Allein soweit die Zulassung endgültig verweigert oder der Börsenterminhandel durch das Gesetz oder vom Bundesrat untersagt ist oder ein von der Mitwirkung der Börsenorgane unabhängiger Terminhandel sich in den für Börsentermingeschäfte üblichen Formen vollzieht oder ein Terminhandel in Waren und Wertpapieren, deren Zulassung nicht nachgesucht ist, von den Börsenaufsichtsbehörden untersagt wird, ist für Börsentermingeschäfte nicht nur die Benutzung der Börseneinrichtungen und die Vermittlung der Kursmakler ausgeschlossen, sondern auch die Veröffentlichung von Preislisten oder Kurszetteln verboten (§§ 51—52). Sonstiger freier Terminhandel kann durch Unterwerfung unter die Börsenusancen den Zutritt zur Börse erlangen und wird namentlich als Probe vor Entscheidung über die Zulassung zum offiziellen Terminhandel geduldet; dabei ist auch die Veröffentlichung von Preislisten zulässig und nur jede amtliche Preisfeststellung ausgeschlossen.

Der Terminhandel ist ferner *subjektiv* beschränkt. Denn die Fähigkeit zum vollwirksamen Abschluß von Börsentermingeschäften hat nur, wer in das Börsenregister eingetragen ist oder im Inlande weder einen Wohnsitz noch eine gewerbliche Niederlassung hat (§§ 66—68, mit Schutzvorschriften zu Gunsten dessen, der auf die Gültigkeit einer ungültigen oder den Fortbestand einer gelöschten Eintragung vertraut). Ist ein Teil nicht börsentermingeschäftsfähig, so begründet das Börsentermingeschäft kein Schuldverhältnis; ebensowenig ein Auftrag oder eine Vereinigung zum Abschluß; auch Sicherheitsbestellungen und Schuldanerkenntnisse sind unwirksam. Doch ist die Rückforderung des bei oder nach völliger Abwicklung zur Erfüllung Geleisteten ausgeschlossen; das Börsentermingeschäft bleibt also erfüllbar (daher auch stempelpflichtig, R.Ger. XLIX Nr. 29). Hiernach gilt im wesentlichen unabhängig davon, ob das Geschäft reell ist oder nicht, schlechthin Spielrecht.

Dagegen kann, wer beim Abschluß börsentermingeschäftsfähig war, gegen Ansprüche aus Börsentermingeschäften (oder Aufträgen oder Vereinigungen) einen Einwand *nicht* darauf gründen, daß die Erfüllung durch Lieferung vertragsmäßig ausgeschlossen war (§ 69). Er hat also, auch wenn ein Differenzgeschäft vorliegt, keinen Spieleinwand aus B.G.B. § 764. Die Eintragung ins Börsenregister schafft ein *Spielprivileg*.

Beim Börsenterminhandel in Waren gilt die nicht wegzubedingende Besonderheit, daß der Verkäufer schon vor Ablauf der Lieferungsfrist in Erfüllungsverzug gerät, wenn er nach erfolgter Kündigung (zu der er meist im letzten Monat befugt ist) unkontraktliche Ware liefert (§ 53).

3. *Einzelne Börsengeschäfte.* Die Börsenusancen und Börseneinrichtungen verleihen den verschiedenen Arten des Handelskaufes eine typische Ausprägung. Schon die Kassageschäfte werden durch Regelung der Preisbestimmung, der Verzugsfolgen („Zwangsregulierung") und der Maklertätigkeit einem Börsensonderrecht unterworfen. Die Termingeschäfte, bei Wertpapieren meist „Ultimogeschäfte" mit festem Lieferungstermin am Monatsschluß, unterliegen überhaupt vielfach einer besonderen Abwicklung durch Börsenorgane, die auf Ersparung der effektiven Lieferung durch Verrechnung (Ultimo-

liquidation durch eine Liquidationskasse) abzielt. An einzelnen Börsen ist der Terminhandel in manchen Warengattungen (z. B. Kaffee, Zucker) durch Einrichtung einer Kasse, die stets als Käufer oder Verkäufer auftritt und durch Einzahlungen beim Abschluß und Nachschüsse bei ungünstiger Kursveränderung gesichert wird, zentralisiert. Die Spekulation hat aber auch eigenartige Börsengeschäfte ausgebildet, bei denen der einfache Typus des Lieferungskaufes Abwandlungen erfährt.

a) Fixkäufe mit Wahlrecht. Vielfach wird beim Fixkauf einem Vertragsteil ein Wahlrecht eingeräumt, das ihn in den Stand setzt, eine Kursveränderung für sich auszunutzen. Dafür muß er dann einen Preiszuschlag zahlen oder sich eine Preisminderung gefallen lassen. Die Differenz zwischen dem gewöhnlichen Terminpreise und dem hier üblichen Preise heißt „Ecart".

Hierher gehört der Schluß auf fest und offen, der das Recht gewährt, den offenen Teil der gekauften Ware abzulehnen.

Ferner das Nochgeschäft, bei dem der Käufer durch seine Erklärung in bestimmter Frist die zu liefernde Menge vervielfältigen (z. B. verdoppeln oder verdreifachen) oder auch der Verkäufer die abzunehmende Menge erhöhen kann.

Sodann das Wandelgeschäft (Eskomptegeschäft), bei dem ein Teil willkürlich frühere Erfüllung verlangen, also entweder der Käufer „täglich" (oder von einem bestimmten Zeitpunkte an täglich, „fix und täglich") Lieferung oder der Verkäufer „auf Ankündigung" Abnahme fordern darf.

Endlich das Stellgeschäft (Stellagekauf, Schluß auf Geben und Nehmen), bei dem der eine Teil („Wähler") die (oft an einem besonderen „Stichtage" zu erklärende) willkürliche Wahl hat, ob er von dem anderen Teil („Steller") als Käufer Lieferung oder als Verkäufer Abnahme der Ware fordern will. Hierbei findet sich ein doppelter Ecart. Die Differenz zwischen dem Kauf- und Verkaufspreise heißt „Spannung".

b) Prämiengeschäfte. Bei den Prämiengeschäften kann ein Teil gegen Zahlung eines nach Prozenten des Kaufpreises bestimmten Reugeldes, der Prämie, zurücktreten.

Das Vorprämiengeschäft ist ein Fixkauf mit Rücktrittsrecht des Käufers. Der Käufer hat die willkürliche Wahl, entweder die Lieferung gegen Zahlung des Kaufpreises (der um den Ecart, meist im Betrage der Prämie, erhöht ist) zu verlangen oder gegen Zahlung der Vorprämie (Lieferungsprämie) zurückzutreten. Die Prämie sichert ihn gegen größeren Verlust durch Kursrückgang.

Das Rückprämiengeschäft ist ein Fixkauf mit Rücktrittsrecht des Verkäufers, der entweder Abnahme zu dem (um den Ecart ermäßigten) Kaufpreise verlangen oder gegen Zahlung der Rückprämie (Empfangsprämie) zurücktreten kann. Die Prämie begrenzt seinen Verlust bei Kurssteigerung.

Das Zweiprämiengeschäft ist die spekulative Verbindung eines Vorprämiengeschäfts und eines Rückprämiengeschäfts. Meist in der Weise, daß der Spekulant die gleiche Effektenmenge von dem einen kauft und an den anderen verkauft, sich aber beiden gegenüber das Rücktrittsrecht gegen Prämie vorbehält. Er rechnet auf erhebliche Kursschwankungen und gewinnt, wenn entweder Hausse oder Baisse eintritt, die den Kaufpreis nebst Prämie überschreitet. Das Geschäft kommt aber auch so vor, daß der Spekulant beiden Gegenkontrahenten das Rücktrittsrecht gegen Prämie einräumt. Dann verliert er bei großer Kursveränderung.

Das zweischneidige Prämiengeschäft ist ein Stellgeschäft, bei dem der wahlberechtigte Teil außer der Wahl zwischen Lieferung und Empfang das Rücktrittsrecht gegen Prämie hat.

c) Kostgeschäft (Reportgeschäft, Prolongationsgeschäft) ist die spekulative Verbindung von zwei Kaufgeschäften zwischen denselben Kontrahenten über dasselbe Effektenquantum. Das eine Kaufgeschäft ist Tageskauf (oder doch Kauf zum nächsten Ultimo), das andere Fixkauf mit späterem Termin. Der eine Kontrahent (Hereingeber) verkauft und kauft zum späteren Termin zurück, der andere Kontrahent (Hereinnehmer) tritt ihm als Käufer und Wiederverkäufer gegenüber. Die beiden Kaufpreise pflegen ungleich bemessen zu sein, indem je nach der Erwartung von Hausse oder Baisse der Rückkaufpreis

um einen bestimmten Prozentsatz höher oder niedriger festgesetzt wird; die Preisdifferenz heißt im ersten Falle „Report", im zweiten Falle „Deport". Beim Kostgeschäft mit Report verschafft der Hereingeber sich Geld und spekuliert auf Hausse, während der Hereinnehmer sicher den Report gewinnt; beim Kostgeschäft mit Deport gewinnt der Hereingeber den Deport, während der Hereinnehmer auf Baisse spekuliert. Die Kostgeschäfte werden namentlich auch als „Prolongationsgeschäfte" geschlossen, um die Liquidation schwebender Geschäfte hinauszuschieben. Rechtlich liegen zwei Kaufgeschäfte vor (R.Ger. XIX Nr. 29), die aber zu einem einheitlichen Gesamtgeschäft verbunden sind.

d) Heuergeschäft (Promessengeschäft) ist der Vertrag über ein Lospapier (besonders ein Prämienlos), durch den der Verheurer gegen einen Hoffnungspreis die Auszahlung des Gewinnes oder eines Teiles des Gewinnes verspricht, der überhaupt oder innerhalb bestimmter Zeit auf das Los fallen werde. Wenn der Verheurer das Lospapier nicht besitzt oder sich verschaffen kann, liegt ein reiner Spielvertrag vor.

Literatur: Thöl, Der Verkehr in Staatspapieren, 1835. Grünhut b. Endemann III §§ 277—287. Siegfried, Die Börse und die Börsengeschäfte (Salings Börsenpapiere, 7. Aufl. 1), 1897; 8. Aufl. v. Sandheim, 1899. Hülsner, Die Börsengeschäfte in rechtlicher und volkswirthschaftlicher Beziehung, 1897. B. Mayer, Die Effektenbörse u. ihre Geschäfte, 1899. Cosack §§ 75—82. — Gareis, Klagbarkeit der Differenzgeschäfte, 1882. Wiener, Das Differenzgeschäft vom Standpunkt der jetzigen Rechtsprechung, 1893. Kohler, Über d. Börsenspiel, 1894. Trumpler, Die Differenzgeschäfte des B.G.B. und das Börsengesetz, Z. f. H.R. L 388 ff. Wittmaack, Das Differenzgeschäft im engl. R., Z. f. H.R. LI 83 ff. G. Wermert, Ueber Wesen u. Bedeutung der Differenzgeschäfte, Annalen des D. Reichs 1903. — Rieffer, Die handelsrechtl. Lieferungsgeschäfte, 1900. Mancka, Die Börsenjuristen und das Reichsgericht, 1900. G. Zadig, Der Terminhandel und seine Behandlung durch Rechtsprechung und Gesetzgebung, 1901. — A. Wachtel, Praemien-, Stellage- und Nochgeschäfte, 1897. — Über Reportgeschäfte: Adler, Z. f. H.R. XXXV 418 ff. Ofner, ebenda XXXVII 438 ff. H. Müller, Reportgeschäfte, 1896. L. Kahn, Prolongation und Reportgeschäft in juristischer Konstruktion, 1897.

§ 80. Geldgeschäfte. Die Geldgeschäfte, die zusammen mit den Kreditgeschäften den Hauptinhalt des Bankiergewerbes bilden, zerfallen in die Geschäfte des Geldhandels und die Zahlungsgeschäfte. Für die ersteren gelten die Regeln des Handelskaufes. Die Zahlung wird im Handel mannigfach erleichtert. Insbesondere wird die Barzahlung vielfach durch Hingabe an Zahlungs Statt, wobei als Zahlungsmittel namentlich die Wertpapiere verwendet werden, ersetzt, die direkte Zahlung durch Einziehungsauftrag (Inkassomandat) oder Zahlungsauftrag oder Anweisung umgangen und die effektive Zahlung durch Verrechnung vermieden. Da von der Rolle, die der Wechsel als kaufmännisches Zahlungsmittel spielt, im Wechselrecht zu handeln ist, sind hier nur die besonderen Formen der kaufmännischen Anweisung, der Giroverkehr und die Verrechnung zu besprechen.

1. Kaufmännische Anweisung. Die schriftliche Anweisung auf Geld und andere vertretbare Sachen richtet sich, da die im Anschluß an die Wechselordnung ergangenen landesgesetzlichen Bestimmungen über kaufmännische Anweisungen (z. B. preuß. E.G. zur W.O. § 9, sächs. G. v. 7. Juni 1849, weimar. v. 13. Juli 1849, bayr. v. 29. Juni 1851) aufgehoben sind (E.G. zum H.G.B. Art. 21), auch dann, wenn der Angewiesene ein Kaufmann ist, nach bürgerlichem Recht (B.G.B. §§ 783—792).

Nur die kaufmännische Anweisung aber ist als Orderanweisung möglich (oben § 69 Z. 1 b). Für die kaufmännische Orderanweisung gelten die handelsrechtlichen Vorschriften über Orderpapiere. Im übrigen untersteht auch sie dem bürgerlichen Recht. Auch sie begründet keine Verpflichtung des Anweisenden. Auch ihre Hingabe an den Anweisungsempfänger ist im Zweifel keine Hingabe an Zahlungs Statt, sondern nur eine zahlungshalber erteilte papiergemäße Ermächtigung, Zahlung zu empfangen. Auch durch sie wird der Angewiesene dem Anweisenden gegenüber nicht verpflichtet, sondern nur papiergemäß ermächtigt, für dessen Rechnung zu zahlen, mithin, wenn er Schuldner ist, durch Zahlung befreit. Auch aus ihr entsteht durch schriftliches Accept auf dem Papier eine skripturrechtliche Verpflichtung des Angewiesenen gegenüber dem Anweisungsempfänger, hier aber zugleich gegenüber jedem legitimierten Indossatar.

Eine besondere Form der kaufmännischen Anweisung ist der Scheck (Bankanweisung). Das Scheckwesen, über das im Ausland mehrfach besondere Gesetze erlassen sind, ist durch deutsche Gesetze bisher nicht geregelt (E.G. zum H.G.B. Art. 17 verweist auf Landesrecht,

es gilt aber nur in Elsaß-Lothringen das franz. G. v. 14. Juni 1865). Somit entscheidet neben dem bürgerlichen Recht der Handelsgebrauch. Üblich ist der Scheck als eine von dem Kunden einer Bank auf diese ausgestellte, auf Sicht lautende Anweisung zur Zahlung einer bestimmten Geldsumme. Zu Grunde liegt ein Scheckvertrag, durch den die Bank sich dem Kunden verpflichtet, insoweit, als sie von ihm Deckung hat, die Zahlung zu bewirken. Der Aussteller muß ein ihm ausgehändigtes Formular (bei der Reichsbank den sog. „weißen Scheck") benutzen, das das Wort „Scheck" (nach den Scheckgesetzen obligatorisch) enthält. Ein Accept ist an sich wirksam (Seuff. XLVIII Nr. 196), aber nicht üblich (nach den Scheckgesetzen ausgeschlossen). Der Anweisungsempfänger muß eine benannte Person sein; möglich ist die Orderklausel, üblich aber vielmehr die Klausel „oder Überbringer", wodurch der Scheck zum Legitimationspapier wird. Ein Recht auf Zahlung gegenüber der Bank hat der Anweisungsempfänger oder Überbringer nicht. Dagegen hat er, wenn er Zahlung nicht erhält, das aus dem Begebungsgrunde folgende Rückgriffsrecht gegen den Aussteller oder späteren Begeber, das er aber durch Versäumung einer kurzen Präsentationsfrist (meist von 5 oder 8 Tagen) insoweit, als dadurch Schade entsteht, verwirkt (die Scheckgesetze regeln die Präsentationsfristen und die Rückgriffsrechte).

Eine kaufmännische Anweisung ist ferner der Kreditbrief (Accreditiv). Durch den Kreditbrief weist der Aussteller (gewöhnlich ein Bankier) den Adressaten (gewöhnlich einen auswärtigen Bankier) an, dem benannten Empfänger bei Vorzeigung des Briefes Geld bis zu einem angegebenen Höchstbetrage zu zahlen. Üblich ist eine besondere Benachrichtigung des Adressaten (Avis) unter Mitsendung einer Probe der Unterschrift des Empfängers. Accept ist möglich (R.Ger. XXXIV Nr. 8). Die Zahlung erfolgt stets für Rechnung des Ausstellers. Dadurch unterscheidet sich der Kreditbrief vom Kreditauftrage, bei dem der Beauftragte für eigne Rechnung, jedoch auf Gefahr des Ausstellers zahlen soll (oben § 74 Z. 1).

2. Giroverkehr. Schon seit dem Mittelalter ist durch Girobanken eine Zahlung mittelst Ab- und Zuschreibung in den Bankbüchern ausgebildet. Zu Grunde liegen Giroverträge zwischen der Bank und den einzelnen Kunden, die am Giroverkehr teilnehmen wollen. Der Kunde muß eine Geldeinlage machen und erwirbt damit als „Girokonto" eine stets fällige, in ihrer Höhe durch Zu- und Abschreibungen wechselnde Buchforderung gegen die Bank. Die Bank verpflichtet sich, auf Verlangen Geldbeträge von dem Girokonto des einen Kunden abzuschreiben und dem Girokonto eines anderen Kunden zuzuschreiben. Der Antrag des Girozahlers (bei der Reichsbank als sog. „roter Scheck") genügt. Die so bewirkte Girozahlung, obschon an sich nur Verschiebung der Geldforderungen gegen die Bank, steht der Barzahlung gleich.

3. Verrechnung. Im Handelsverkehr ist nicht nur die Aufrechnung zwischen Kaufleuten durch die Form der Ab- und Zuschreibung bei den beiderseitigen Buchkonten erleichtert, sondern auch die Ausgleichung von Forderungen unter einer größeren Zahl von Personen durch Verrechnung als „Skontration" (Zahlung mit geschlossenem Beutel) ausgebildet. Die Skontration beruht ungleich der Aufrechnung auf freiem Willen der Beteiligten. Denn sie setzt einen Forderungstausch voraus. Allein es kann ein bindender Vertrag unter vielen geschlossen werden, miteinander zu skontrieren. Der berühmteste Skontroverband ist das Londoner Clearing-house. Nach seinem Vorbilde sind auch in Deutschland „Abrechnungsstellen" gegründet (in Berlin 1883). Auch bestehen an den Börsen Skontroverbände für die Ultimoliquidation.

Literatur zu 1: G. Cohn b. Endemann III §§ 444 ff., Z. f. vgl. Rechtswiss. I 117 ff., XI 1 ff., XII 1 ff. Birnbaum, Z. f. H.R. XXX 1 ff. Kapp, ebenda S. 325 ff. Hanauseck, Check im Giroverkehr der österr.-ungar. Bank, 1889. Kuhlenbeck, Der Check, 1890. v. Canstein, Arch. f. b. R. IV 205 ff. Simonson, ebenda VI 346 ff. Cosack §§ 58–61. — Zu 2 u. 3: G. Cohn, b. Endemann III §§ 446 ff. Koch, Busch Arch. XXXVII 85 ff., Z. f. H.R. XXIX 59 ff. Goldschmidt, Syst. § 118. Cosack § 63. Brodmann, Z. f. H.R. XLVIII 121 ff.

§ 81. Kreditgeschäfte. Kreditgeschäfte haben die Gewährung oder Zusage von Kredit gegen Vergütung zum Gegenstande. Als Hauptgeschäfte des Bankiergewerbes umfassen sie auch Geschäfte, deren nächster Zweck Aufbewahrung ist. Zu den Kredit-

geschäften gehört das kaufmännische Darlehen, das seit dem Wegfall der Zinstaxen keine Besonderheit mehr hat. Von Bürgschaft und Kreditauftrag war schon die Rede. Die Verwendung des Wechsels zu Kreditoperationen gehört ins Wechselrecht.

1. Öffentliche Anleihe. Die Darlehnsaufnahme mittelst öffentlicher Anleihe, wie sie Staaten, Gemeinden und andere juristische Personen des öffentlichen Rechts, aber auch Aktiengesellschaften (oben § 54) und Einzelpersonen vornehmen, untersteht als solche nicht dem Handelsrecht. Es macht keinen Unterschied, ob der Anleiheschuldner Kaufmann ist oder nicht. Der Darlehnsvertrag wird hier durch Begebung (Emission) von Teilschuldverschreibungen auf den Inhaber (seltener von Rekta- oder Orderpapieren) gegen Zahlung des als „Emissionskurs" auf den Nennbetrag (al pari) oder höher (über pari) oder niedriger (unter pari) festgesetzten Preises geschlossen. Zur Emission von Anleihepapieren auf den Inhaber oder auch nur von Zinsscheinen auf den Inhaber ist, wenn nicht das Reich oder ein deutscher Staat sie ausgibt, staatliche Genehmigung erforderlich (B.G.B. § 795). Die näheren Bedingungen des Schuldverhältnisses regelt der „Prospekt". Oft wird das Kündigungsrecht des Gläubigers ganz ausgeschlossen, das Kündigungsrecht des Schuldners in bestimmter Weise festgelegt (allgemeine Kündigung behufs Ablösung oder Konvertierung; planmäßige Tilgung durch jährliche Auslosung einer bestimmten Zahl von Stücken). Die Rückzahlung erfolgt zum Nennwert, mitunter aber mit einem Zuschlage (z. B. 110 für 100). Bei Prämienanleihen, deren Ausgabe jedoch seit dem R.G. v. 8. Juni 1871 nur mit besonderer (bisher nie gewährter) Gestattung durch Reichsgesetz zulässig ist, wird auf einzelne, durch das Los bestimmte Stücke ein Spielgewinn zugezahlt; die Gewinnchance bildet hier statt Zinsen oder neben Zinsen den Kreditpreis. Auch das Verhältnis der Teilgläubiger zueinander, insbesondere die gesetzliche Gläubigergemeinschaft nach R.Ges. v. 4. Dez. 1899, liegt außerhalb des Handelsrechts.

Handelsrechtlicher Natur ist aber das Emissionsgeschäft, das in der Vermittlung der Emission einer öffentlichen Anleihe durch einen Bankier oder ein Bankkonsortium (Syndikat) besteht. Der Bankier, der die Unterbringung der auszugebenden Papiere beim Publikum (Veröffentlichung des Prospekts, Einladung zur Subskription, Entgegennahme der Zeichnungen, Zuteilung der Stücke und Begebung gegen Preiszahlung) übernimmt, emittiert entweder für Rechnung des Anleiheschuldners gegen prozentuale Provision zum vereinbarten Kurse oder für eigne Rechnung gegen Zahlung eines Gesamtpreises an den Anleiheschuldner zu dem von ihm selbst bestimmten Kurse. Auch im ersten Falle kontrahiert er meist in eignem Namen mit den ersten Nehmern, denen er dann vertragsmäßig haftet. Späteren Nehmern haftet er nur aus unerlaubter Handlung. — Das Emissionsgeschäft kommt in ähnlicher Weise auch bei der Ausgabe von Aktien vor.

Handelsrechtlich geregelt sind ferner die Zulassung emittierter Papiere zum Börsenhandel und die besondere Haftung aus Einführung an der Börse (oben § 75).

2. Zettelgeschäft. Das Zettelgeschäft besteht in der Ausgabe unverzinslicher, auf Sicht lautender Schuldverschreibungen auf den Inhaber (Banknoten), die als Geldzeichen umlaufen sollen und ein freies Zahlungsmittel bilden. Es darf nur auf Grund eines staatlichen Privilegs von der Reichsbank und den Privatnotenbanken betrieben werden. Die Notenbanken sind gesetzlichen Beschränkungen unterworfen, die darauf abzielen, die stete Einlösbarkeit der Banknoten auf Grund vorhandener Deckung (1/3 bar) sicherzustellen.

3. Depositengeschäft. Das Depositengeschäft besteht in der Hinterlegung von Geld mit der Abrede, daß die Rückforderung jederzeit oder doch (bei größeren Summen) nach kurzfristiger Kündigung erfolgen kann, inzwischen aber ein niedriger Zins (Depositenzins) zu zahlen ist. Es wird von Bankiers betrieben, um die eingezahlten Gelder mit höherem Ertrage für sich nutzbar zu machen, während die Hinterleger stets verfügbares und doch nicht ganz nutzlos daliegendes Geld haben wollen. Seiner rechtlichen Natur nach ist es, da das Eigentum am Gelde auf den Bankier übergeht, ein unregelmäßiger Verwahrungsvertrag (B.G.B. § 700).

4. Verschlossenes Depot. Die im Bankgewerbe vorkommende entgeltliche Übernahme der Aufbewahrung verschlossen übergebener Wertpapiere oder anderer Wert-

sachen ist ein regelmäßiger Verwahrungsvertrag. Hieran ändert es auch nichts, wenn dem Hinterleger ein besonderes, unter seinem Mitverschluß befindliches und ihm in den Geschäftsstunden stets zugängliches Tresorfach eingeräumt wird.

5. Offenes Depot. Das offene Depot ist die Übernahme der Aufbewahrung unverschlossener Wertpapiere, regelmäßig verbunden mit der Übernahme der Besorgung der erforderlichen Verwaltungsgeschäfte (Realisierung von Zins-, Gewinnanteil- und Erneuerungsscheinen, Kontrolle von Kündigungen, Auslosungen und Aufgeboten, Umtausch, Kapitaleinziehung u. s. w.). Der Hinterleger erhält gewöhnlich einen Depotschein (kein Wertpapier). Die Vergütung besteht in prozentualen Depotgebühren. Wenn ein Vollkaufmann (Bankier oder anderer Kaufmann) im Betriebe seines Handelsgewerbes Wertpapiere unverschlossen in Verwahrung nimmt, gelten nach dem zur Verhütung von Mißbräuchen ergangenen Depotgesetz (R.Ges. v. 5. Juli 1896) besondere Rechtssätze.

Das Geschäft ist an sich ein regelmäßiger Verwahrungsvertrag. Der Hinterleger bleibt Eigentümer; der Verwahrer darf über die Papiere nicht zu eignem Nutzen verfügen und muß dieselben Stücke zurückgeben. Nach dem Depotgesetz hat er die besondere Verpflichtung, die Papiere jedes Hinterlegers gesondert mit erkennbarer Bezeichnung aufzubewahren und sie in ein besonderes Handelsbuch oder ein darin gehörig in Bezug genommenes Verzeichnis einzutragen (§ 1). Wenn ein Bankier oder anderer Vollkaufmann als Kommissionär für Rechnung eines Kommittenten Wertpapiere einkauft, die nicht alsbald ausgeliefert oder wiederverkauft werden sollen, oder den Umtausch von Papieren oder die Geltendmachung von Bezugsrechten besorgt, gilt deren Übernahme in offenes Depot als vereinbart; der Kommissionär hat dem Kommittenten beim Einkaufe binnen drei Tagen, bei Umtausch oder Bezug binnen zwei Wochen ein gehöriges Stückeverzeichnis über die für ihn erworbenen Papiere zu übersenden; unterläßt er dies, so kann der Kommittent im Falle der Einkaufskommission nach vergeblicher Aufforderung zur Nachholung binnen weiteren drei Tagen das Geschäft zurückweisen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern, in den anderen Fällen die Provision verweigern; mit der Absendung des Stückeverzeichnisses geht spätestens das Eigentum an den Papieren, soweit der Kommissionär über sie zu verfügen befugt ist, auf den Kommittenten über, der Kommissionär aber hat die Pflichten eines Depotverwahrers (§§ 3—7). Endlich ist jeder Bankier oder sonstige Vollkaufmann, wenn er im Betriebe seines Handelsgewerbes fremde Wertpapiere einem Dritten behufs Aufbewahrung, Veräußerung, Umtausch oder Bezug ausantwortet, zur Mitteilung, daß es fremde Papiere sind, und, wenn er einen Auftrag zur Anschaffung für fremde Rechnung weitergibt, zur Mitteilung, daß dies für fremde Rechnung geschieht, verpflichtet; die Mitteilung bewirkt, daß der Dritte an den übergebenen oder neu beschafften Stücken ein Pfandrecht oder Zurückbehaltungsrecht nur wegen solcher Forderungen geltendmachen kann, die mit Bezug auf die Papiere entstanden sind (§ 8). Alle diese Verpflichtungen verschärft ein Sonderstrafrecht (§§ 9 bis 12).

Möglich ist, wenn es sich um vertretbare Wertpapiere handelt, ein offenes Depot in Gestalt eines unregelmäßigen Verwahrungsvertrages. Es kann von vornherein Eigentumsübergang und Rückgabe einer gleichen Zahl von Papieren gleicher Art vereinbart sein. Auch kann der Verwahrer ermächtigt werden, über die Stücke zu eignem Nutzen zu verfügen und so durch Aneignung das depositum regulare in ein depositum irregulare umzuwandeln. Jede derartige Vereinbarung muß nach bürgerlichem Recht ausdrücklich getroffen werden (B.G.B. § 700). Nach dem Depotgesetz aber fordert sie zu ihrer Gültigkeit, falls nicht der Hinterleger selbst Bankier oder Geldwechsler ist, ausdrückliche und schriftliche Erklärung des Hinterlegers für jedes einzelne Geschäft (§ 2). Gleiches gilt für den Verzicht des Kommittenten auf Übersendung des Stückeverzeichnisses bei der Einkaufskommission (§ 3 Abs. 2).

In derselben Weise erschwert ist die Vereinbarung eines Sammeldepots, bei dem die von mehreren hinterlegten Wertpapiere derartig vermischt werden, daß an der Gesamtmenge den Hinterlegern ein Miteigentum nach Bruchteilen zusteht.

6. Lombardgeschäft. Das Lombardgeschäft ist ein den im Bankiergewerbe

üblichen Handelsgebräuchen entsprechendes, durch Faustpfand an geeigneten Wertpapieren, Edelmetallen oder Waren gesichertes (verzinsliches und spätestens nach drei Monaten rückzahlbares) Darlehen. Man spricht auch hier von einem „Depot". Das Lombardgeschäft mit Wertpapieren fällt unter das Depotgesetz (§ 1). Daher gelten auch die gleichen Erschwerungen für die Vereinbarung eines uneigentlichen Lombardgeschäfts mit Eigentumsübergang an den als Pfand hinterlegten Papieren (R.Ger. XXI Nr. 7).

7. Krediteröffnung. Durch den Kreditöffnungsvertrag verpflichtet sich der Kreditöffner (meist ein Bankier), dem Akkreditierten innerhalb der Grenzen des eingeräumten „offenen Kredits" auf Verlangen in jeder gewünschten Form (Darlehen, Auslage, Vorschuß, Honorierung von Wechseln und Anweisungen) Kredit zu gewähren. Der Akkreditierte muß für die Bereitstellung des Kredites Provision und für die Gewährung Zinsen zahlen, die etwa bedungene Deckung besorgen und die entnommenen Werte zurückerstatten (revalieren).

8. Kontokorrentvertrag. Kontokorrent (laufende Rechnung) ist eine zwischen zwei in Geschäftsverbindung stehenden Personen geführte Rechnung, bei der die aus der Verbindung entstehenden gegenseitigen Forderungen nebst Zinsen einander gegenübergestellt und in regelmäßigen Zeitabschnitten durch Verrechnung und Feststellung des sich für einen Teil ergebenden Überschusses (Saldo) ausgeglichen werden. Durch den Kontokorrentvertrag wird die laufende Rechnung zu einem eigenartigen Rechtsverhältnis erhoben (R.Ger. XXII Nr. 28). Es fällt unter das Handelsrecht, wenn auch nur ein Teil Kaufmann ist, wie dies namentlich bei den Kontokorrentverhältnissen zwischen den Bankiers und ihren Kunden vorkommt. Die Rechnungsperiode beträgt im Zweifel ein Jahr (§ 355 Abs. 2), bei den Bankiers meist ein halbes Jahr. Doch kann im Zweifel das Kontokorrent jederzeit behufs sofortiger Auszahlung gekündigt werden (§ 355 Abs. 3).

Am Schlusse der Rechnungsperiode wird ein Abrechnungsgeschäft geschlossen, indem der eine Teil die Rechnung aufmacht und den Saldo zieht, der andere das Ergebnis anerkennt (möglicherweise durch bloßes Schweigen, Seuff. LXII Nr. 95). Wird der Abrechnungsantrag abgelehnt, so ist auch der Antragende an seine Aufstellung nicht gebunden.

Die Wirkung des Rechnungsabschlusses ist, daß an Stelle aller verrechneten Einzelforderungen die Saldoforderung tritt; sie ist eine neue Forderung aus eigenem Schuldgrunde und bildet die Grundlage der ferneren laufenden Rechnung. Die Einzelforderungen gehen in ihr unter (auch der frühere Saldo, R.Ger. XVIII Nr. 50, Seuff. XL Nr. 129). Ihre besonderen Eigenschaften gehen auf die Saldoforderung nicht über. Darum wird der Saldo, wenn er auch Zinsen enthält, sofort verzinst (§ 355 Abs. 1). Ist eine Wechselforderung aufgenommen (oft sind Forderungen aus Wechseln und anderen Wertpapieren ausgeschlossen), so geht ihr wechselrechtlicher Charakter verloren (R.Ger. III Nr. 18). Hiernach müßte auch, wenn eine durch Pfand, Bürgschaft oder sonst besonders gesicherte Forderung (was oft ausgeschlossen ist) aufgenommen wird, die Sicherung für den Saldo wegfallen (R.Ger. X Nr. 14). Nach positiver Vorschrift kann aber der Gläubiger insoweit, als sein Guthaben sich mit der gesicherten Forderung deckt, nach wie vor sich aus der Sicherheit befriedigen (§ 356 Abs. 1). In demselben Umfange kann er auch noch einen für eine verrechnete Forderung mithaftenden Gesamtschuldner in Anspruch nehmen (§ 356 Abs. 2).

Der Gläubiger eines Teils kann dessen Guthaben aus laufender Rechnung mit der Wirkung pfänden, daß ihm gegenüber Schuldposten, die nach der Pfändung durch neue Geschäfte entstehen, nicht mehr in Rechnung gestellt werden können (§ 357).

Literatur: G. Cohn b. Endemann III §§ 426—433, 439—443, Grünhut ebenda §§ 434—438. — Lotz, Technik des Emissionsgeschäfts, 1890. Kahlke, Rechtliche Natur der öffentlichen Anleihe, 1897. H. V. Simon, Die namenlosen Zinsscheine der Orderpapiere, 1903. — A. Neumann-Hofer, Depositengeschäft und Depositenbanken, 1894. Komm. zum Depotgesetz v. Lusensky u. Riesser, 1897; Pechmann 1897. Wettstein, Das Kassenschrankfachgeschäft, 1903. — J. Creizenach, Z. f. H.R. VII 88 ff.; Das kaufmänn. Kontokurrent, 1873. J. A. Levy, Der Kontokorrentvertrag, deutsch von Riesser, 1884. J. Greber, Das Kontokorrentverhältniß, 1893. Kemmer, Kontokurrentverkehr, 1897. H. Theusner, Die rechtliche Natur des Kontokorrentvertrages, 1901. J. Mohr, Der Kontokorrentverkehr, 1902. — Cosack §§ 64—70, 100.

§ 82. Kommissionsgeschäft.

1. Begriff. Kommissionsgeschäft ist ein Geschäft, das jemand in eigenem Namen für Rechnung eines Auftraggebers abschließt. Die wichtigsten Arten des Kommissionsgeschäftes sind die Einkaufs- und Verkaufskommission. Nur der gewerbsmäßige Betrieb der Einkaufs- oder Verkaufskommission in Bezug auf Waren oder Wertpapiere macht zum Kommissionär (§ 383). Dabei ist der Begriff des Kaufes im Sinne des Handelskaufes erweitert (§ 406 Abs. 2). Die handelsrechtlichen Vorschriften über das Kommissionsgeschäft gelten aber auch, wenn ein Kommissionär Kommissionsgeschäfte anderer Art oder ein anderer Kaufmann irgend ein Kommissionsgeschäft im Betriebe seines Handelsgewerbes schließt (§ 406 Abs. 1).

2. Verhältnis zu Dritten. Der Kommissionär schließt das Kommissionsgeschäft in eigenem Namen (als sog. „indirekter Stellvertreter") ab, wird daher Dritten gegenüber allein berechtigt und verpflichtet. Er wird Gläubiger und Schuldner. Eine von ihm für Rechnung des Kommittenten erworbene Forderung kann dieser erst nach erfolgter Abtretung gegen den Dritten geltendmachen; doch gilt die Forderung im Verhältnis zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär oder dessen Gläubigern schon vor der Abtretung als Forderung des Kommittenten, dem daher im Konkurse des Kommissionärs ein Aussonderungsrecht zusteht (§ 392). Ebenso erwirbt der Kommissionär das Eigentum an dem für Rechnung des Kommittenten angeschafften Kommissionsgut; bis zur Übertragung des Eigentums durch Übergabe oder constitutum possessorium ist auch für die Gläubiger des Kommissionärs ein dingliches Recht des Kommittenten nicht vorhanden; gerade deshalb hat das Depotgesetz, wie oben gezeigt ist, dem Kommissionär die alsbaldige Übereignung angeschaffter Wertpapiere zur Pflicht gemacht und die Umwandlung des Eigenbesitzes in Verwahrungsbesitz erleichtert.

3. Verhältnis zwischen Kommissionär und Kommittenten. Im Sinne des geltenden Rechts liegt, weil der Kommissionär Entgelt empfängt, kein Auftrag, sondern ein Werkvertrag vor, bei dem indes, weil es sich um Geschäftsbesorgung handelt, einzelne Vorschriften über den Auftrag Anwendung finden (B.G.B. § 675). Das Handelsrecht schreibt aber dem Kommissionär besondere Pflichten und Rechte zu.

4. Pflichten des Kommissionärs.

a) Geschäftsausführung. Der Kommissionär hat das übernommene Geschäft mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns unter Wahrung der Interessen und Befolgung der Weisungen des Kommittenten auszuführen, diesem die Ausführung unverzüglich anzuzeigen und sonst erforderliche Nachrichten zu geben, ihm Rechenschaft abzulegen und ihm das Erlangte herauszugeben (§ 384 Abs. 1—2). Abweichungen von der Weisung, soweit sie nicht im eigenen Interesse des Kommittenten durchaus erforderlich waren, berechtigen diesen, Schadensersatz zu verlangen und das Geschäft zurückzuweisen. Besteht aber die Abweichung darin, daß der Kommissionär unter dem gesetzten Preise verkauft oder die für den Einkauf gesetzte Preisgrenze überschritten hat, so muß der Kommittent, falls er das Geschäft zurückweisen will, dies unverzüglich auf die Ausführungsanzeige erklären, widrigenfalls die Abweichung als genehmigt gilt; und er kann das Geschäft überhaupt nicht zurückweisen, wenn der Kommissionär sich zugleich mit der Anzeige zur Deckung des Preisunterschiedes erbietet; doch behält er den Anspruch auf Ersatz eines (z. B. durch Einwirkung auf den Markt- oder Börsenpreis) ihm zugefügten größeren Schadens (§ 386). Schließt der Kommissionär zu vorteilhafteren als den gesetzten Bedingungen ab, verkauft er insbesondere teurer oder kauft er billiger ein, so kommt dies dem Kommittenten zu statten (§ 387).

b) Sorge für das Kommissionsgut. Der Kommissionär hat, wenn ihm das Kommissionsgut in ersichtlich beschädigtem oder mangelhaftem Zustande zugeht, die Rechte des Kommittenten gegen den Frachtführer oder Schiffer zu wahren, für den Beweis zu sorgen und den Kommittenten unverzüglich zu benachrichtigen (§ 388 Abs. 1). Er muß ferner das Gut gehörig aufbewahren und ist für den Verlust und die Beschädigung des in seiner Verwahrung befindlichen Gutes verantwortlich, wenn er nicht nachweist,

daß die verursachenden Umstände durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns nicht abgewendet werden konnten; zu versichern braucht er nur auf Grund besonderer Weisung (§ 390).

Der Kommissionär kann sich aber, wenn der Kommittent, obwohl nach Lage der Sache dazu verpflichtet, über das Gut zu verfügen unterläßt, durch Hinterlegung oder Selbsthilfeverkauf von der Aufbewahrung befreien (§ 389). Zum Selbsthilfeverkauf kann er auch schreiten, wenn das Gut dem Verderben ausgesetzt oder infolge späterer Veränderung mit Entwertung bedroht ist und es entweder an Zeit zur Befragung des Kommittenten mangelt oder der Kommittent mit Erteilung einer Verfügung säumig ist (§ 388 Abs. 2). Endlich wird bei der Einkaufskommission, falls sie auch auf seiten des Kommittenten Handelsgeschäft ist, die Verantwortlichkeit des Kommissionärs für Mängel des Gutes dadurch ermäßigt, daß der Kommittent ihm gegenüber hinsichtlich des abgelieferten Gutes die gleiche Prüfungs- und Rügepflicht und im Falle der Beanstandung die gleiche Aufbewahrungspflicht wie der Käufer bei beiderseitigem Handelskaufe hat; nur verliert der Kommittent durch Verspätung der Mängelanzeige nicht das Recht auf Abtretung der Rechte des Kommissionärs gegen den dritten Verkäufer (§ 391).

c) Kreditein stand. Der Kommissionär haftet an sich nur für sorgfältige Auswahl des Dritten, mit dem er für Rechnung des Kommittenten abschließt, nicht für gehörige Erfüllung. Doch haftet er stets für die Erfüllung, wenn er nicht zugleich mit der Ausführungsanzeige den Dritten namhaft macht (§ 384 Abs. 3). Er muß ferner für Erfüllung insoweit einstehen, als dies von ihm übernommen oder am Orte seiner Niederlassung handelsgebräuchlich ist, kann dann aber eine besondere Delkredereprovision beanspruchen (§ 394). Weiter kreditiert er, wenn er dem Dritten Kredit gewährt, ohne durch Weisung oder Handelsgebrauch dazu ermächtigt zu sein, auf eigene Gefahr; bei der Verkaufskommission muß er den unbefugt gestundeten Kaufpreis sofort als Schuldner zahlen, jedoch mit Abzug dessen, was bei Barverkauf innerhalb der Preisgrenze weniger zu erzielen gewesen wäre (§ 393). Endlich muß er, wenn er als Einkaufskommissionär einen Wechsel indossiert, ihn regelmäßig und ohne Vorbehalt indossieren, also die Wechselschuld mitübernehmen (§ 395).

5. Rechte des Kommissionärs. Der Kommissionär hat Anspruch auf die bedungene oder übliche Provision. Die Provision ist erst verdient, wenn das Geschäft zur Ausführung gekommen ist; kommt es nicht zur Ausführung, so kann der Kommissionär, wenn dies dem Ortsgebrauch entspricht, eine Auslieferungsprovision (meist die Hälfte) fordern; unterbleibt die Ausführung lediglich aus einem in der Person des Kommittenten liegenden Grunde, so hat der Kommissionär einen gesetzlichen Anspruch auf die volle Provision (§ 396 Abs. 1). Außer der Provision kann der Kommissionär Ersatz für seine Aufwendungen einschließlich der Vergütung für die Benutzung eigener Lagerräume und Beförderungsmittel verlangen (§ 396 Abs. 2).

Der Kommissionär hat am Kommissionsgute, sofern er es im Besitz hat, ein gesetzliches Pfandrecht wegen der Provision und der Kosten, der auf das Gut geleisteten Vorschüsse und Darlehen, der mit Rücksicht auf das Gut eingegangenen Verbindlichkeiten und aller Forderungen aus laufender Rechnung in Kommissionsgeschäften (§ 397). Steht das Gut in seinem Eigentum, so hat er zwar kein Pfandrecht, kann sich aber aus dem Gut nach Pfandrechtsregeln befriedigen (§ 398). Ebenso kann er aus den für Rechnung des Kommittenten erworbenen Forderungen sich vor dem Kommittenten und dessen Gläubigern befriedigen (§ 399).

6. Selbsteintritt. In der Kommission zum Einkauf oder Verkauf von Waren oder Wertpapieren mit Markt- oder Börsenpreis — bei Wertpapieren jedoch nur, wenn eine amtliche Preisfeststellung stattfindet — liegt die Ermächtigung des Kommissionärs zum Selbsteintritt. Der Kommissionär kann daher, wenn der Kommittent nicht ein anderes bestimmt hat, die Kommission dadurch ausführen, daß er selbst als Verkäufer liefert oder als Käufer übernimmt (§ 400 Abs. 1). Da die Regelung dieses Selbsteintrittsrechtes, das tatsächlich fast immer ausgeübt war, durch Art. 376 des alten H.G.B.

sich als unzureichend erwies, ersetzte ihn das Börsengesetz durch neue Bestimmungen (§§ 70—74), die ziemlich unverändert in das neue H.G.B. übergegangen sind.

Die Ausübung des Selbsteintrittsrechts muß durch eine ausdrückliche Erklärung des Kommissionärs erfolgen, die spätestens mit der Ausführungsanzeige abzugeben ist; eine Ausführungsanzeige ohne solche Erklärung gilt als Mitteilung, daß der Abschluß mit einem Dritten erfolgt sei; jede Vereinbarung, die eine spätere Entscheidung des Kommissionärs zuläßt, ist nichtig (§ 405 Abs. 1—2). Geht dem Kommissionär ein Widerruf des Kommittenten zu, bevor er die Ausführungsanzeige zur Absendung abgegeben hat, so kann er zwar noch den bereits erfolgten Abschluß mit einem Dritten geltendmachen, das Selbsteintrittsrecht aber nicht mehr ausüben (§ 405 Abs. 3).

Die Wirkung des Selbsteintritts ist, daß der Kommissionär dem Kommittenten als Verkäufer oder Käufer gegenübertritt, gerade dies aber als Ausführung der Kommission gilt. Abweichende Konstruktionsversuche, die entweder reine Kommission annahmen, indem sie einen Kaufvertrag des Kommissionärs mit sich selbst erdichteten, oder ein reines Kaufgeschäft auf Grund einer Eventualofferte oder einer Alternativobligation oder eines bedingten Vertrages zu stande kommen ließen, das an Stelle der Kommission träte, sind jetzt schon durch den Wortlaut des Gesetzes ausgeschlossen. Demgemäß kann der Kommissionär den zur Zeit der Ausführung bestehenden Markt- oder Börsenpreis in Rechnung stellen, gleichwohl aber Provision und die bei Kommissionsgeschäften gewöhnlichen Unkosten (z. B. Courtage, Porto) berechnen und die pfandrechtliche Sicherung geltendmachen (§§ 403—404). Für die Preisberechnung gelten vertragsmäßig unabänderliche Regeln zum Schutze des Kommittenten gegen Übervorteilung (§§ 400—402). Als Zeit der Ausführung gilt der Zeitpunkt, in dem die Ausführungsanzeige zur Absendung abgegeben ist. Geschieht dies bei einer während der Börsen- oder Marktzeit auszuführenden Kommission erst nach Schluß der Börse oder des Marktes, so darf kein ungünstigerer Preis als der Schlußpreis berechnet werden. Ist Ausführung zu einem bestimmten Kurse aufgegeben, so ist dieser maßgebend (z. B. „erster Kurs", „Mittelkurs", „Schlußkurs"). Soweit amtliche Preisfeststellung stattfindet, darf nie ein ungünstigerer Preis als der amtlich festgestellte berechnet werden. Auch innerhalb dieser Grenzen darf der Kommissionär keinen „Kursschnitt" machen, muß vielmehr, wenn er bei pflichtmäßiger Sorgfalt die Kommission zu einem günstigeren Preise ausführen konnte, diesen berechnen und darf namentlich, wenn er aus Anlaß der Kommission an der Börse oder am Markte ein Geschäft mit einem Dritten abgeschlossen hat, keinen ungünstigeren als den hierbei vereinbarten Preis zu Grunde legen.

Literatur: Grünhut, Das Recht des Kommissionshandels, 1874; v. Endemann III §§ 312 ff. v. Hahn, Z. f. H.R. XXIX 1 ff. H. Jacoby, Das Recht der Bank- und Waarenkommission, 1891. S. Levin, Das Kommissionsgeschäft im Hansagebiet, 1897. A. Endemann, Das Börsenkommissionsgeschäft im Effektenhandel, 1890. Cosack § 43. — E. Jung, Eigenthumsübergang beim Kommissionseinkauf, 1890. A. Langen, Eigenthumserwerb und Verlust bei K.G., 1900. — R. Lepa, Die Lehre vom Selbsteintritt des Kommissionärs, 1883. P. Abraham, Ueber den Eintritt des Kommissionärs als Selbstkontrahent, 1884. Schaps, Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs, 1887. Eschenbach, Z. f. H.R. XLI 1 ff. Salmann, ebenda S. 377 ff. Sieveking, ebenda XLIV 1 ff. J. Breit, Das Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs, 1899.

§ 83. Speditionsgeschäft.

1. Begriff. Speditionsgeschäft ist die entgeltliche Besorgung von Güterversendung in eigenem Namen für fremde Rechnung. Wer gewerbsmäßig eine derartige Besorgung von Güterversendungen durch Frachtführer oder Verfrachter übernimmt, ist Spediteur und damit Kaufmann (§ 407 Abs. 1). Die handelsrechtlichen Regeln gelten aber auch für gelegentliche Speditionsgeschäfte eines anderen Kaufmanns (§ 415). Das Speditionsgeschäft ist eine Unterart des Kommissionsgeschäfts; es unterscheidet sich von der bloßen Vermittlung von Frachtgeschäften (Frachtmäkelei) wie von der Übernahme der Ausführung der Güterbeförderung (Frachtgeschäft).

2. Pflichten des Spediteurs. Der Spediteur hat die Versendung, insbesondere die Wahl der Frachtführer, Verfrachter und Zwischenspediteure, mit der Sorg-

falt eines ordentlichen Kaufmanns unter Wahrung der Interessen und Befolgung der Weisungen des Versenders auszuführen (§ 408 Abs. 1). Im übrigen, namentlich in Bezug auf Empfang und Bewahrung des Gutes, hat er die Pflichten des Kommissionärs (§ 407 Abs. 2).

3. Rechte des Spediteurs. Der Spediteur hat die Rechte des Kommissionärs. Er darf keine höhere als die bedungene Fracht anrechnen (§ 408 Abs. 2). Seine Provision ist verdient, wenn er das Gut zur Beförderung weitergegeben hat (§ 409). Sein Pfandrecht erstreckt sich nur auf konnexe Forderungen (§ 410). Bedient er sich eines Zwischenspediteurs, so hat dieser zugleich Forderung und Pfandrecht des Vormanns auszuüben; soweit der Vormann (Spediteur oder Frachtführer) vom Nachmann befriedigt ist (Spesennachnahme), gehen die Forderung und das Pfandrecht des Vormanns auf den Nachmann über (§ 411).

4. Selbsteintritt. Der Spediteur hat mangels anderer Abrede das Recht der Selbstausführung der Beförderung; er hat dann zugleich die Rechte und Pflichten eines Frachtführers oder Verfrachters, kann aber außer der gewöhnlichen Fracht auch Provision und die bei Speditionsgeschäften sonst regelmäßig vorkommenden Kosten in Rechnung stellen (§ 412).

5. Speditionsunternehmen. Wenn der Spediteur sich mit dem Versender über einen bestimmten Satz der Beförderungskosten einigt („Spedition mit fixen Spesen"), hat er ausschließlich die Rechte und Pflichten eines Frachtführers (§ 413 Abs. 1; anders früher § 384). Gleiches gilt auch ohne solche Einigung, wenn der Spediteur die Güter mehrerer Versender auf Grund eines für eigene Rechnung geschlossenen Frachtvertrages zusammen als „Sammelladung" versendet; er kann dann nur eine den Umständen angemessene Fracht, höchstens aber die für die Einzelbeförderung gewöhnliche Fracht fordern (§ 413 Abs. 2).

6. Verjährung. Die Ansprüche gegen den Spediteur verjähren in einem Jahre; die Verjährung der Ansprüche wegen Beschädigung oder Minderung des Gutes beginnt mit dem Ablaufe des Ablieferungstages, die der Ansprüche wegen Verlustes oder Verspätung mit dem Ablaufe des Tages, an dem die Ablieferung hätte bewirkt sein müssen. Die Verjährungsfrist kann durch Vertrag verlängert werden. Auch die Aufrechnung mit den verjährten Ansprüchen ist nur zulässig, wenn vor der Vollendung der Verjährung eine Anzeige an den Spediteur abgesandt (oder gerichtliche Beweisaufnahme beantragt oder dem Spediteur der Streit verkündigt) ist. Im Falle vorsätzlicher Herbeiführung des Schadens fällt das Verjährungsprivileg weg. (Vgl. § 414).

Literatur: Wengler, Beiträge zur Lehre vom Speditionsgeschäft, 1860. Grünhut, Kommissionshandel S. 524 ff.; b. Endemann III §§ 331 ff. Burchard, Das Recht der Spediteure, 1894. Cosack §§ 95—96.

§ 84. Lagergeschäft. Wer gewerbsmäßig die Lagerung und Aufbewahrung von Gütern übernimmt, ist Lagerhalter und damit Kaufmann. Der von ihm geschlossene Verwahrungsvertrag unterliegt als „Lagergeschäft" besonderen handelsrechtlichen Vorschriften, die auf die Verwahrungsverträge anderer Kaufleute keine Anwendung finden (§§ 416—424).

Der Lagerhalter hat in Ansehung der Empfangnahme, Aufbewahrung und Versicherung des Gutes gleiche Rechte und Pflichten wie ein Kommissionär oder Spediteur; von nachteiligen Veränderungen hat er den Einlagerer unverzüglich zu benachrichtigen. Er muß dem Einlagerer während der Geschäftsstunden Besichtigung, Entnahme von Proben und die zur Erhaltung des Gutes erforderlichen Handlungen (z. B. Schaufeln des Getreides) gestatten. Zur Vermischung vertretbarer Sachen mit anderen Sachen gleicher Art und Güte (z. B. Getreide) ist er nur im Falle ausdrücklicher Gestattung befugt; er wird auch dann nicht Eigentümer, sondern nur Verwalter eines für die Einlagerer entstehenden Miteigentums nach Bruchteilen, das er durch Ausantwortung der dem Anteil eines Einlagerers entsprechenden Menge vom Gesamtvorrat ohne Einwilligung der übrigen Teilhaber aufteilen kann. Ist Eigentumsübergang auf den Einlagerer verabredet, so liegt kein Lagergeschäft vor.

Der Lagerhalter kann als Lagerkosten das bedungene oder ortsübliche Lagergeld und die Erstattung von Auslagen und Aufwendungen verlangen; die baren Auslagen sofort, das andere nach Ablauf von je drei Monaten seit der Einlieferung oder bei früherer Rücknahme. Wegen der Lagerkosten hat er ein gesetzliches Pfandrecht am Lagergut.

Die Rücknahme des Gutes kann er nicht vor Ablauf der bedungenen Lagerzeit oder mangels einer solchen von drei Monaten, im letzteren Falle und bei stillschweigender Verlängerung über die Lagerzeit nur nach vorgängiger einmonatiger Kündigung verlangen. Doch kann er aus einem wichtigen Grunde auf vorzeitiger Rücknahme bestehen.

Die Ansprüche gegen den Lagerhalter verjähren in gleicher Weise wie die Ansprüche gegen den Spediteur; im Falle des gänzlichen Verlustes wird hier die Verjährung erst durch die Anzeige an den Einlagerer in Lauf gesetzt.

Über den Lagerschein (Warrant) bestimmt das H.G.B. nur, daß er kraft staatlicher Ermächtigung als Orderpapier ausgestellt werden kann und dann zugleich Traditionspapier ist (oben § 69 Z. 1 b u. Z. 2). Im übrigen ist die Regelung der Landesgesetzgebung überlassen (E.G. Art. 16). Diese kann namentlich auch, wie dies in Bremen und Elsaß-Lothringen der Fall ist, neben dem Orderlagerschein einen Lagerpfandschein, der lediglich der Verpfändung dient, zulassen („Zweischeinsystem").

Literatur: G. Cohn b. Endemann III 904 ff. K. Adler, Oesterreichisches Lagerhausrecht, 1892. F. Levy, Das Lagergeschäft, 1895. Simonson, Z. f. H.R. XLV 550 ff. F. Hecht, Die Warrants, 1884. J. A. Levy, Der Warrant, 1890. Cosack §§ 101—102. O. Goldberg, Das deutsche Lagerhausgeschäft u. Lagerhausrecht, 1902. A. v. Kostanecki, Der Lagerschein als Traditionspapier, 1902.

§ 85. Frachtgeschäft.

1. Begriff. Die entgeltliche Übernahme der Ausführung einer Beförderung, nach bürgerlichem Recht ein Werkvertrag, unterliegt als „Frachtgeschäft" einer besonderen handelsrechtlichen Ordnung, wenn sie entweder handelsgeschäftliche Güterbeförderung zu Lande oder auf Flüssen oder sonstigen Binnengewässern ist oder zu den Frachtgeschäften des Seehandels gehört. In beiden Fällen gilt verschiedenes Recht. Hier ist nur vom Frachtgeschäft außerhalb des Seerechts zu handeln.

Dieses umfaßt nur die Beförderung von Gütern (zu denen auch Briefe gehören), nicht die Personenbeförderung. Wer es gewerbsmäßig übernimmt, die Güterbeförderung auszuführen, ist Frachtführer und damit Kaufmann (§ 425). Für die Frachtgeschäfte der Frachtführer gelten die Vorschriften des sechsten Abschnittes des dritten Buches des H.G.B. Sie sind aber auch anwendbar, wenn ein anderer Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes die Ausführung einer Güterbeförderung übernimmt (§ 451). Dagegen gelten sie nicht für die Güterbeförderung durch die Reichs- und Staatspost (§ 452). Sie werden ferner durch ein umfassendes Sonderrecht für die Eisenbahnen (im siebenten Abschnitt) abgewandelt (unten § 86). Endlich sind sie nur zum Teil auf das Frachtgeschäft zur Beförderung von Gütern auf Flüssen und sonstigen Binnengewässern anwendbar, das im übrigen durch das Binnenschiffahrtsgesetz (§§ 26—77) unter Annäherung an das Frachtgeschäft des Seehandels geregelt ist (unten § 94 Z. 2 S. 1018).

2. Abschluß. Das Frachtgeschäft wird zwischen dem Frachtführer und dem Absender geschlossen. Der Absender kann zugleich der Empfänger sein; anderenfalls ist der Empfänger eine dritte Person, an die abzuliefern der Frachtführer dem Absender verspricht. Der Vertrag ist formfrei, der Frachtführer kann aber vom Absender die Ausstellung eines Frachtbriefes mit gehörigem Inhalt verlangen, für dessen Richtigkeit und Vollständigkeit ihm dieser haftet (§ 426).

3. Verbindlichkeiten des Frachtführers.

a) Ausführung der Beförderung. Der Frachtführer muß die Beförderungsmittel beschaffen, das Gut in Empfang nehmen und es gehörig verladen. Dagegen ist es Sache des Absenders, das Gut gehörig zu verpacken und die nach Zoll-, Steuer- oder Polizeivorschriften erforderlichen Begleitpapiere zu beschaffen (§ 427). Er muß sodann rechtzeitig in der bedungenen, ortsüblichen oder angemessenen Frist die Reise antreten und vollenden. Wird der Antritt oder die Fortsetzung der Reise ohne Verschulden des

Absenders zeitweilig verhindert, so kann der Absender zurücktreten, muß aber den Frachtführer, falls auch dieser schuldlos ist, für bereits gemachte Leistungen nach Ortsgebrauch oder angemessen entschädigen (§ 428).

Nach Binnenschiffahrtsrecht gilt ein umfassendes Sonderrecht, das sich an die seerechtlichen Institute anlehnt (vgl. unten S. 1018).

b) Bewahrung und Ablieferung des Frachtguts. Der Frachtführer haftet für den Schaden, der durch Verlust oder Beschädigung des Gutes in der Zeit von der Annahme bis zur Ablieferung oder durch Versäumung der Lieferzeit entsteht. Während er aber nach früherem Recht (Art. 395) für Verlust und Beschädigung auch durch zufällige Ereignisse bis an die Grenze höherer Gewalt (vis maior) einstehen mußte, kann er nach geltendem Recht sich durch den Nachweis befreien, daß der Schade durch Umstände verursacht ist, die durch die Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers nicht abgewendet werden konnten (§ 429 Abs. 1, B.Sch.G. § 58 Abs. 1—2 u. § 62 Abs. 1). Für Verlust oder Beschädigung von Kostbarkeiten, Kunstgegenständen, Geld und Wertpapieren haftet er überhaupt nur, wenn ihm die Beschaffenheit oder der Wert des Gutes bei der Übergabe angegeben ist (§ 429 Abs. 2, B.Sch.G. § 58 Abs. 3). Nach Binnenschiffahrtsrecht haftet er überdies nicht für den Schaden aus gewissen besonderen Gefahren, denen das Gut nach Vereinbarung oder kraft seiner natürlichen Beschaffenheit ausgesetzt ist, und im Falle einer für gewisse Güter getroffenen Bestimmung der Staatsbehörde oder des Bundesrats für ein Mindergewicht oder Mindermaß bis zu 1/2 v. H., falls ihm nicht ein Verschulden nachgewiesen wird (B.Sch.G. §§ 59—60).

Die Haftung für Verlust oder Beschädigung ist dem Umfange nach dadurch beschränkt, daß der Frachtführer bei Verlust nur den gemeinen Handelswert oder sonstigen gemeinen Wert, den das Gut am Lieferungsorte zur Lieferungszeit gehabt hätte, bei Beschädigung den Unterschied zwischen diesem Wert und dem noch vorhandenen Verkaufswert, in beiden Fällen abzüglich der Ersparnisse an Fracht, Zöllen und sonstigen Kosten, zu ersetzen braucht; nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit haftet er für den vollen Schaden (§ 430).

c) Haftung für fremdes Verschulden. Der Frachtführer haftet für das Verschulden seiner Leute und sonstiger Hilfspersonen in gleichem Umfange wie für eigenes Verschulden (§ 431).

d) Haftung bei einer Kette von Frachtführern. Im Falle der Weitergabe des Gutes an einen anderen Frachtführer bleibt der ursprüngliche Frachtführer für die Erfüllung des Frachtvertrages bis zur Ablieferung verhaftet; zugleich aber tritt mit Annahme des Gutes mit dem ursprünglichen Frachtbriefe der nachfolgende Frachtführer in den Frachtvertrag ein und wird selbständig nach Maßgabe des Frachtbriefes verpflichtet; muß ein beteiligter Frachtführer Schadensersatz leisten, so hat er den Rückgriff gegen den schuldigen Frachtführer; ist dieser nicht zu ermitteln, so wird der Schade nach Verhältnis der Fracht verteilt, soweit nicht festgestellt wird, daß er auf der Beförderungsstrecke eines Frachtführers nicht eingetreten ist (§ 432).

e) Verjährung. Die Ansprüche gegen den Frachtführer aus Verlust, Beschädigung oder Verspätung (abgesehen von den Regreßansprüchen der Frachtführer untereinander) verjähren in gleicher Frist wie die Ansprüche gegen den Spediteur (§ 439).

4. Rechte des Frachtführers.

a) Fracht und Spesen. Der Frachtführer hat Anspruch auf Zahlung der Fracht, Erstattung von Auslagen (Zöllen, Verwendungen, Vorschüssen u. s. w.) und Ersatz der vom Absender verschuldeten Schäden (z. B. aus mangelhafter Verpackung oder unrichtigen Begleitpapieren); Fracht und Spesen pflegen auf dem Frachtbriefe vermerkt zu werden. — Nach Binnenschiffahrtsrecht gelten besondere Regeln für die Berechnung der Fracht (§ 63), die für verlorene Güter zu zahlende Fracht (Distanzfracht bei Verlust durch Unfall auf der Reise, volle Fracht bei Verlust oder Minderung von Gütern infolge ihrer natürlichen Beschaffenheit und beim Tode von Tieren, §§ 64—65) und die Abgrenzung zwischen den vom Frachtführer zu tragenden Unkosten der Schiffahrt und den die Ladungsbeteiligten treffenden Kosten (§ 66).

b) Recht auf Abnahme. Der Frachtführer hat ein Recht auf Abnahme des Gutes durch den Empfänger gegen Zahlung von Fracht und Spesen. Nach Binnenschiffahrtsrecht gelten dabei dem Seerecht nachgebildete Regeln über Löschbereitschaft und Wartezeit (§§ 46—57).

Erfolgt die Abnahme nicht, weil der Empfänger nicht zu ermitteln ist oder die Abnahme verweigert oder sonst ein Ablieferungshindernis besteht, so hat der Frachtführer unverzüglich den Absender zu benachrichtigen und dessen Weisung einzuholen; ist dies nicht tunlich oder der Absender säumig oder seine Weisung nicht ausführbar, so kann der Frachtführer das Gut hinterlegen oder, wenn es dem Verderben ausgesetzt und Gefahr im Verzuge ist, nach den Regeln über Selbsthilfeverkauf verkaufen lassen (§ 437; ähnlich B.Sch.G. § 52).

Erfolgt die Abnahme unter Bezahlung von Fracht und Spesen, so sind alle Ansprüche aus dem Frachtvertrage gegen den Frachtführer erloschen (§ 438 Abs. 1; ebenso nach B.Sch.G. § 62 Abs. 2—3 die Ansprüche wegen Verspätung und sonstige Ansprüche außer denen wegen Minderung und Beschädigung, die hier nach § 61 durch bloße Abnahme erlöschen). Doch können die Ansprüche wegen Minderung oder Beschädigung durch amtliche Sachverständigenfeststellung vor der Annahme des Gutes gewahrt werden (§ 438 Abs. 2, B.Sch.G. § 61 Abs. 1). Ferner werden die Ansprüche wegen äußerlich nicht erkennbarer Mängel, falls sie binnen einer Woche nach der Annahme entdeckt sind, durch unverzügliche Feststellung innerhalb dieser Frist (oder Anzeige in der Frist und unverzügliche Feststellung nach Ablauf der Antwortfrist) erhalten; doch muß dann die Entstehung des Mangels zwischen Empfangnahme durch den Frachtführer und Ablieferung bewiesen werden (§ 438 Abs. 3, B.Sch.G. § 61 Abs. 2). Endlich tritt die Befreiung des Frachtführers nicht ein, wenn er den Schaden vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt hat (§ 438 Abs. 5, B.Sch.G. § 61 Abs. 4, § 62 Abs. 2—3).

c) Pfandrecht. Der Frachtführer hat wegen aller Forderungen aus dem Frachtgeschäft ein gesetzliches Pfandrecht am Frachtgut; das Pfandrecht besteht, solange der Frachtführer besitzt, dauert aber noch nach der Ablieferung fort, sofern der Frachtführer es binnen drei Tagen gerichtlich geltendmacht und der Empfänger das Gut noch besitzt (§ 440).

d) Bei einer Kette von Frachtführern, der sich auch Spediteure eingliedern, hat mangels anderer Bestimmung im Frachtbriefe der letzte Frachtführer bei der Ablieferung zugleich Forderungen und Pfandrechte aller Vormänner geltendzumachen; soweit ein Vormann von dem Nachmann befriedigt ist (Spesennachnahme), geht Forderung und Pfandrecht über (§ 441). Der Frachtführer, der das Gut ohne Bezahlung abliefert und das Pfandrecht nicht binnen drei Tagen gerichtlich geltendmacht, ist den Vormännern verantwortlich; er und alle anderen Nachmänner verlieren das Rückgriffsrecht; die Pfandrechte der Vormänner sind zugleich mit dem Pfandrecht des letzten Frachtführers erloschen; dagegen bleiben die Forderungen gegen den Empfänger in Kraft (§ 442).

5. Eintritt des Empfängers in das Rechtsverhältnis. Das innere Rechtsverhältnis zwischen dem Absender und dem Empfänger kann sehr verschieden geartet sein. Hiernach bestimmen sich der Übergang des Eigentums und die Tragung der Gefahr. Dem Frachtführer gegenüber ist dies bedeutungslos. Dagegen tritt im Laufe der Transportentwicklung nach Maßgabe der äußeren Schicksale von Frachtgut und Frachtbrief der Empfänger dem Frachtführer gegenüber allmählich in die Stellung des Transportherrn ein (§§ 433—436). Die Grundlage hierfür bildet das im Frachtvertrage gegebene und empfangene Versprechen der Leistung an einen Dritten. Frachtgut und Frachtbrief aber erscheinen dabei als Vehikel des Rechtsverhältnisses, das sie zum Empfänger hinübertragen. Der Frachtbrief, der an sich nur Beweisurkunde ist, entfaltet hiermit wertpapiermäßige Funktionen. Die einzelnen Regeln sind:

a) Zunächst steht das Verfügungsrecht über das Frachtgut dem Absender zu, der daher den Frachtführer bindend anweisen kann, das Gut anzuhalten, zurückzugeben oder einem anderen als dem Empfänger auszuhändigen (stoppage in transitu, droit de suite) er muß nur die Mehrkosten tragen. Dieses Verfügungsrecht erlischt aber, wenn das

Gut am Lieferungsort angekommen und entweder der Frachtbrief übergeben oder vom Empfänger Klage erhoben ist.

b) Daneben kann schon vor der Ankunft des Guts der Empfänger dem Frachtführer bindende Anweisungen wegen Sicherstellung des Guts erteilen; Auslieferung kann er nur mit Ermächtigung des Absenders fordern.

c) Mit der Ankunft des Gutes erlangt der Empfänger das Recht, alle Rechte aus dem Frachtvertrage, insbesondere den Anspruch auf Übergabe des Frachtbriefes und Auslieferung des Guts, in eignem Namen gegen den Frachtführer geltendzumachen; doch verliert er dies Recht durch eine (nach der Regel zu a) noch zulässige entgegenstehende Anweisung des Absenders.

d) Ist nach der Ankunft des Gutes der Frachtbrief übergeben oder Klage erhoben, so hat nur noch der Empfänger ein Verfügungsrecht; der Frachtführer macht sich ihm haftbar, wenn er noch eine Anweisung des Absenders befolgt.

e) Durch die Annahme von Frachtgut und Frachtbrief tritt der Empfänger auch in die Pflichten aus dem Frachtvertrage nach Maßgabe des Frachtbriefes ein. Der Frachtführer kann sich an ihn halten, behält aber zugleich den Anspruch gegen den Empfänger.

6. Ladeschein. Der Frachtführer kann einen Ladeschein ausstellen (§ 444); nach Binnenschiffahrtsrecht ist er auf ein vor Beginn der Verladung gestelltes Verlangen dazu verpflichtet (B.Sch.G. § 72 Abs. 1). Ladescheine sind nur im Binnenschiffahrtsverkehr üblich.

Der Ladeschein ist ein Wertpapier, in dem sich der Frachtführer zur Auslieferung des Gutes an den legitimierten Besitzer des Papiers verpflichtet. Er hat die wesentlichen Punkte des Frachtvertrages zu enthalten (nach Binnenschiffahrtsrecht auch die Bezeichnung des Schiffs) und muß vom Frachtführer unterzeichnet sein; die Ausstellung kann an Order erfolgen, auch ohne Nennung eines Empfängers schlechthin an Order, worunter dann die Order des Absenders zu verstehen ist; lautet er an die Order einer Person, die am Ablieferungsort weder Wohnsitz noch Niederlassung hat, so kann nach Binnenschiffahrtsrecht der Frachtführer die Bezeichnung einer Meldeadresse im Ladeschein verlangen (§ 445 Abs. 1—2, B.Sch.G. § 72 Abs. 2—3). Der Frachtführer hat Anspruch auf eine vom Absender unterschriebene Abschrift (§ 445 Abs. 3).

Der Ladeschein ist als skripturrechtlicher Verpflichtungsschein für das Rechtsverhältnis zwischen Frachtführer und Empfänger entscheidend; Bestimmungen des Frachtvertrages, die nicht in den Ladeschein aufgenommen oder in ihm in Bezug genommen sind, sind dem Empfänger gegenüber unwirksam; dagegen entscheidet zwischen Frachtführer und Absender der Frachtvertrag (§ 446). Mit der Übernahme des Gutes auf Grund des Ladescheins treten auch die nachfolgenden Frachtführer in die skripturrechtliche Verpflichtung ein (§ 449). Näher geregelt und zum Teil erheblich abgeschwächt ist die Haftung des Frachtführers aus dem Ladeschein des Binnenschiffahrtsrechts (B.Sch.G. §§ 73—76). Der Frachtführer muß hier die Richtigkeit der im Ladeschein enthaltenen Bezeichnung der Zahl, des Maßes oder des Gewichtes der verladenen Güter vertreten, wenn er sich nicht durch den Zusatz „Zahl, Maß, Gewicht unbekannt" oder ähnlich geschützt hat; und er darf diesen Zusatz nicht machen, wenn der Absender bereit ist, die Zuzählung, Zumessung oder Zuwägung auf seine Kosten vorzunehmen. Dagegen haftet er für die richtige Bezeichnung der Güter selbst nur, wenn er nicht nachweist, daß die Unrichtigkeit bei Anwendung der Sorgfalt eines „gewöhnlichen" Frachtführers nicht erkennbar war, ja, bei Gütern, die ihm laut Ladeschein verpackt oder in geschlossenen Gefäßen übergeben sind, in Ansehung des Inhalts nur dann, wenn ihm böswillige Handlungsweise nachgewiesen wird. Auch beschränkt sich, von dem Falle böslicher Handlungsweise abgesehen, seine Ersatzpflicht auf Grund der Nichtübereinstimmung der Güter mit den Angaben des Ladescheins auf den sich aus dem Unterschiede ergebenden Minderwert. Übernimmt er Güter, deren Beschädigung, schlechte Beschaffenheit oder mangelhafte Verpackung bei der Verladung äußerlich erkennbar ist, so hat er den Mangel im Ladeschein zu vermerken, widrigenfalls er dem Empfänger für den Minderwert verantwortlich ist.

Der Ladeschein ist ferner ein Warenpapier, das den Anspruch auf Herausgabe des Frachtguts verkörpert. Daher ist zum Empfange des Gutes der und nur der legitimiert, den der Ladeschein oder das Indossament dazu beruft; er hat hier schon vor der Ankunft des Gutes das sonst dem Absender zustehende Verfügungsrecht, während der Frachtführer einer Verfügung des Absenders ohne Rückgabe des Ladescheines nicht Folge leisten darf, widrigenfalls er dem rechtmäßigen Papierbesitzer für das Gut haftet (§ 447). Daher braucht ferner der Frachtführer nur gegen Rückgabe des Ladescheins und Empfangsbescheinigung auf demselben zu liefern (§ 448). Daher vertritt endlich die Übergabe des Ladescheins auch sachenrechtlich die Übergabe des Guts (oben § 70 Z. 2 S. 977).

Literatur: Thöl, Handelsrecht III. Schott b. Endemann III 289 ff. Eger, Das deutsche Frachtrecht, 3 Bde., 1888 ff. Pappenheim, Transportgeschäft nach dem Entw. eines H.G.B., 1896. Jaffé, Der Briefbeförderungsvertrag, 1897. Cosack §§ 85 ff.

§ 86. Beförderung von Gütern und Personen auf den Eisenbahnen.

1. Überhaupt. Die Beförderung von Gütern auf den Eisenbahnen ist als Frachtgeschäft den Vorschriften des H.G.B. unterworfen; wenn es sich aber um eine Eisenbahn handelt, die dem öffentlichen Güterverkehr dient, gelten vielfach abweichende Rechtssätze. Schon das alte H.G.B. schränkte durch eine Reihe von Sonderbestimmungen (Art. 422—431) beim Eisenbahnfrachtgeschäft die Vertragsfreiheit ein. Das neue H.G.B. schafft ein umfassendes Sonderrecht und bestimmt allgemein, daß die durch das Frachtrecht überhaupt und das Eisenbahnfrachtrecht insbesondere den Eisenbahnen auferlegten gesetzlichen Verpflichtungen vertragsmäßig nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden können (§ 471).

Das Eisenbahnfrachtrecht des H.G.B. wird durch die Eisenbahnverkehrsordnung ergänzt (§ 454). Darunter ist die auf Grund der deutsch. Reichsverf. Art. 45—46 vom Bundesrat und in übereinstimmendem Wortlaut für Bayern vom Könige erlassene „Verkehrsordnung" zu verstehen, die zuerst i. J. 1874 unter dem Namen „Betriebsreglement" verkündigt, dann i. J. 1892 zur „Verkehrsordnung" umgestaltet und unterm 26. Okt. 1899 (für Bayern 16. Dez. 1899) in neuer Fassung veröffentlicht ist. Unter der Herrschaft des alten H.G.B. war sie nur eine Verwaltungsverordnung, nach der sich die Eisenbahnen bei ihren Vertragsschlüssen richten sollten; ihr Inhalt wurde also für die einzelnen Frachtgeschäfte erst durch stillschweigende Aufnahme in den Parteiwillen wirksam. Dagegen legt ihr das neue H.G.B. die Kraft einer Rechtsverordnung bei. Die Rechtsgültigkeit dieser Umwandlung wird freilich von Laband bestritten, weil es an einer gehörigen Begründung der Verordnungskompetenz fehle. Da aber das Gesetz deutlich den Willen zu erkennen gibt, daß die innerhalb der von ihm gezogenen Schranken gemäß der bisherigen Übung von den dazu berufenen Organen unter der Bezeichnung „Verkehrsordnung" gegebenen Bestimmungen als Rechtsnormen gelten sollen, so ist dieser Erfolg auch eingetreten. Die Vorschriften der Verkehrsordnung sind daher, soweit sie dem Gesetz nicht widersprechen, allseitig bindende Rechtssätze. Die gesetzlichen Verpflichtungen der Eisenbahnen können durch die Verkehrsordnung nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden; die Sätze der Verkehrsordnung selbst sind schlechthin (also auch in Ansehung der Rechte der Eisenbahnen) zwingendes, der vertragsmäßigen Abänderung entzogenes Recht (§ 471).

Ein dem Handelsgesetzbuch vorgehendes Gesetzesrecht gilt für den internationalen Eisenbahnfrachtverkehr zwischen Deutschland, Österreich-Ungarn, Belgien, Frankreich, Italien, den Niederlanden, Rußland und der Schweiz auf Grund des Berner Vertrages v. 14. Okt. 1890. Inhaltlich stimmt es, da das neue H.G.B. und die neue Verkehrsordnung sich ihm vielfach angepaßt haben, in der Hauptsache mit dem für den inneren Verkehr geltenden Recht überein.

Das neue H.G.B. regelt im Gegensatz zum alten H.G.B., wie die aus diesem Grunde geänderte Überschrift des Abschnitts anzeigt, auch die nicht zu den Frachtgeschäften gehörige Personenbeförderung auf den Eisenbahnen. Diese Regelung besteht aber lediglich in einer Verweisung auf die Verkehrsordnung (§ 472). Somit

sind hier ausschließlich die in der Verkehrsordnung enthaltenen Rechtssätze (§§ 6, 10—29) maßgebend.

2. Beförderungspflicht. Die Eisenbahnen dürfen Frachtanträge nicht grundlos ablehnen und müssen die Güter nach der Reihenfolge der Vertragsschlüsse befördern, widrigenfalls sie für Schadensersatz haften. Der Kontrahierungszwang gilt nach dem H.G.B. bei Anträgen auf Güterbeförderung nach jeder für den Güterverkehr eingerichteten Station des Deutschen Reichs, ist aber durch das internationale Recht erweitert. Er fällt weg, wenn der Antragende sich den allgemeinen Beförderungsbedingungen nicht unterwirft, die Beförderung verboten ist, die Güter sich zur Beförderung nicht eignen, die Beförderung mit den regelmäßigen Beförderungsmitteln nicht ausgeführt werden kann oder höhere Gewalt entgegensteht. Auch braucht die Eisenbahn Güter nicht früher, als die Beförderung möglich ist, als Frachtführer zu übernehmen, hat sie aber der Regel nach einstweilen in Verwahrung zu nehmen. Eine Beförderung außer der Reihe ist aus zwingenden Gründen des Eisenbahnbetriebs (Eilgut, Viehzüge u. s. w.) oder im öffentlichen Interesse zulässig. (H.G.B. § 453; V.O. §§ 6, 44—46, 49—50, 55, 58; B.V. Art. 2—5).

3. Vertragsschluß. Der Vertrag wird durch Annahme des Frachtguts mit dem Frachtbrief, der hier stets auszustellen und unter Benutzung eines bestimmten Formulars abzufassen ist, geschlossen; die Anerkennung der Verpflichtung laut Frachtbrief seitens der Eisenbahn wird aber erst durch eine Abstempelung vollzogen. Auf Wunsch des Absenders (im internationalen Verkehr stets) wird dem Absender ein mit Empfangsbescheinigung versehenes Frachtbriefduplikat ausgehändigt, das insofern einen „halben Ladeschein" darstellt, als die Verfügungsmacht des Absenders gegenüber der Eisenbahn durch seine Vorlegung bedingt ist. (H.G.B. § 455; V.O. §§ 51—54, 64; B.V. Art. 8, 15.)

4. Haftung. Die Haftung der Eisenbahn ist insofern strenger als die jedes anderen Frachtführers, als die Eisenbahn gemäß dem für sie festgehaltenen älteren Recht sich von der Verantwortlichkeit für Verlust oder Beschädigung nur durch den Nachweis befreien kann, daß der Schade durch eignes Verschulden des Geschädigten oder höhere Gewalt oder äußerlich nicht erkennbare Mängel der Verpackung oder die natürliche Beschaffenheit der Güter verursacht ist; sie haftet also für gemeinen Zufall und muß insoweit auch für schuldlose Handlungen ihrer Leute einstehen (§§ 456 u. 458, B.V. Art. 30). Jedoch haftet sie, wenn ihr nicht ein Verschulden nachgewiesen wird, nicht für den Schaden aus gewissen besonderen Gefahren, die der Absender nach gesetzlicher oder tarifmäßiger Bestimmung oder einer in den Frachtbrief aufgenommenen Vereinbarung zu tragen hat oder tragen will (Beförderung in offenen Wagen oder ohne gehörige Verpackung, eignes Auf- und Abladen des Absenders oder Empfängers, Beförderung von Natur verderblicher Güter und lebender Tiere, Gefahren, zu deren Abwendung ein Begleiter beigegeben wird); dabei spricht die Vermutung dafür, daß ein entstandener Schade, der den Umständen nach aus der betreffenden Gefahr entstehen konnte, aus ihr entstanden ist (§ 459, V.O. §§ 44, 57, 58, 77, B.V. Art. 31). Die Haftung der Eisenbahn ist überhaupt ausgeschlossen, wenn nicht oder nur bedingungsweise zur Beförderung zugelassene Güter unter unrichtiger oder ungenauer Bezeichnung aufgegeben sind (§ 467, V.O. § 89). — Hinsichtlich der Höhe des zu leistenden Schadensersatzes gelten gleiche Regeln wie bei anderen Frachtgeschäften mit der Abweichung, daß bei der Berechnung der gemeine Wert zur Zeit und am Orte der Absendung, nicht der Ablieferung zu Grunde gelegt wird (§ 457). Doch wird einerseits, soweit nicht Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit vorliegt, die Ersatzpflicht bei gewissen Gütern durch Normalsätze für nicht zu ersetzenden Gewichtsverlust und bei der Beförderung zu Ausnahmetarifen und von besonders kostbaren Gegenständen durch Höchstbeträge beschränkt (§§ 460—462, V.O. §§ 78, 81, 83, 88, B.V. Art. 3, 32, 35, 41). Anderseits kann durch gehörige Angabe des Interesses der Lieferung im Frachtbrief der Ersatz eines höheren Schadens bis zu dem angegebenen Betrage (jedoch innerhalb der Grenzen des etwa wirksam festgesetzten Höchstbetrages) gesichert werden (§ 463, V.O. §§ 84—85). — Die Geltendmachung der Ansprüche wegen verborgener Mängel ist der Eisenbahn gegenüber dadurch bedingt, daß

binnen einer Woche nach der Annahme entweder bei Gericht oder schriftlich bei der Eisenbahn Untersuchung beantragt wird (§ 464, V.O. §§ 71, 90, V.V. Art. 44).

Für Verspätung haftet auch die Eisenbahn nur, wenn sie nicht ihre Schuldlosigkeit beweist; der Schadensersatz wird, sofern nicht Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit vorliegt, durch den gehörig im Frachtbriefe angegebenen Betrag des Interesses und in Ermangelung einer solchen Angabe durch den Betrag der Fracht begrenzt (§ 466, V.O. §§ 63, 86—88).

Die Eisenbahn kann, wenn der im Frachtbrief angegebene Ablieferungsort nicht an der Eisenbahn liegt, für die Beförderung von der letzten Eisenbahnstation an ihre Haftung auf die eines Spediteurs herabsetzen (§ 468, V.O. § 66, V.V. Art. 30).

Im Falle der Beförderung durch mehrere aufeinanderfolgende Eisenbahnen auf Grund desselben Frachtbriefs können die Ansprüche aus dem Frachtvertrage nur gegen die erste oder die letzte Bahn oder diejenige Zwischenbahn, auf deren Strecke sich der Schade ereignet hat, eingeklagt werden; das Wahlrecht erlischt mit der Klage (§ 469, V.O. § 74, V.V. Art. 27—28).

5. Reisegepäck. Der Frachtvertrag über Reisegepäck wird ohne Frachtbrief durch Annahme des Gepäcks und Aushändigung eines Gepäckscheins geschlossen. Der Gepäckschein ist Legitimationspapier. Die Haftung der Eisenbahn richtet sich nach den gewöhnlichen Regeln; doch haftet die Eisenbahn für Verlust nur, wenn das Gepäck binnen 8 Tagen nach Ankunft des Zuges auf der Bestimmungsstation abgefordert wird; auch gelten besondere Bestimmungen hinsichtlich der Festsetzung von Höchstbeträgen. Für nicht aufgegebenes Reisegepäck haftet die Eisenbahn nur, wenn ihr ein Verschulden nachgewiesen wird. (H.G.B. §§ 465, 466 Abs. 2 S. 2; V.O. §§ 31—38.) — Ähnliche Regeln gelten für Expreßgut, das auf Gepäckschein oder besonderen Beförderungsschein befördert wird (V.O. §§ 39—41).

6. Verjährung. Die einjährige Verjährung ist hier auf Ansprüche der Eisenbahn auf Nachzahlung von Fracht oder Gebühren und auf Ansprüche gegen die Eisenbahn auf Rückerstattung von Fracht oder Gebühren erstreckt, insofern der Anspruch auf unrichtige Anwendung der Tarife oder auf Rechenfehler gestützt wird; die Verjährung aller Ansprüche gegen die Eisenbahn wird durch schriftliche Anmeldung bei der Eisenbahn gehemmt. (H.G.B. § 470, V.O. §§ 61, 91; etwas anders V.V. Art. 45—46).

7. Kleinbahnen. Für Kleinbahnen gilt die Verkehrsordnung nicht. Soweit die Bestimmungen des H.G.B. nicht zwingendes Recht sind, entscheiden statt der Verkehrsordnung die Beförderungsbedingungen der Bahnunternehmung. Die Beförderungspflicht besteht hier nur für die Beförderung auf der eigenen Bahnstrecke (H.G.B. § 473).

Literatur: W. Koch, Deutschlands Eisenbahnen, 2 Bde., 1854/58; Z. f. H.R. VIII 401 ff., X 58 ff. Eger, Handbuch des deutschen Eisenbahnrechts, 1886 ff.; Komm. zur Eisenbahnverkehrsordnung, 2. Aufl. 1901; Komm. zum Berner Vertag, 2. Aufl. 1901. Endemann, Recht der Eisenbahnen, 1886. Wehrmann, Eisenbahnfrachtgeschäft, 1890. E. Rosenthal, Internationales Eisenbahnfrachtgeschäft, 1894. v. d. Leyen, Z. f. H.R. XXXIX 1 ff., XLI 501 ff., XLIX 382 ff. Gerstner, Internationales Eisenbahnfrachtrecht, 1893; Der neueste Stand der Berner Internationalen Übereinkommens, 1901. Laband, Staatsr. (4. Aufl.) III 120 ff. — Lit. über vis maior nachgewiesen b. Cosack § 89 Anm. 1.

Sechstes Buch.

Seerecht und Binnenschiffahrtsrecht.

§ 87. Begriff und Umfang.

1. Seerecht ist der Inbegriff der besonderen Rechtssätze, die sich auf die Seeschiffahrt beziehen. Das Seerecht zerfällt in das öffentliche und das private Seerecht. Das öffentliche Seerecht gehört, soweit es international ist, dem Völkerrecht, soweit es national ist, dem Staats- und Verwaltungsrecht an. Als Seeprivatrecht erscheint vor allem das Seehandelsrecht, das sich auf die dem Erwerbe dienende Seeschiffahrt oder den „Seehandel" bezieht. Daneben gibt es seeprivatrechtliche Vorschriften innerhalb des

gemeinen bürgerlichen Rechts (z. B. über Seeverschollenheit, Schiffspfandrecht, Seetestament im B.G.B., über Beurkundung von Geburten und Sterbefällen auf See im Personenstandsgesetz); auch finden einzelne seehandelsrechtliche Vorschriften zugleich außerhalb des Seehandels Anwendung (H.G.B. E.G. Art. 7 u. 8). Hier ist nur das Seehandelsrecht darzustellen. Dasselbe bildet ein in sich geschlossenes Sonderrecht, das aber ein Teil des Handelsrechts ist und daher zunächst durch die allgemeinen Sätze des Handelsrechts und erst in Ermangelung solcher durch das bürgerliche Recht ergänzt wird. Gewisse, für das Seehandelsrecht grundlegende Einrichtungen des öffentlichen Seerechts fordern auch hier Beachtung.

2. Binnenschiffahrtsrecht ist der Inbegriff der besonderen Rechtssätze, die sich auf die Schiffahrt auf Binnengewässern (Flüssen, Kanälen, Seen, Haffen) beziehen. Das private Binnenschiffahrtsrecht lehnt sich an das Seehandelsrecht an und ist daher hier mitdarzustellen; nur das Frachtgeschäft des Binnenschiffahrtsrechts ist, weil und soweit die Verwandtschaft mit dem Landfrachtgeschäft überwiegt, schon oben berücksichtigt. Zum Binnenschiffahrtsrecht gehört auch das besondere Privatrecht, das für die Flößerei mit verbundenen Hölzern gilt.

§ 88. Geschichte, Quellen und Literatur.

1. Geschichte. Ein besonderes Seerecht entwickelte sich schon im Altertum. Seine Quelle war das im Seeverkehr aufkommende Gewohnheitsrecht. Früh zeigte das Seerecht einen Zug zu internationaler Gemeinschaft und Entlehnung; man denke z. B. an die Aufnahme der lex Rhodia de jactu in das römische Recht. Im Mittelalter gewannen Seerechtsbücher, in denen Seegebräuche und seegerichtliche Urteile zusammengestellt wurden, große Verbreitung und zum Teil gesetzliches Ansehen. So für das Mittelmeer die tabula Amalfitana (teilweise aus dem 11. Jahrh.) und das Consulat del mar (im 14. Jahrh. in Barcelona entstanden); für den Westen und Norden Europas das Seerecht von Oleron (seit dem 12. Jahrh. entstanden) und das sogenannte Wisbysche Seerecht (im Hansegebiet zusammengestellt). Daneben wurden seerechtliche Bestimmungen in Stadtrechten und städtischen Einzelsatzungen getroffen. So namentlich auch in den deutschen Hansestädten und von ihnen gemeinsam in den Hanserezessen (zuletzt 1614 als „der Hansestädte Schiffsordnung und Seerecht"). In neuerer Zeit griff auch hier die staatliche Gesetzgebung kodifizierend ein. Mit Entschiedenheit beschritt diesen Weg zuerst die Ordonnance touchant la marine Ludwigs XIV. von 1681. Auch das dänische Gesetzbuch König Christians V. von 1683 nahm das Seerecht auf (Buch IV). Ebenso das Preußische Allgemeine Landrecht (II 8 §§ 1389—2451). Sodann widmeten die Handelsgesetzbücher der seefahrenden Völker nach dem Vorbilde des Code de commerce (livre II) dem Seerecht einen besonderen Abschnitt. Auch das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbnch stellte in seinem fünften Buch unter der Überschrift „Vom Seehandel" ein umfassendes Seerecht auf, das aber in Österreich nicht miteingeführt ist; im neuen Handelsgesetzbuch bildet es in verhältnismäßig wenig geänderter Fassung das vierte Buch. In den skandinavischen Ländern ergingen besondere Gesetze über das Seerecht. — Auf das Binnenschiffahrtsrecht wurden seerechtliche Sätze zuerst im Wege des Gewohnheitsrechts erstreckt. Erst in neuester Zeit erfolgte die Kodifikation.

2. Quellen. Quellen des deutschen Seerechts sind das Handelsgesetzbuch, dessen seerechtliche Bestimmungen durch ein R.G. vom 2. Juni 1902 einzelne Änderungen erfahren haben, und die ergänzenden Reichsgesetze; ferner, soweit Partikularrecht vorbehalten ist, die Landesgesetze; endlich das Gewohnheitsrecht (vgl. oben §§ 4 u. 5). Die fremden Seerechte sind für das deutsche Seerecht nur Hilfsmittel; ein gemeines internationales Seerecht gibt es nicht. Die Anwendung des fremden Seerechts auf die von ihm beherrschten Verhältnisse in Deutschland richtet sich nach den deutschen Regeln des internationalen Privatrechts.

Das deutsche Binnenschiffahrtsrecht ist geregelt im R.G., betreffend die privatrechtlichen Verhältnisse der Binnenschiffahrt, vom 15. Juni 1895; neue Fassung (auf Grund von Änderungen durch H.G.B. E.G. Art. 12) vom 20. Mai 1898. Dazu tritt das R.G., betr. die privatrechtlichen Verhältnisse der Flößerei, vom 15. Juni 1895.

3. Literatur. Eine besondere Literatur des Seerechts hat sich neben der des Handelsrechts entwickelt; sie wahrte besonders lange einen gemeineuropäischen Charakter, schließt sich aber seit dem Erlaß der Handelsgesetzbücher an das nationale Recht an. Von den allgemeinen Darstellungen des Handelsrechts umfassen nur wenige zugleich das Seerecht.

Sammlungen älterer Quellen: Pardessus, Collection des lois maritimes, 6 Bände, 1828/45. Twiss, Monumenta juridica, the black book of admiralty, 4 Bände, 1871 ff.

Fremde Seerechte: Die oben zu § 7 angef. Handelsgesetzbücher Frankreichs, Griechenlands, Rumäniens, der Türkei, Ägyptens, der Niederlande, Spaniens, Portugals, der mittel- und südamerikanischen Staaten, Italiens, Japans und Rußlands. Belg. Ges. v. 21. Aug. 1879. Finnisches Seerecht v. 9. Juni 1873. Im wesentlichen übereinstimmende Seerechtsges. f. Schweden v. 12. Juni 1891, Dänemark v. 1. April 1892, Norwegen v. 20. Juli 1893 (übersetzt v. Pappenheim im Beilageheft zur Z. f. H.R. Bd. XLIII). — In England und den Vereinigten Staaten ist das Seerecht nicht kodifiziert; einzelne Teile des Seeprivatrechts indes regelt die englische Merchant shipping act v. 1894 (zuerst 1854).

Geschichtliche Übersicht: M. Pappenheim, Die geschichtliche Entwickelung des Seehandels und seines Rechts, 1903 (Schriften des Vereins f. Sozialpolitik CIII 2 S. 129 ff.).

Ältere Literatur: Heineccius, Scriptorum de jure nautico et maritimo fasciculus, 1740. Jacobsen, Seerecht des Friedens und Kriegs in Bezug auf die Kauffahrteischiffahrt, 1815. Pardessus, Cours de droit commercial, Tome III. M. Pöhls, Darstellung des Seerechts, 4 Tle., 1830/33; Seeassekuranzrecht, 2 Tle., 1832/34. A. Miruß, Das Seerecht und die Flußschiffahrt, 2 Bde., 1838. v. Kaltenborn, Grundsätze des prakt. europäischen Seerechts, 2 Bde., 1851.

Literatur auf Grund des deutschen H.G.B.: Lewis, Schroeder u. Reatz in Endemanns Handb. des Handelsr. Bd. IV, 1884. R. Wagner, Handbuch des Seerechts Bd. I, 1884 (in Bindings Handbuch). W. Lewis, Das deutsche Seerecht, 2 Bde. (Komm. zu H.G.B. V). 1877/78, 2. Aufl. 1884. E. Boyens, Das deutsche Seerecht auf Grund des Kommentars von Lewis bearbeitet, bisher 2 Bde., 1897 u. 1901. Schaps, Komm. zu H.G.B. IV, 1897 ff. — Dazu die oben zu § 6 angef. Komm. zum H.G.B. v. Makower u. v. Gareis u. Fuchsberger, Lehrb. des H.R. v. Gareis u. v. Cosack, Lehrb. des deutsch. Privatr. v. Beseler u. v. Gerber. — Abriß v. H. C. Lehmann in Birkmeyers Encyklop. S. 669 ff.

Kommentare zum B.Sch.G. u. Flößereiges.: Förtsch, 1896; Landgraf, 1896: Mittelstein, 1896; Makower, 1896; Loewe, 2. Aufl. 1898.

Ausländ. Literatur: Lyon-Caen et Renault, Traité de droit maritime, 1894/96. Desjardin, Traité de droit commercial maritime, 2 Vol., 1890. Jacobs, Droit maritime belge, 2 Vol., 1889. Parsons, Treatise on the law of shipping, 2 Vol., 1869. J. Lee, Laws of british shipping and of marine assurance, 1896.

Literatur des öffentlichen Seerechts: F. Perels, Das internationale öffentliche Seerecht der Gegenwart, 1882; Handbuch des allgemeinen öffentlichen Seerechts im Deutschen Reich, 1884, neue Ausg. 1901, Ergänzungsband (Seemannsordnung) von E. Perels 1902. Stoerk, Studien zum See- u. Binnenschiffahrtsrecht, 1897.

§ 89. Die Schiffe.

1. Seeschiffe. Das Seerecht knüpft seine Normen an die Seeschiffe an. Dem Seehandelsrecht unterliegen aber nur die zum Erwerbe durch die Seefahrt bestimmten Schiffe („Kauffahrteischiffe"). Zu ihnen gehören neben den der Güter- und Personenbeförderung dienenden Schiffen auch Lotsen-, Hochseefischerei-, Bergungs- und Schleppfahrzeuge, nicht dagegen Kriegsschiffe, Zollkutter und Vergnügungsjachten. Die Schiffe sind bewegliche Sachen und als solche dem Fahrnisrecht unterworfen. Doch gelten für sie sonderrechtliche Vorschriften. In einzelnen Beziehungen werden sie schon seit dem Mittelalter den Liegenschaften gleichgestellt („schwimmende Gebäude").

Jedes Schiff ist ein besonderes Sachindividuum. Als solches hat es seinen Namen und sein Unterscheidungssignal. Es hat ferner seine örtliche Heimat im „Heimatshafen", d. h. dem Hafen, von dem aus die Seefahrt mit ihm betrieben wird (H.G.B. § 480). Auch hat es seine Nationalität, die durch die Staatsangehörigkeit des Eigentümers bestimmt wird. Deutsch ist ein Schiff nur, wenn es im ausschließlichen Eigentum von Reichsangehörigen steht; offene Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften, deren persönlich haftende Gesellschafter sämtlich Reichsangehörige sind, Handelsgesellschaften mit juristischer Persönlichkeit, eingetragene Genossenschaften und andere juristische Personen, die im Inlande ihren Sitz haben (Aktienkommanditgesellschaften jedoch nur, wenn alle persönlich haftenden Gesellschafter Deutsche sind), stehen den Reichsangehörigen gleich.

Die Schiffe zerfallen nach Art und Größe in verschiedene Gattungen; die Größe wird durch die Schiffsvermessungsbehörde amtlich festgestellt und in einem „Meßbrief" bescheinigt (Schiffsvermessungsordnung vom 1. März 1895). Besondere rechtliche Zustände des Schiffes treten ein, wenn es „segelfertig" (zum Verlassen des Hafens bereit) ist (H.G.B. § 482), wenn es „seeuntüchtig" wird, und wenn es in diesem Falle entweder „reparaturunfähig" oder (weil die Kosten mehr als drei Viertel des früheren Wertes betragen würden) „reparaturunwürdig" ist (§ 479). Das Schiff ist eine aus mancherlei Bestandteilen zusammengesetzte Sache; es hat aber auch ein oft sehr umfangreiches Zubehör, zu dem im Zweifel alle in das Schiffsinventar eingetragenen Gegenstände und jedenfalls die Schiffsboote gehören (§ 478). Das Schiff mit Zubehör und die Fracht bilden zusammen das „Schiffsvermögen", das die Natur eines Sondervermögens hat.

Das deutsche Seeschiff ist berechtigt zur Führung der Reichsflagge und darf keine andere Flagge als Nationalflagge führen; R.V.U. Art. 55, R.Ges., betreffend das Flaggenrecht der Kauffahrteischiffe, vom 22. Juni 1899 (früheres vom 25. Oktober 1867). Das Flaggenrecht steht auch seegehenden Lustjachten und den im Inlande für Rechnung auswärtiger Staaten oder Staatsangehöriger gebauten Schiffen, solange sie deutsch sind, zu (Flaggenges. § 26 Abs. 1).

Zur Beurkundung der Rechtsverhältnisse deutscher Seeschiffe werden bei den Amtsgerichten (in Hamburg bei einer besonderen Behörde, in Rostock und Wismar beim Magistrat) Schiffsregister geführt (Flaggenges. §§ 4 u. 27). Die Schiffsregister sind öffentlich (§ 5). Die Eintragung erfolgt im Schiffsregister des Heimatshafens und nur in Ermangelung eines deutschen Heimatshafens in einem frei gewählten Register (§ 6). Gegenstand der Eintragung sind Name, Gattung und Unterscheidungssignal des Schiffs, das Ergebnis der Vermessung, Zeit und Ort der Erbauung, Heimatshafen, Eigentumsverhältnisse und die für die Nationalität des Schiffes maßgebenden Tatsachen (§§ 7—9). Über die erfolgte Eintragung wird vom Registergericht das „Schiffszertifikat" ausgestellt (§ 10). Alle Veränderungen in den eingetragenen Tatsachen oder Rechtsverhältnissen sind in das Schiffsregister einzutragen und baldtunlichst im Zertifikat zu vermerken; geht das Schiff unter, oder wird es als reparaturunfähig kondemniert, oder verliert es die deutsche Nationalität, so ist es zu löschen und das Zertifikat unbrauchbar zu machen (§ 13; Anmeldungs- und Einreichungspflicht nach §§ 14—15, 20). Die rechtliche Bedeutung des Schiffsregisters besteht vor allem darin, daß das Recht zur Führung der Reichsflagge vor der Eintragung des Schiffs und der Erteilung des Zertifikats bei Strafe nicht ausgeübt werden darf; das Zertifikat dient zum Nachweise des Flaggenrechts und ist auf der Reise stets (in Original oder beglaubigtem Auszuge) an Bord zu führen (§§ 11, 19, 21). Doch wird unter Umständen das Zertifikat vorübergehend durch ein „Flaggenzeugnis" ersetzt (§ 12). Und kleinere Schiffe (von nicht mehr als 50 Kubikmeter Bruttoraumgehalt) können überhaupt das Flaggenrecht ohne Eintragung und Zertifikat ausüben (§ 16). Der eingetragene Name des Schiffs kann nur mit Genehmigung des Reichskanzlers geändert werden (§ 13 Abs. 1 S. 3). In privatrechtlicher Hinsicht hat das Schiffsregister für die Eigentumsverhältnisse nur informatorische, dagegen für die Verpfändung des Schiffs grundbuchähnliche Bedeutung.

Die Veräußerung eines Seeschiffs oder eines Anteils an einem solchen erfolgt nach Fahrnisrecht; die vorgeschriebene Registrierung des Eigentumsüberganges ist für diesen nicht, wie zum Teil im Auslande, erforderlich. Doch gelten für alle Seeschiffe (auch wenn sie nicht dem Erwerbe durch die Seefahrt dienen, E.G. Art. 6) Sonderbestimmungen, nach denen die zum Eigentumsübergange erforderliche Übergabe durch die Vereinbarung des sofortigen Eigentumsüberganges ersetzt werden kann (H.G.B. § 474) und jeder Teil die Erteilung einer öffentlich beglaubigten Urkunde über die Veräußerung verlangen kann (§ 475). Die Anwendung des Satzes „Hand wahre Hand" ist (abweichend vom älteren deutschen Recht) nicht ausgeschlossen; doch muß jedenfalls der Erwerber, um Eigentum vom Nichteigentümer zu erwerben, den Besitz erlangt haben; in Ansehung seines guten Glaubens ist die Information durch das Schiffsregister, obschon sie keinen öffentlichen Glauben hat, bedeutungsvoll.

Die Verpfändung der Seeschiffe richtet sich nach bürgerlichem Recht, kann daher bei eingetragenen Schiffen nur durch Bestellung eines Schiffspfandrechts mittels Registereintrages (B.G.B. §§ 1259—1272) erfolgen, während an nicht eingetragenen Schiffen nur ein Faustpfandrecht möglich ist.

Hinsichtlich der Zwangsvollstreckung gilt auf Grund eines alten Privilegs der Rechtssatz, daß ein segelfertiges Schiff weder der Zwangsversteigerung noch dem Arrestschlage unterliegt, es müßte sich denn um eine zum Behufe der bevorstehenden Reise eingegangene Schuld handeln (H.G.B. § 482). Die Zwangsversteigerung registrierter Schiffe erfolgt nach den Regeln der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen (Zw.V.G. §§ 162—171).

2. Binnenschiffe. Das Binnenschiffahrtsgesetz gilt für alle zur Schiffahrt auf Binnengewässern verwendeten Schiffe. Auch die Binnenschiffe sind besonders geartete bewegliche Sachen mit einem Heimatsort; Schiff und Fracht zusammen bilden auch hier ein Schiffsvermögen. Binnenschiffe führen die Flagge ihres Heimatsstaates (nur ausnahmsweise, wenn sie ausschließlich auf ausländischen Gewässern verkehren, auf Grund der Eintragung in das bei einem deutschen Konsulat geführte Schiffsregister die Reichsflagge, Flaggengesetz § 26 Abs. 2). Größere Binnenschiffe werden in Schiffsregister eingetragen, für die ähnliche Vorschriften wie bei Seeschiffen gelten (B.Sch.G. §§ 119—129). Durch die Eintragung werden sie den Regeln über das Schiffspfandrecht und über die liegenschaftsrechtliche Zwangsversteigerung unterworfen. Dagegen gilt hinsichtlich der Veräußerung von Binnenschiffen nichts Besonderes.

3. Flöße. Das Flößereigesetz bezieht sich auf alle auf Binnengewässern geführte Flöße. Die Flöße haben die Eigentümlichkeit, daß sie zugleich Fahrzeuge und Transportgut sind.

§ 90. Reeder und Schiffseigner.

1. Reeder ist der Eigentümer eines ihm zum Erwerbe durch die Seefahrt dienenden Schiffes (H.G.B. § 481). Wer ein ihm nicht gehöriges Schiff zum Erwerbe durch die Seefahrt für eigne Rechnung verwendet (z. B. als Mieter, Nießbraucher oder unbefugter Besitzer), ist bloßer Ausrüster, nimmt aber im Verhältnis zu Dritten die Stellung des Reeders ein; der Eigentümer kann den Dritten, der aus der Verwendung Ansprüche als Schiffsgläubiger herleitet, nur dann hindern, sich an das Schiff zu halten, wenn die Verwendung widerrechtlich und der Dritte nicht in gutem Glauben war (§ 510).

Für den Reeder gilt Sonderrecht hinsichtlich der Haftung aus den durch die Seefahrt entstehenden Schuldverhältnissen. Einerseits ist seine Haftung erweitert; insbesondere haftet er für den Schaden, den eine Person der Schiffsbesatzung einem Drittten durch ihr Verschulden in Ausführung (nicht bloß bei Gelegenheit) ihrer Dienstverrichtungen zufügt (§ 485; zur Schiffsbesatzung gehören nach § 481 in der Fassung der Novelle v. 2. Juni 1902 der Schiffer, die Schiffsoffiziere, die Schiffsmannschaft und alle sonst auf dem Schiffe angestellte Personen). Anderseits haftet er zwar, wenn er haftet, der Regel nach persönlich mit seinem ganzen Vermögen („fortune de terre"), in einer Reihe von Fällen aber bloß mit dem Schiffsvermögen („fortune de mer"), also mit Schiff nebst Zubehör und Fracht und zwar, wenn er mehrere Schiffe hat, nur mit dem beteiligten Schiffe und seiner Fracht. Diese beschränkte Haftung mit einem Sondervermögen tritt ein, wenn der Reeder als solcher für das Verschulden einer Person der Schiffsbesatzung einstehen muß oder wenn der Anspruch gegen ihn auf ein vom Schiffer nur kraft seiner gesetzlichen Vertretungsmacht geschlossenes Rechtsgeschäft oder auf Erfüllungsmängel bei einem zwar vom Reeder geschlossenen, aber vom Schiffer kraft seiner gesetzlichen Obliegenheiten auszuführenden Vertrage gegründet wird und nicht etwa eignes Verschulden oder besondere Gewährleistung des Reeders konkurriert (§ 486). Nur für die Forderungen der Schiffsbesatzung aus Dienst- und Heuerverträgen haftet er (abweichend vom älteren Recht) stets persönlich (§ 487). Außerdem ist die Haftung des Reeders für Auslagen des Schiffers (§ 532), für Beiträge zur großen Haverei (§ 726) und für Berge- und Hilfslohn (§ 753) auf das Schiffsvermögen beschränkt. Der Reeder als solcher kann,

nag er persönlich oder beschränkt haften, stets vor dem Gericht des Heimatshafens beangt werden (§ 488). — Die beschränkte Haftung für fremdes Verschulden ist auf den Eigentümer eines nicht dem Erwerb dienenden Seeschiffes ausgedehnt (E.G. Art. 7).

2. Schiffseigner. Im Binnenschiffahrtsrecht entspricht dem Reeder der Schiffseigner (§ 1), dem auch hier Dritten gegenüber der Ausrüster gleichsteht (§ 2). Seine Haftung ist ganz wie die des Reeders geordnet (§§ 2—6). Nur ist sie dadurch gemildert, daß er auch dann, wenn er das Schiff selbst führt, für einen Schaden aus fehlerhafter Führung außer dem Falle einer böslichen Handlungsweise nur mit dem Schiffsvermögen haftet (§ 4 Abs. 2 S. 2). Auch trifft bei einem Schleppzuge die Haftung nur das Schiff, das den Schaden verursacht hat, und die Fracht (oder den Schlepplohn) dieses Schiffes (§ 4 Abs. 3).

Nach Flößereirecht haftet der Floßeigentümer für die durch das Floß infolge Verschuldens des Floßführers oder der Floßmannschaft verursachten Beschädigungen mit dem Floß; der Beschädigte hat ein gesetzliches Pfandrecht am Floß, das erst erlischt, wenn das Floß aufgelöst und von einem Dritten in gutem Glauben erworben ist; dann haftet der Veräußerer persönlich in Höhe des Erlöses (§§ 22—23).

Literatur: Ehrenberg, Die beschränkte Haftung des Schuldners nach See- und Handelsrecht, 1880. P. Rehme, Die geschichtliche Entwicklung der Haftung des Rheders, 1891.

§ 91. Reederei. Eine dem Seerecht eigentümliche, schon im Mittelalter ausgebildete Gesellschaftsform ist die Reederei. Reeder kann eine Handelsgesellschaft unter ihrer Firma oder eine juristische Person sein. Auch kann ein Schiff mehreren Personen als Miterben oder kraft ehelicher Gütergemeinschaft gemeinsam gehören. Nach der gesetzlichen Regel aber bilden mehrere Personen, die ein ihnen gemeinschaftlich zustehendes Schiff zum Erwerbe durch die Seefahrt für gemeinschaftliche Rechnung verwenden, eine Reederei (H.G.B. 489).

Die Reederei ist eine besonders geartete Gesellschaft zu gesamter Hand. Ihre Grundlage ist eine sachenrechtliche Gemeinschaft, vermöge deren ein Schiff in ideellen Anteilen (Schiffsparten) einer Personenmehrheit zusteht. Die Schiffspart macht den Mitreeder (Schiffsfreund) und gewährt einen entsprechenden Anteil am Reedereivermögen. Die Mitreeder aber bilden eine Gesellschaft. Das Rechtsverhältnis unter den Mitreedern richtet sich zunächst nach dem Gesellschaftsvertrage (§ 490), ist aber subsidiär gesetzlich geregelt. Gegenüber der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts ist die gesamte Hand verstärkt. Die Reederei ist eine im Wechsel der Teilhaber beständige, vom Tode oder Konkurse eines Mitreeders nicht berührte Personeneinheit; eine Kündigung oder eine Ausschließung findet bei ihr nicht statt (§ 505). Auch kommt ihre Personeneinheit in der Geltung von Mehrheitsbeschlüssen und in der Einrichtung einer ständigen Repräsentation zum Ausdruck. Allein sie ist nicht nur keine juristische Person, sondern bleibt auch hinter der offenen Handelsgesellschaft an einheitlicher Rechts- und Handlungsfähigkeit zurück. Denn sie entbehrt der kaufmännischen Firma; die jeweiligen einzelnen Mitreeder erscheinen auch nach außen als Gemeinschaftsträger und werden im Schiffsregister als Eigentümer nach Anteilen eingetragen. Darum ist ihr Recht nicht aus dem Handelsgesellschaftsrecht, sondern aus dem bürgerlichen Gesellschaftsrecht zu ergänzen.

Begründet wird die Reederei durch formfreien Vertrag. Ein Gesellschaftsvertrag ist unerläßlich; erst durch ihn entsteht z. B. eine Reederei unter Miterben, denen ein Schiff gehört. Entstehung und Veränderung sind in das Schiffsregister einzutragen.

Die Schiffsparten lauten auf feste (oft sehr ungleiche) Bruchteile; sie sind frei veräußerlich, vererblich und teilbar; das vom älteren Recht ausgebildete gesetzliche Vorkaufsrecht ist aufgehoben, jede Veräußerung aber, durch die das Schiff sein Flaggenrecht verlöre, ist nur mit Zustimmung aller Mitreeder zulässig (§ 503). Wenn eine Schiffspart auf andere Weise (z. B. durch Erbgang) auf einen Ausländer übergeht oder der Eigentümer einer Schiffspart die Reichsangehörigkeit verliert und die übrigen Schiffsparten noch wenigstens zwei Drittel betragen, so behält das Schiff noch ein Jahr lang das Flaggenrecht; die übrigen Mitreeder können nach sechs Monaten auf Grund eines

Mehrheitsbeschlusses sich vom Registergericht ermächtigen lassen, die Schiffspart für Rechnung des Eigentümers öffentlich an einen Inländer zu versteigern (Flaggengef. § 3).

Mit dem Eigentum an einer Schiffspart wird von Rechts wegen die Mitreederschaft verloren und erworben; im Verhältnis zu den Mitreedern aber gilt bis zur Anzeige durch Veräußerer und Erwerber noch der Veräußerer als Mitreeder; doch ist neben ihm der Erwerber schon vom Zeitpunkt des Erwerbes an als Mitreeder verpflichtet (B.G.B. § 504).

Im inneren Verhältnis ist die Reederei eine Erwerbsgesellschaft. Jeder Mitreeder hat nach Verhältnis seiner Schiffspart zu den Ausgaben der Reederei beizutragen (§ 500) und nimmt in demselben Verhältnis an Gewinn und Verlust teil (§ 502). Die Angelegenheiten der Reederei werden durch Beschlußfassung der Mitreeder geregelt: dabei entscheidet Stimmenmehrheit nach Anteilen, so daß ein Reedereibeschluß vorhanden ist, wenn dem oder den Zustimmenden mehr als die Hälfte des Schiffes gehört; nur zu Beschlüssen, die eine Abänderung des Reedereivertrages bezwecken oder dessen Bestimmungen entgegen oder dem Zwecke der Reederei fremd sind, ist Einstimmigkeit erforderlich (§ 491). Wird aber eine neue Reise oder nach beendeter Reise die Reparatur des Schiffes oder die Befriedigung eines Gläubigers, dem nur das Schiffsvermögen haftet, beschlossen, so kann der überstimmte Mitreeder sich durch unentgeltlichen Verzicht auf seine Schiffspart von der zur Ausführung des Beschlusses erforderlichen Einzahlungen befreien; er muß dies binnen drei Tagen gerichtlich oder notariell der Reederei erklären; seine Schiffspart fällt dann den übrigen Mitreedern verhältnismäßig an (§ 501). Weiter geht die im älteren Recht anerkannte Befugnis der überstimmten Minderheit, das Schiff auf ein Geld zu setzen, d. h. es zu einem Geldpreise zu veranschlagen, zu dem die Mehrheit es entweder unter Auszahlung der Anteile der Minderheit übernehmen oder gegen Auszahlung der eigenen Anteile an die Minderheit überlassen muß. Dieses Setzungsrecht gilt in Mecklenburg fort (E.G. Art. 19, Mecklenb.-Schwer. A.V. v. 9. April 1899 §§ 10—20). Anderswo kann es durch den Reedereivertrag begründet werden.

Als Vertreter und Geschäftsführer der Reederei kann ein Korrespondentreeder (Schiffsdirektor, Schiffsdisponent) bestellt werden; in Mecklenburg ist seine Bestellung obligatorisch. Die Bestellung erfolgt durch Mehrheitsbeschluß; wenn jedoch eine Person, die nicht Mitreeder ist, bestellt werden soll, nur durch einstimmigen Beschluß; sie kann jederzeit durch Mehrheitsbeschluß widerrufen werden (§ 492). Der Korrespondentreeder vertritt die Reederei in gesetzlich bestimmtem Umfange bei solchen Geschäften und Rechtshandlungen, die der Geschäftsbetrieb einer Reederei gewöhnlich mit sich bringt; eine Beschränkung seiner Befugnis kann einem Dritten nur entgegengesetzt werden, wenn dieser sie beim Geschäftsabschlusse kannte (§§ 493—495). Der Reederei gegenüber ist er zur Einhaltung ihm gesetzter Beschränkungen, zur Ausführung der gefaßten Beschlüsse und zur Einholung solcher Beschlüsse in gewissen wichtigeren Fällen verpflichtet; er muß die Sorgfalt eines ordentlichen Reeders anwenden; auch hat er Buch zu führen, jedem Mitreeder Auskunft zu erteilen und Rechnung zu legen (§§ 496—499).

Die Haftung der Mitreeder Dritten gegenüber richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen über Reederhaftung; die Mitreeder haften also zu gesamter Hand mit dem Schiffsvermögen, insoweit aber, als persönliche Haftung des Reeders eintritt, zugleich als einzelne persönlich. Allein die persönliche Haftung trifft die Mitreeder nur nach Anteilen (§ 507 Abs. 1). Für eine persönliche Verbindlichkeit, die zwischen der Veräußerung einer Schiffspart und ihrer Anzeige entstanden ist, haften zu dem betreffenden Anteil Veräußerer und Erwerber als Gesamtschuldner (§ 507 Abs. 2). In Reedereiangelegenheiten kann jeder Mitreeder beim Gericht des Heimatshafens belangt werden (§ 508).

Beendigt wird die Reederei durch Reedereibeschluß, zu dem Stimmenmehrheit ausreicht. Als Auflösungsbeschluß gilt auch der Beschluß, das Schiff zu veräußern. Wird die Auflösung beschlossen, so muß, wenn nicht alle Mitreeder über ein anderes Verfahren einig sind, das Schiff öffentlich verkauft werden, darf jedoch der Verkauf, falls nicht das Schiff als reparaturunfähig oder reparaturunwürdig kondemniert ist, nicht erfolgen, während das Schiff zu einer Reise verfrachtet ist oder sich im Auslande befindet

(§ 506). Der Erlös und sonstiges Reedereivermögen wird nach Schiffsparten geteilt. Beendigungsgründe sind auch der Untergang des Schiffes und die Vereinigung aller Schiffsparten in einer Hand.

Das Reedereirecht findet teilweise schon auf eine Schiffsbaugesellschaft Anwendung, die für gemeinschaftliche Rechnung ein Schiff zum künftigen Reedereibetriebe erbauen läßt; auch ein Korrespondentreeder kann für sie schon bestellt werden (§ 509).

§ 92. Der Schiffer.

1. Seerecht. Der Führer eines Seeschiffes hat als „Schiffer" („Schiffskapitän") eine verantwortungsreiche Stellung, mit der das öffentliche Seerecht eine Fülle besonderer Pflichten und Rechte verknüpft. Aber auch in privatrechtlicher Hinsicht gelten für ihn seehandelsrechtliche Sondervorschriften. Dabei geht das H.G.B. von dem Falle aus, daß der Schiffer kraft eines Dienstvertrages Angestellter des Reeders ist. Dies Verhältnis liegt auch vor, wenn der Schiffer zugleich Mitreeder ist. Doch finden die Vorschriften des H.G.B., soweit sie nicht einen Dienstvertrag voraussetzen, auf jeden Schiffer und insbesondere auch auf den Schiffer, der ein eigenes Schiff führt, Anwendung.

Der Schiffer hat alle ihm obliegenden Pflichten mit der Sorgfalt eines ordentlichen Schiffers zu erfüllen und haftet für jeden von ihm verschuldeten Schaden (§ 511). Die eigentümliche Selbständigkeit seiner Rechtsstellung zeigt sich darin, daß diese Haftung nicht nur gegenüber dem Reeder, sondern gegenüber allen Beteiligten (dem Befrachter, Ablader und Ladungsempfänger, dem Reisenden, der Schiffsbesatzung und dem Gläubiger aus Kreditgeschäft) besteht, und daß der Schiffer durch eine von ihm befolgte Anweisung des Reeders den übrigen Beteiligten gegenüber nicht befreit wird (§ 512). Im einzelnen hat der Schiffer für Seetüchtigkeit, gehörige Ausrüstung, Bemannung, Verproviantierung und Legitimation des Schiffes, für Stauung nach Seemannsgebrauch, für Beobachtung auch ausländischer Vorschriften und für rechtzeitigen Antritt und ordnungsmäßige Ausführung der Reise zu sorgen (§§ 513—516). Er muß die Führung des Schiffes persönlich besorgen; bei Gefahr und auf See muß er außer dem Falle dringender Notwendigkeit an Bord sein; im übrigen darf er vom Beginn des Ladens bis zur Beendigung des Löschens das Schiff nicht gleichzeitig mit dem Steuermann verlassen, ausgenommen in dringenden Fällen nach Bestellung eines geeigneten Vertreters; hält er bei Gefahr einen Schiffsrat, so kann dieser ihn weder binden noch entbinden (§§ 517—518). Ihn trifft ferner eine doppelte Beurkundungspflicht. Einmal ist, soweit nicht kleinere Fahrzeuge durch Landesgesetz befreit sind, auf jedem Schiffe ein Tagebuch zu führen, in das täglich alle für die Reise erheblichen Begebenheiten einzutragen sind; die Führung erfolgt regelmäßig durch den Steuermann unter Aufsicht des Schiffers, beide aber haben zu unterschreiben (§§ 519—521). Sodann hat der Schiffer unverzüglich bei jedem für Schiff oder Ladung nachteiligen Unfall unter Zuziehung aller Personen der Schiffsbesatzung oder doch einer genügenden Anzahl von ihnen im Bestimmungshafen, Nothafen oder am ersten geeigneten Orte eine Verklarung (Seeprotest) abzulegen; die Verklarung findet im Gebiete des H.G.B. vor Gericht (sonst vor der örtlich zuständigen Behörde) statt, muß alle zur Aufklärung dienlichen Tatsachen feststellen und ist vom Schiffer und den sonst zugezogenen Personen zu beschwören (§§ 522—525). Der Schiffer ist endlich dem Reeder zur Einhaltung der ihm auferlegten Beschränkungen, zur Benachrichtigung von wichtigen Vorfällen, zur Einholung von Verhaltungsmaßregeln, soweit dies tunlich ist, und zur Rechnungslage verpflichtet (§ 534), muß alle empfangene Vergütung (einschließlich „Kaplaken" und „Primage") herausgeben (§ 543) und darf keine Güter für eigene Rechnung verladen (§ 544); zugleich aber schuldet er den Ladungsbeteiligten möglichste Fürsorge für das Beste der Ladung (§ 535 Abs. 1).

Den Pflichten des Schiffers entsprechen Befugnisse, die sowohl dem Reeder wie den Ladungsbeteiligten gegenüber in bestimmtem Umfange gesetzlich festgesetzt sind. Innerhalb seines gesetzlichen Befugnisbereiches vertritt er ohne besondere Vollmacht den Reeder mit der Wirkung, daß durch ein von ihm geschlossenes Rechtsgeschäft der Reeder berechtigt und mit dem Schiffsvermögen verpflichtet, er selbst dagegen nicht verpflichtet

wird (§ 533); Beschränkungen kann der Reeder einem Dritten nur entgegensetzen, so sie diesem bekannt waren (§ 531). Diese gesetzliche Vollmacht des Schiffers erstreckt solange das Schiff sich im Heimatshafen befindet, nur auf die Annahme der Schi mannschaft (§ 526); außerhalb des Heimatshafens umfaßt sie alle Geschäfte und Re handlungen zur Ausrüstung, Bemannung und Verproviantierung des Schiffes und Ausführung der Reise mit Einschluß von Frachtverträgen und Klagen (§ 527); ferner Kre geschäfte aller Art (Darlehen, Borgkäufe, Bodmerei), wenn und soweit sie zur Erhalt des Schiffes oder zur Ausführung der Reise notwendig sind (§ 528); endlich den kauf des Schiffes in öffentlicher Form, sobald eine dringende Notwendigkeit vorliegt gehörig festgestellt ist (§ 530). Den Ladungsbeteiligten gegenüber ist der Schi insbesondere befugt, zur Abwendung oder Verringerung eines Verlustes der Lad selbst Güter zu löschen oder äußersten Falles zu verkaufen oder zu verbodmen, auch Wiedererlangung gerichtlich oder außergerichtlich zu betreiben, bei einer durch Zufall änderten Richtung der Reise den Umständen nach zu verfahren und in Notfällen behufs Fortsetzung der Reise Güter zu verbodmen oder zu verkaufen (§§ 535—542).

Die Entlassung des Schiffers durch den Reeder kann selbst bei gegenteil Abrede jederzeit erfolgen, jedoch unbeschadet seines Anspruchs auf Entschädigung (§ 54 Was der Schiffer im Falle vorzeitiger Entlassung an Heuer und sonstiger Vergüt (insbesondere für Rückbeförderung) zu fordern hat, ist je nach dem Grunde der E lassung genau bestimmt (§§ 546—550, zum Teil abgeändert durch Novelle vom 2. Ju 1902); ist er vertragsmäßig als Mitreeder beteiligt, so kann er Übernahme seiner Sch part zum Schätzungswert verlangen (§ 552). Nach Ablauf längerer Zeit kann der unbestimmte Zeit angestellte Schiffer seinerseits die Entlassung fordern (§ 551). Be sonders geregelt sind die Verpflichtungen des Reeders im Falle der Erkrankung oder V wundung des Schiffers (§§ 553—553b nach Novelle vom 2. Juni 1902) und im F seines Todes (§ 554), sowie die Pflichten und Rechte des Schiffers, die noch nach Verluste des Schiffes bestehen (§ 555).

2. Binnenschiffahrtsrecht. Der Führer eines Binnenschiffs, der gleichf „Schiffer" heißt, hat gegenüber dem Schiffseigner und allen anderen Beteiligten ähnliche Rechtsstellung wie der Seeschiffer (B.Sch.G. §§ 7—20). Doch ist er nicht selbständig uud wird daher regelmäßig durch eine Anweisung des Schiffseigners übrigen Beteiligten gegenüber gedeckt (§ 7 Abs. 2). Seine Verpflichtungen hinsi der Fürsorge für Schiff, Reise und Ladung sind den Verhältnissen der Binnenschi angepaßt (§§ 8—10); bei einem Unfall ist er immer berechtigt, aber nur auf Ver des Schiffseigners oder eines Ladungsbeteiligten verpflichtet, eine der Verklarung liche Beweisaufnahme herbeizuführen (§§ 11—14). Auch er hat kraft seiner Amts gesetzliche Befugnisse, deren vertragsmäßige Einschränkung einem Dritten nur im der Kenntnis entgegengehalten werden kann; doch hat seine gesetzliche Ermächtigung Vertretung des Schiffseigners einen weit geringeren Umfang als nach Seerecht und streckt sich nur auf die Ausstellung von Ladescheinen und auswärts auf die Einz von Frachtforderungen und auf die Vornahme der zur Ausführung der Reise e lichen Geschäfte und Rechtshandlungen, dagegen niemals auf den Abschluß von verträgen und auf die Verpfändung oder Veräußerung des Schiffes (§§ 15—19). Vertreter der Ladungsbeteiligten kann er nur, wenn die Einholung einer Anw untunlich ist, selbständig die zur Abwendung oder Verringerung eines Verlustes e lichen Maßregeln treffen (§ 10 Abs. 3). Für sein Dienstverhältnis gilt die Se ordnung mit einigen Abweichungen; gleich dem Seeschiffer kann er unbeschad Entschädigungsansprüche jederzeit entlassen werden (§ 20).

Der Floßführer kann Angestellter des Floßeigentümers oder eines Fra der die Beförderung des Flosses übernommen hat, oder selbst Frachtflößer sein (Er hat gesetzliche Verpflichtungen, für deren Erfüllung mit der Sorgfalt eines lichen Floßführers er gleichfalls allen Beteiligten (dem Dienstherrn, dem Abl Empfänger, der Floßmannschaft) haftet (§§ 2—14). Eine gesetzliche Vertretungs hat er nicht (§ 15). Dienstverhältnis wie beim Binnenschiffer (§ 16).

§ 93. Die Schiffsoffiziere und die Schiffsmannschaft.

1. Seerecht. Das alte H.G.B. enthielt einen besonderen Titel über die „Schiffsmannschaft" (Tit. 4 Art. 528—556), der aber schon durch die Seemannsordnung vom 27. Dezember 1872 aufgehoben und ersetzt wurde. An ihrer Stelle ist mit dem 1. April 1903 die neue Seemannsordnung vom 2. Juni 1902 in Kraft getreten. Sie ist ein umfassendes Spezialgesetz, das Privatrecht und öffentliches Recht enthält.

Seit alter Zeit bildet die Schiffsbesatzung eine personenrechtliche Gemeinschaft, die im Mittelalter genossenschaftlich organisiert war, heute dagegen einen Herrschaftsverband darstellt. Das Haupt dieser Gemeinschaft ist der Schiffer oder sein Stellvertreter (zunächst der Steuermann) als „Kapitän"; die übrigen ihr angehörigen Personen (bisher als „Schiffsmannschaft" zusammengefaßt) zerfallen in die „Schiffsoffiziere" und die „Schiffsmannschaft" (§ 2). Zu den Schiffsoffizieren, auf die übrigens insoweit, als nichts Besonderes bestimmt ist, die für die Schiffsmannschaft geltenden Regeln Anwendung finden (§ 3 Abs. 2 S. 2), werden die eines staatlichen Befähigungsnachweises (§ 4) bedürftigen Personen, die zur Unterstützung des Kapitäns in der Schiffsführung angestellt sind, sowie die Ärzte, Proviant- und Zahlmeister gerechnet. Zur Schiffsmannschaft gehören alle anderen auf dem Schiff angestellten Personen außer den Lotsen, mithin nicht bloß (wie bisher) die Seefahrer (Vollmatrosen, Leichtmatrosen, Schiffsjungen), sondern auch sonstige männliche und weibliche Bedienstete. Der Kapitän ist der Vorgesetzte aller Schiffsoffiziere und Schiffsleute, jeder Schiffsoffizier Vorgesetzter sämtlicher Schiffsleute; weitere Verhältnisse dienstlicher Über- und Unterordnung können vom Reeder oder Kapitän festgesetzt werden (§ 3). Grundlage der Rechtsstellung als Schiffsoffizier oder Schiffsmann ist ein mit dem Schiffer als Vertreter des Reeders oder mit dem Reeder selbst geschlossener privatrechtlicher Dienstvertrag („Heuervertrag"). Allein weil dieser Vertrag die Einordnung in die Schiffsgemeinschaft und damit eine weitgehende personenrechtliche Gebundenheit bewirkt, sind der Vertragsfreiheit enge Grenzen gezogen; sämtliche Vorschriften der Seemannsordnung sind im Zweifel zwingendes Recht (§ 1). Und weil die Schiffsgemeinschaft zugleich als ein in das öffentliche Recht hineinreichender Verband erscheint, findet eine staatliche Aufsicht und Mitwirkung statt; Organe derselben sind die Seemannsämter (Landesbehörden unter Oberaufsicht des Reichs, in den Schutzgebieten vom Reichskanzler bestellte Behörden, im Auslande die Konsulate; § 5).

Öffentlicher Kontrolle unterliegt insbesondere die Begründung und Beendigung des Dienstverhältnisses. Jeder Schiffsmann bedarf eines vom Seemannsamt ausgestellten „Seefahrtsbuches"; der deutsche Schiffsmann muß das 14. Lebensjahr vollendet haben und, wenn er minderjährig ist, die Ermächtigung seines gesetzlichen Vertreters, die für ein für allemal gilt, nachweisen (§§ 7—11). Der Kapitän hat die „Musterung" bei dem Seemannsamte zu bewirken; die „Anmusterung" erfolgt durch Verlautbarung des Heuervertrages, die „Abmusterung" durch Verlautbarung seiner Beendigung; die Musterungsverhandlung wird als „Musterrolle" für den Kapitän ausgefertigt, die Musterung in der Musterrolle und im Seefahrtsbuch vermerkt (§§ 12—26).

Der Abschluß des Heuervertrages selbst ist formfrei; doch muß der Kapitän dem Schiffsmann einen unterschriebenen „Heuerschein" geben. Die Gültigkeit des Vertrages hängt von der Anmusterung nicht ab. Der Vertrag kann für eine bestimmte Reise oder auf Zeit, bei unbestimmter Zeit nur mit Kündigungsvorbehalt geschlossen werden; Kündigungsfristen und sonstige die Lösung betreffende Zeitbestimmungen müssen für beide Teile gleich bemessen sein. Fehlt es an einer ausdrücklichen Heuervereinbarung, so gilt die im Anmusterungshafen übliche Heuer als vereinbart. Wird ein Schiffsmann erst nach Anfertigung der Musterrolle geheuert, so gelten für ihn mangels besonderer Abrede überhaupt die laut Musterrolle mit der übrigen Schiffsmannschaft vereinbarten Vertragsbestimmungen. (Vgl. §§ 27—31.)

Der Schiffsmann ist verpflichtet, die bedungenen Dienste zu leisten. Tritt er den Dienst nicht rechtzeitig an, so kann bei einer Verzögerung von mehr als 24 Stunden der Kapitän oder Reeder zurücktreten; auf Antrag des Kapitäns kann aber der Schiffsmann auch durch das Seemannsamt (event. die Ortspolizeibehörde) zwangsweise zum

wird (§ 533); Beschränkungen kann der Reeder einem Dritten nur entgegensetzen, soweit sie diesem bekannt waren (§ 531). Diese gesetzliche Vollmacht des Schiffers erstreckt sich, solange das Schiff sich im Heimatshafen befindet, nur auf die Annahme der Schiffsmannschaft (§ 526); außerhalb des Heimatshafens umfaßt sie alle Geschäfte und Rechtshandlungen zur Ausrüstung, Bemannung und Verproviantierung des Schiffes und zur Ausführung der Reise mit Einschluß von Frachtverträgen und Klagen (§ 527); ferner Kreditgeschäfte aller Art (Darlehen, Borgkäufe, Bodmerei), wenn und soweit sie zur Erhaltung des Schiffes oder zur Ausführung der Reise notwendig sind (§ 528); endlich den Verkauf des Schiffes in öffentlicher Form, sobald eine dringende Notwendigkeit vorliegt und gehörig festgestellt ist (§ 530). Den Ladungsbeteiligten gegenüber ist der Schiffer insbesondere befugt, zur Abwendung oder Verringerung eines Verlustes der Ladung selbst Güter zu löschen oder äußersten Falles zu verkaufen oder zu verbodmen, auch ihre Wiedererlangung gerichtlich oder außergerichtlich zu betreiben, bei einer durch Zufall veränderten Richtung der Reise den Umständen nach zu verfahren und in Notfällen auch behufs Fortsetzung der Reise Güter zu verbodmen oder zu verkaufen (§§ 535—542).

Die Entlassung des Schiffers durch den Reeder kann selbst bei gegenteiliger Abrede jederzeit erfolgen, jedoch unbeschadet seines Anspruchs auf Entschädigung (§ 545). Was der Schiffer im Falle vorzeitiger Entlassung an Heuer und sonstiger Vergütung (insbesondere für Rückbeförderung) zu fordern hat, ist je nach dem Grunde der Entlassung genau bestimmt (§§ 546—550, zum Teil abgeändert durch Novelle vom 2. Juni 1902); ist er vertragsmäßig als Mitreeder beteiligt, so kann er Übernahme seiner Schiffspart zum Schätzungswert verlangen (§ 552). Nach Ablauf längerer Zeit kann der auf unbestimmte Zeit angestellte Schiffer seinerseits die Entlassung fordern (§ 551). Besonders geregelt sind die Verpflichtungen des Reeders im Falle der Erkrankung oder Verwundung des Schiffers (§§ 553—553b nach Novelle vom 2. Juni 1902) und im Falle seines Todes (§ 554), sowie die Pflichten und Rechte des Schiffers, die noch nach dem Verluste des Schiffes bestehen (§ 555).

2. Binnenschiffahrtsrecht. Der Führer eines Binnenschiffs, der gleichfalls „Schiffer" heißt, hat gegenüber dem Schiffseigner und allen anderen Beteiligten eine ähnliche Rechtsstellung wie der Seeschiffer (B.Sch.G. §§ 7—20). Doch ist er minder selbständig uud wird daher regelmäßig durch eine Anweisung des Schiffseigners den übrigen Beteiligten gegenüber gedeckt (§ 7 Abs. 2). Seine Verpflichtungen hinsichtlich der Fürsorge für Schiff, Reise und Ladung sind den Verhältnissen der Binnenschiffahrt angepaßt (§§ 8—10); bei einem Unfall ist er immer berechtigt, aber nur auf Verlangen des Schiffseigners oder eines Ladungsbeteiligten verpflichtet, eine der Verklarung ähnliche Beweisaufnahme herbeizuführen (§§ 11—14). Auch er hat kraft seiner Anstellung gesetzliche Befugnisse, deren vertragsmäßige Einschränkung einem Dritten nur im Falle der Kenntnis entgegengehalten werden kann; doch hat seine gesetzliche Ermächtigung zur Vertretung des Schiffseigners einen weit geringeren Umfang als nach Seerecht und erstreckt sich nur auf die Ausstellung von Ladescheinen und auswärts auf die Einziehung von Frachtforderungen und auf die Vornahme der zur Ausführung der Reise erforderlichen Geschäfte und Rechtshandlungen, dagegen niemals auf den Abschluß von Frachtverträgen und auf die Verpfändung oder Veräußerung des Schiffes (§§ 15—19). Als Vertreter der Ladungsbeteiligten kann er nur, wenn die Einholung einer Anweisung untunlich ist, selbständig die zur Abwendung oder Verringerung eines Verlustes erforderlichen Maßregeln treffen (§ 10 Abs. 3). Für sein Dienstverhältnis gilt die Gewerbeordnung mit einigen Abweichungen; gleich dem Seeschiffer kann er unbeschadet seiner Entschädigungsansprüche jederzeit entlassen werden (§ 20).

Der Floßführer kann Angestellter des Floßeigentümers oder eines Frachtflößers, der die Beförderung des Flosses übernommen hat, oder selbst Frachtflößer sein (Fl.G. § 1). Er hat gesetzliche Verpflichtungen, für deren Erfüllung mit der Sorgfalt eines ordentlichen Floßführers er gleichfalls allen Beteiligten (dem Dienstherrn, dem Absender, dem Empfänger, der Floßmannschaft) haftet (§§ 2—14). Eine gesetzliche Vertretungsbefugnis hat er nicht (§ 15). Dienstverhältnis wie beim Binnenschiffer (§ 16).

§ 93. Die Schiffsoffiziere und die Schiffsmannschaft.

1. Seerecht. Das alte H.G.B. enthielt einen besonderen Titel über die „Schiffsmannschaft" (Tit. 4 Art. 528—556), der aber schon durch die Seemannsordnung vom 27. Dezember 1872 aufgehoben und ersetzt wurde. An ihrer Stelle ist mit dem 1. April 1903 die neue Seemannsordnung vom 2. Juni 1902 in Kraft getreten. Sie ist ein umfassendes Spezialgesetz, das Privatrecht und öffentliches Recht enthält.

Seit alter Zeit bildet die Schiffsbesatzung eine personenrechtliche Gemeinschaft, die im Mittelalter genossenschaftlich organisiert war, heute dagegen einen Herrschaftsverband darstellt. Das Haupt dieser Gemeinschaft ist der Schiffer oder sein Stellvertreter (zunächst der Steuermann) als „Kapitän"; die übrigen ihr angehörigen Personen (bisher als „Schiffsmannschaft" zusammengefaßt) zerfallen in die „Schiffsoffiziere" und die „Schiffsmannschaft" (§ 2). Zu den Schiffsoffizieren, auf die übrigens insoweit, als nichts Besonderes bestimmt ist, die für die Schiffsmannschaft geltenden Regeln Anwendung finden (§ 3 Abs. 2 S. 2), werden die eines staatlichen Befähigungsnachweises (§ 4) bedürftigen Personen, die zur Unterstützung des Kapitäns in der Schiffsführung angestellt sind, sowie die Ärzte, Proviant- und Zahlmeister gerechnet. Zur Schiffsmannschaft gehören alle anderen auf dem Schiff angestellten Personen außer den Lotsen, mithin nicht bloß (wie bisher) die Seefahrer (Vollmatrosen, Leichtmatrosen, Schiffsjungen), sondern auch sonstige männliche und weibliche Bedienstete. Der Kapitän ist der Vorgesetzte aller Schiffsoffiziere und Schiffsleute, jeder Schiffsoffizier Vorgesetzter sämtlicher Schiffsleute; weitere Verhältnisse dienstlicher Über- und Unterordnung können vom Reeder oder Kapitän festgesetzt werden (§ 3). Grundlage der Rechtsstellung als Schiffsoffizier oder Schiffsmann ist ein mit dem Schiffer als Vertreter des Reeders oder mit dem Reeder selbst geschlossener privatrechtlicher Dienstvertrag („Heuervertrag"). Allein weil dieser Vertrag die Einordnung in die Schiffsgemeinschaft und damit eine weitgehende personenrechtliche Gebundenheit bewirkt, sind der Vertragsfreiheit enge Grenzen gezogen; sämtliche Vorschriften der Seemannsordnung sind im Zweifel zwingendes Recht (§ 1). Und weil die Schiffsgemeinschaft zugleich als ein in das öffentliche Recht hineinreichender Verband erscheint, findet eine staatliche Aufsicht und Mitwirkung statt; Organe derselben sind die Seemannsämter (Landesbehörden unter Oberaufsicht des Reichs, in den Schutzgebieten vom Reichskanzler bestellte Behörden, im Auslande die Konsulate; § 5).

Öffentlicher Kontrolle unterliegt insbesondere die Begründung und Beendigung des Dienstverhältnisses. Jeder Schiffsmann bedarf eines vom Seemannsamt ausgestellten „Seefahrtsbuches"; der deutsche Schiffsmann muß das 14. Lebensjahr vollendet haben und, wenn er minderjährig ist, die Ermächtigung seines gesetzlichen Vertreters, die aber ein für allemal gilt, nachweisen (§§ 7—11). Der Kapitän hat die „Musterung" bei dem Seemannsamte zu bewirken; die „Anmusterung" erfolgt durch Verlautbarung des Heuervertrages, die „Abmusterung" durch Verlautbarung seiner Beendigung; die Anmusterungsverhandlung wird als „Musterrolle" für den Kapitän ausgefertigt, die Abmusterung in der Musterrolle und im Seefahrtsbuch vermerkt (§§ 12—26).

Der Abschluß des Heuervertrages selbst ist formfrei; doch muß der Kapitän dem Schiffsmann einen unterschriebenen „Heuerschein" geben. Die Gültigkeit des Vertrages hängt von der Anmusterung nicht ab. Der Vertrag kann für eine bestimmte Reise oder auf Zeit, bei unbestimmter Zeit nur mit Kündigungsvorbehalt geschlossen werden; Kündigungsfristen und sonstige die Lösung betreffende Zeitbestimmungen müssen für beide Teile gleich bemessen sein. Fehlt es an einer ausdrücklichen Heuervereinbarung, so gilt die im Anmusterungshafen übliche Heuer als vereinbart. Wird ein Schiffsmann erst nach Anfertigung der Musterrolle geheuert, so gelten für ihn mangels anderer Abrede überhaupt die laut Musterrolle mit der übrigen Schiffsmannschaft vereinbarten Vertragsbestimmungen. (Vgl. §§ 27—31.)

Der Schiffsmann ist verpflichtet, die bedungenen Dienste zu leisten. Tritt er den Dienst nicht rechtzeitig an, so kann bei einer Verzögerung von mehr als 24 Stunden der Kapitän oder Reeder zurücktreten; auf Antrag des Kapitäns kann aber der Schiffsmann auch durch das Seemannsamt (event. die Ortspolizeibehörde) zwangsweise zum

Antritt und zur Fortsetzung des Dienstes angehalten werden (§ 32—33). Der Schiffsmann schuldet strengen dienstlichen Gehorsam (§ 34). Das Gesetz schützt ihn aber gegen übermäßige Anforderungen durch genaue Vorschriften über die Normalarbeitszeit, den Wachtdienst, die Sonntagsruhe und die bei Gefahr und bei Verlust des Schiffes geschuldeten außerordentlichen Dienstleistungen (§§ 35—42). Außerdem ist der Schiffsmann zur Nüchternheit und zu anständigem Betragen verpflichtet (§ 85), muß erforderliche Mitteilungen wahrheitsgemäß machen (§ 86) und darf ohne Erlaubnis nicht Güter für eigne Rechnung mitführen oder verbotene Sachen an Bord bringen (§§ 87—88).

Der Schiffsmann ist *berechtigt*, Vergütung zu fordern. Die bedungene Heuer mindert sich durch Rangherabsetzung wegen Unfähigkeit, erhöht sich dagegen durch verdienten Überstundenlohn, durch Verringerung der Mannschaft während der Reise und bei mehr als zweijähriger Abwesenheit des Schiffs durch gesetzliches Aufrücken in eine höhere Rang- oder Gehaltsstufe; im Zweifel ist die Heuer erst nach Beendigung des Dienstverhältnisses fällig, doch kann der Schiffsmann ortsgebräuchliche Vorschußzahlungen oder Handgelder fordern; über die verdiente Heuer und die auf sie geleisteten Zahlungen ist ein Abrechnungsbuch anzulegen und auf Verlangen überdies dem Schiffsmann ein Heuerbuch einzuhändigen (§§ 44—53). Ein dem Schiffsmann zugesagter Anteil an Fracht oder Gewinn gilt nicht als Heuer (§ 81). Der Schiffsmann hat ferner Anspruch auf Beköstigung und Logisraum, bei notwendigen Entbehrungen auf besondere Vergütung (§§ 54 bis 57); ein Schiffsoffizier oder mindestens drei Schiffsleute sind zur Erhebung einer Beschwerde wegen Seeuntüchtigkeit des Schiffes oder wegen ungenügender oder verdorbener Vorräte bei dem Seemannsamte befugt, das das Ergebnis der Untersuchung in das Schiffstagebuch einzutragen und bei begründeter Beschwerde für Abhilfe zu sorgen hat (§ 58). Im Falle der Erkrankung oder Verletzung hat der Schiffsmann Anspruch auf kostenfreie Verpflegung und Heilbehandlung für 3 bis 6 Monate, sowie auf Rückbeförderung und auf Fürsorge, wenn er am Lande zurückgelassen werden muß (§§ 59—63). Stirbt der Schiffsmann, so hat der Kapitän für gehörige Bestattung und für Sicherung des Nachlasses zu sorgen (§§ 64—65).

Die *Beendigung* des Dienstverhältnisses durch Ablauf der Dienstzeit oder Verlust des Schiffes, die Gründe, aus denen der Schiffsmann vorzeitig entlassen werden oder vorzeitige Entlassung fordern kann, und die in jedem Falle dem Schiffsmann in Ansehung der Heuer und etwaiger freier Rückbeförderung zustehenden Ansprüche sind im Gesetz genau geregelt (§ 66—80). Außerhalb des Reichsgebiets darf ein Schiffsmann regelmäßig nur mit Genehmignng des Seemannsamtes zurückgelassen werden (§ 83).

Dem Kapitän steht eine *Disziplinargewalt* über den Schiffsmann zu; die Ausübung dieser Gewalt, die Disziplinarfälle und die zulässigen Disziplinarmaßregeln sind in einem besonderen Abschnitt der Seemannsordnung geregelt (§§ 84—92).

Außerdem enthält die Seemannsordnung ein umfangreiches *Sonderstrafrecht*, durch das Schiffsleuten, Schiffsoffizieren, Kapitänen und Reedern für schwerere Pflichtverletzungen Strafen gedroht werden und das bei den Seemannsämtern stattfindende Verfahren zur Untersuchung und vorläufigen Straffestsetzung geordnet wird (§§ 93—127).

Die *Stellenvermittlung* für Schiffsleute ist durch ein besonderes R.G. v. 2. Juni 1902 als konzessionspflichtiges Gewerbe geregelt.

2. *Binnenschiffahrtsrecht*. Die Schiffsmannschaft der Binnenschiffe untersteht der Gewerbeordnung; indes gelten einzelne besondere Rechtssätze hinsichtlich des Dienstantritts (Rücktrittsrecht des Dienstherrn bei einer Verzögerung über 24 Stunden), der dienstlichen Verpflichtungen des Schiffsmanns, der Lohnzahlung (im Zweifel am Schluß jeder zweiten Woche zu verlangen) und der Beendigung des Dienstverhältnisses (auch durch grundlose Entlassung, unbeschadet der Entschädigungsansprüche; B.Sch.G. §§ 22 bis 25). — Ganz ähnliche Bestimmungen trifft das Flößereigesetz (§§ 17—21) für die Floßmannschaft.

§ 94. Frachtgeschäft zur Beförderung von Gütern.

1. Seefrachtvertrag. Der Vertrag über die Beförderung von Gütern zur See wird zwischen einem „Verfrachter" (dem Reeder oder Ausrüster) und einem „Befrachter" geschlossen; als Vertreter des Befrachters bei der Übergabe der Güter kommt in besonderer „Ablader", als Vertreter des Empfängers bei der Entgegennahme ein besonderer „Abnehmer" vor.

Es gibt zwei Arten des Seefrachtvertrages (§ 556). Die eine ist die Charterung, bei der das Schiff im ganzen (außer der Kajüte, § 558) oder zu einem verhältnismäßigen Teil oder ein bestimmter Schiffsraum verfrachtet wird, die andere der Stückgütervertrag, der sich auf die Beförderung bestimmter einzelner Güter richtet. Auch die Charterung hat zu ihrem eigentlichen Gegenstande die Beförderung der einzuladenden Güter, ist daher Werkvertrag, nicht Sachmiete.

Einer Form bedarf der Seefrachtvertrag nicht. Doch kann bei der Charterung jeder Teil die Errichtung einer schriftlichen Urkunde verlangen, die den Namen „Chartepartie" (von carta partita, der einst im Zickzack zerschnittenen Doppelurkunde) führt (§ 557).

Die Verbindlichkeiten des Verfrachters richten sich auf Ausführung des Transportes und auf Bewahrung des Gutes. Der Verfrachter muß das Schiff in seetüchtigem Stande liefern (§ 559) und an den ihm angewiesenen oder ortsüblichen Ladungsplatz hinlegen (§ 560). Er hat sodann die Güter, die ihm kostenfrei bis an das Schiff zu liefern sind, auf seine Kosten einzuladen (§ 561); statt der beredeten Güter muß er andere nehmen, wenn dadurch seine Lage nicht erschwert wird (§ 562); seinerseits darf er ohne besondere Erlaubnis die Güter nicht in ein anderes Schiff verladen (§ 563), sie auch nicht auf das Verdeck legen oder an die Seiten des Schiffes hängen (§ 566). Der Befrachter oder Ablader, der schuldhafterweise die Güter unrichtig bezeichnet oder Kriegskonterbande oder sonst verbotene Güter verlädt oder Polizei-, Zoll- oder Steuergesetze übertritt, haftet nicht bloß dem Verfrachter, sondern auch allen übrigen Beteiligten für den Schaden (§ 563). Bei der Charterung hat der Verfrachter während einer Wartezeit, die mit dem Tage nach der Anzeige der Ladebereitschaft beginnt, auf die Ladung zu warten; als Wartezeit gilt stets zunächst die bedungene oder örtlich vorgeschriebene „Ladezeit", während deren der Verfrachter unentgeltlich warten muß, außerdem aber im Falle der Vereinbarung eine weitere, im Zweifel 14 Tage betragende „Überliegezeit", während deren der Verfrachter Anspruch auf eine Vergütung („Liegegeld") hat; zur Verladung ungeeignete Tage werden nicht eingerechnet; nach Ablauf der Wartezeit braucht der Verfrachter, falls er dies drei Tage vorher dem Befrachter erklärt hat, nicht länger zu warten, kann vielmehr die Reise auch ohne vollständige Ladung antreten und trotzdem volle Fracht nebst Liegegeld, sowie überdies Ersatz etwaiger Mehrkosten (z. B. für Ballast) und Sicherstellung wegen nicht zureichender Pfanddeckung fordern; auf Verlangen des Befrachters muß er aber auch die Reise ohne volle Ladung antreten, hat jedoch dann die gleichen Ansprüche (§§ 567—579). Bei dem Stückgütervertrage besteht keine Wartezeit; der Befrachter muß die Abladung ohne Verzug auf die Aufforderung des Schiffers bewirken, widrigenfalls der Verfrachter abreisen und, wenn er dies vorher angezeigt hat, gleichwohl die volle Fracht fordern kann (§ 588). Nach der Ankunft im Löschungshafen hat der Schiffer das Schiff an den angewiesenen oder ortsüblichen Löschungsplatz hinzulegen (§ 592); die Kosten der Ausladung trägt im Zweifel der Verfrachter, die übrigen Löschungskosten der Empfänger (§ 593). Bei der Charterung läuft vom Tage nach der Anzeige der Löschbereitschaft eine Löschzeit und im Falle der Vereinbarung überdies eine Überliegezeit, für die gleiche Regeln wie für die Wartezeit bei der Ladung gelten; nach Ablauf der Wartezeit ist bei Verzug des Empfängers der Verfrachter berechtigt und, wenn der Empfänger ausdrücklich die Annahme verweigert oder auf gehörige Anzeige sich nicht erklärt oder nicht zu ermitteln ist, sogar verpflichtet, unter Benachrichtigung des Empfängers und eventuell zugleich des Befrachters die Güter in einem öffentlichen Lagerhause oder sonst in sicherer Weise zu hinterlegen (§§ 594—603). Für Stückgüter gilt auch hier keine Wartezeit (§ 604). — Die Haftung des Verfrachters

für Verlust oder Beschädigung von Gütern entspricht hinsichtlich des Umfanges seiner Verantwortlichkeit und hinsichtlich der Bemessung des zu leistenden Schadensersatzes der Haftung des Frachtführers (vgl. oben § 85 Z. 3 b); der Verfrachter ist aber insofern günstiger gestellt, als alle Ansprüche wegen Beschädigung oder teilweisen Verlustes, mag der Mangel äußerlich erkennbar sein oder nicht, erlöschen, wenn vor der Übernahme der Güter eine amtliche Besichtigung, die sowohl der Empfänger wie der Schiffer veranlassen kann, nicht stattgefunden hat und der Empfänger nicht spätestens am zweiten Werktage nach der Übernahme die nachträgliche Besichtigung erwirkt; nur die Haftung aus Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit einer Person der Schiffsbesatzung bleibt vorbehalten (§§ 606 bis 613).

Die Rechte des Verfrachters richten sich auf Bezahlung der bedungenen oder üblichen Fracht mit Nebengebühren und etwaigem Liegegelde, auf Erstattung der Auslagen, zu denen jedoch die gewöhnlichen und ungewöhnlichen Kosten der Schiffahrt nicht gehören, und auf Ersatz des vom Befrachter oder Ablader verschuldeten Schadens; eine außerordentliche Vergütung, wie Kaplaken oder Prämien, kann er nur kraft besonderer Abrede fordern (§§ 614, 619—622, 563). Ausgelaufene Behältnisse, die mit flüssiger Ware gefüllt waren, muß er an Zahlungs Statt nehmen; im übrigen können ihm (abweichend vom älteren Recht) Frachtgüter nicht an Zahlungs Statt aufgedrungen werden (§ 616). Die Fracht für Güter, die durch einen Unfall verloren gegangen sind, ist nach alter Regel nicht verdient, kann daher vom Verfrachter nicht gefordert und muß von ihm im Falle der Vorauszahlung zurückgezahlt werden; doch gilt eine Ausnahme für Güter, deren Verlust infolge ihrer natürlichen Beschaffenheit eingetreten ist, und für gestorbene Tiere (§§ 617—618). Die Ansprüche des Verfrachters gehen gegen den Befrachter; er braucht aber die Güter dem Empfänger nur gegen Zahlung von Fracht und Spesen, sowie nach Bezahlung oder Sicherstellung der auf den Gütern haftenden Havereibeiträge, Bergungs- und Hilfskosten und Bodmereigelder auszuliefern (§ 614 Abs. 2, § 615); im Falle des Streites über seine Forderungen muß er ausliefern, sobald die streitige Summe öffentlich hinterlegt ist (§ 624). Hat er ausgeliefert, so wird ihm der Empfänger durch die Annahme der Güter persönlich nach Maßgabe des Frachtvertrages verpflichtet (§ 614 Abs. 1), während ihm ein Rückgriffsrecht gegen den Befrachter nur insoweit zusteht, als dieser sich mit seinem Schaden bereichern würde (§ 625). Hat er dagegen nicht ausgeliefert, so behält er, wenn der Empfänger zur Abnahme bereit ist, aber nicht zahlt, ein Rückgriffsrecht gegen den Befrachter wegen des beim Pfandverkaufe erlittenen Ausfalles (§ 626); werden ihm die Güter überhaupt nicht abgenommen, so kann er unmittelbar vom Befrachter, der dann in Ansehung der Abnahme der Güter an Stelle des Empfängers tritt, Befriedigung fordern (§ 627). Wegen aller seiner Forderungen aus dem Frachtvertrage hat der Verfrachter ein gesetzliches Pfandrecht an den Gütern, das nicht nur so lange besteht, als die Güter zurückbehalten oder hinterlegt sind, sondern noch 30 Tage nach vollendeter Ablieferung dauert, insofern es während dieser Frist gerichtlich geltend gemacht wird und das Gut noch im Besitz des Empfängers ist (§ 623, § 627 Abs. 2 S. 2).

Besonderheiten gelten hinsichtlich der Aufhebung des Seefrachtvertrages. Zunächst hat der Befrachter ein Rücktrittsrecht gegen Zahlung der „Fautfracht" als Abstandssumme; die Fautfracht beträgt, wenn der Rücktritt vor Antritt der Reise erklärt wird, die halbe Fracht, nach Antritt der Reise die volle Fracht, jedoch bei einer zusammengesetzten Reise, wenn Rückreise oder Reise aus einem Abladungshafen bedungen ist, vor dieser Reise nur zwei Drittel der Fracht, sonst vor Antritt des letzten Reiseabschnitts die Fracht abzüglich eines angemessenen Bruchteils; die Reise gilt schon als angetreten, wenn der Schiffer abgefertigt oder ein Teil der Ladung geliefert und die Wartezeit verstrichen ist; außer der Fautfracht muß der Befrachter die entstandenen Kosten und die Kosten der Wiederausladung tragen, etwa verdientes Liegegeld zahlen und bei Überschreitung der Wartezeit oder Rücktritt nach Antritt der Reise sonstigen Schaden ersetzen; bei bloßer Teilcharterung, falls nicht alle Befrachter zurücktreten, und beim Stückgütervertrage ist der Rücktritt nur gegen Zahlung der vollen Fracht zulässig und insoweit, als Wiederausladung

verlangt wird, dann ausgeschlossen, wenn dadurch eine Verzögerung der Reise bewirkt oder eine Umladung nötig würde (§§ 580—584, 586—587, 589). Der Verfrachter kann nur zurücktreten, wenn ihm bis zum Ablaufe der Wartezeit überhaupt keine Ladung geliefert ist, muß sich dann aber mit der Fautfracht begnügen (§ 585). — Der Frachtvertrag tritt ferner von selbst außer Kraft, wenn durch einen Zufall Schiff oder Güter verloren gehen, und kann von jedem Teil durch einseitige Rücktrittserklärung aufgelöst werden, wenn die Reise durch (staats- oder völkerrechtliche) „Verfügungen von hoher Hand" gehindert oder durch Kriegsausbruch gefährlich wird (doch ist der Rücktritt wegen einer Verfügung von hoher Hand vor Antritt der Reise nur, wenn das Hindernis nicht voraussichtlich von unerheblicher Dauer ist, nach Antritt der Reise erst nach Ablauf einer Wartefrist von drei Monaten in europäischen und fünf Monaten in außereuropäischen Häfen zulässig); in allen diesen Fällen besteht kein Anspruch auf Entschädigung; endet aber der Vertrag nach Antritt der Reise durch Untergang des Schiffes, so ist für gerettete oder geborgene Güter, soweit ihr Wert reicht, „Distanzfracht", d. h. Fracht im Verhältnis der zurückgelegten zur bedungenen Reise, zu entrichten; ebenso ist bei der Auflösung durch Rücktritt nach Antritt der Reise Distanzfracht zu zahlen, wobei der dem Bestimmungshafen nächste Punkt, den das Schiff erreicht hat, entscheidet; besondere Bestimmungen gelten bei Teilzufällen, Verzögerungen, Reparaturen, zusammengesetzten Reisen; Abweichungen treten bei der Teilcharterung und dem Stückgütervertrage ein (§§ 628—641).

Die Rechtsverhältnisse aus dem Seefrachtvertrage empfangen eine besondere Ausgestaltung durch das Konnossement, das sich im Seerecht allgemein ausgebildet hat, seitdem die Begleitung der Ladung durch einen Vertreter des Befrachters aufhörte. Das Konnossement ist eine vom Schiffer oder einem anderen Vertreter des Reeders ausgestellte Urkunde, in welcher der Empfang der Güter behufs Beförderung mit dem Schiff und Ablieferung an einen Empfänger bekannt wird (genaue Vorschriften über den Inhalt in § 643). Der Schiffer hat unverzüglich nach jeder Abladung dem Ablader ein Konnossement in so vielen gleichinhaltlichen Exemplaren, als dieser verlangt, auszustellen; er selbst erhält dafür den etwaigen vorläufigen Empfangsschein zurück und kann die Erteilung einer vom Ablader unterschriebenen Abschrift des Konnossements fordern (§ 642). Das Konnossement kann Rektapapier oder Orderpapier sein; mangels anderer Vereinbarung ist es auf Verlangen des Abladers an die Order des Empfängers oder schlechthin an Order, worunter die Order des Abladers gemeint ist, zu stellen; es kann auch auf den Namen des Schiffers als Empfängers lauten (§ 644). — Jedes Konnossement ist ein Wertpapier, das als Warenpapier den Herausgabeanspruch in Ansehung der Güter verkörpert. Der Schiffer ist verpflichtet, im Löschungshafen die Güter dem legitimierten Inhaber auch nur eines Konnossementsexemplars gegen Rückgabe des mit Empfangsbescheinigung versehenen Papiers auszuliefern; melden sich jedoch mehrere legitimierte Konnossementsinhaber, so muß er sie alle zurückweisen und die Güter hinterlegen (§§ 645, 646, 650). Anweisungen des Abladers wegen Rückgabe oder Auslieferung der Güter und Anforderungen eines Konnossementsinhabers auf Auslieferung vor Erreichung des Bestimmungshafens darf der Schiffer, falls das Konnossement an Order lautet, nur Folge leisten, wenn ihm sämtliche Konnossementsexemplare zurückgegeben werden; bei einem Rektakonnossement ist er zwar, wenn der Ablader und der benannte Empfänger einwilligen, zur Rückgabe oder Auslieferung auch ohne Konnossementsbeibringung verpflichtet, kann aber Sicherheitsleistung wegen zu besorgender Nachteile fordern (§§ 659—660). Hinsichtlich des sachenrechtlichen Erwerbs wirkt die Übergabe des Konnossements gleich der Übergabe der Güter (§ 647, vgl. oben § 70 a. E.); im Verhältnis mehrerer legitimierter Konnossementsinhaber zueinander geht in Ansehung der Wirkungen der Übergabe derjenige vor, an den der Schiffer vor der Anmeldung anderer Ansprüche die Güter ausgeliefert hat, bis zur Auslieferung aber derjenige, an den der gemeinschaftliche Vormann zuerst ein Exemplar unter Herstellung gehöriger Legitimation übergeben hat (§§ 648 bis 649). — Das Konnossement ist gleichzeitig ein skripturrechtliches Verpflichtungspapier. Sein Inhalt ist für das Rechtsverhältnis zwischen Verfrachter und Empfänger

maßgebend, so daß die nicht in das Konnossement aufgenommenen oder von ihm in Bezug genommenen Bestimmungen des Frachtvertrages dem Empfänger gegenüber unwirksam sind, während sie für das Rechtsverhältnis zwischen Verfrachter und Befrachter maßgebend bleiben (§ 651). Der Verfrachter hat daher dem Inhalte des Konnossements gemäß zu liefern; er haftet dem Empfänger für die Richtigkeit der Bezeichnung der übernommenen Güter, selbst wenn er die Übereinstimmung der gelieferten Güter mit den empfangenen nachweist, und wird auch, wenn aus dem Konnossement die Übergabe in Verpackung oder geschlossenen Gefäßen ersichtlich ist, nur durch den Nachweis befreit, daß ungeachtet der Sorgfalt eines ordentlichen Schiffers die Unrichtigkeit nicht wahrgenommen werden konnte (§§ 652—653). Die Verantwortlichkeit des Verfrachters kann jedoch durch besondere Konnossementsklauseln eingeschränkt werden; die Bedeutung der Klauseln „Inhalt unbekannt", „Zahl, Maß, Gewicht unbekannt", „frei von Bruch" oder „Leckage" oder „Beschädigung" ist gesetzlich festgestellt; sichtbare Mängel der äußeren Beschaffenheit muß der Schiffer im Konnossement bemerken, widrigenfalls er für sie trotz befreiender Klausel einstehen muß (§§ 654—658).

Schließt der Befrachter einen Unterfrachtvertrag (z. B. der Charterer einen Stückgütervertrag), so haftet für dessen Erfüllung, soweit sie zu den Dienstobliegenheiten des Schiffers gehört und von diesem (insbesondere durch Güterannahme und Konnossementsausstellung) übernommen ist, nicht der Unterverfrachter, sondern der Reeder mit dem Schiffsvermögen (§ 662).

Das Gesetz schränkt die Vertragsfreiheit nur in wenigen Punkten ein. Infolge hiervon pflegen die großen Reeder durch „Freizeichnungen" in Frachtverträgen und Konnossementen ihre Verpflichtungen weit unter das gesetzliche Maß herabzumindern und namentlich die Haftung für Verlust und Beschädigung fast völlig wegzubedingen.

2. Binnenschiffahrtsrecht. Auf das Frachtgeschäft zur Beförderung von Gütern auf Binnengewässern sind die Regeln des Seefrachtvertrages niemals unmittelbar anwendbar. Doch gelten für dasselbe dem Seerecht nachgebildete Sondervorschriften hinsichtlich der Unterscheidung von Charterung und Stückgütervertrag (letzterer wird aber bei einer Ladung von mehr als 10 000 kg Gewicht als Teilcharterung behandelt); hinsichtlich der Ausführung des Transports und insbesondere der Wartezeit (mit gesetzlicher, nach der Schwere der Ladung abgestufter Dauer der Lade- und Löschzeit und der Überliegezeit und mit gesetzlicher Regelung der Höhe des Liegegeldes); hinsichtlich des Rücktrittsrechts des Frachtführers nach Ablauf der Wartezeit und des willkürlichen Rücktrittsrechts des Absenders (wobei die Fautfracht im Falle der Charterung eines ganzen Schiffes nur $^1/_8$, sonst $^1/_3$ beträgt); hinsichtlich der Auflösung des Frachtvertrags durch zufälligen Verlust des Schiffs oder des Guts oder durch dauernde Behinderung der Reise und der nach Beginn der Reise zu zahlenden Distanzfracht (die seerechtliche Regel, nach der die Fracht auf der Ladung haftet, gilt nicht); vgl. B.Sch.G. §§ 27—57, 64—71. Im übrigen finden teils unmittelbar die Vorschriften für das gewöhnliche Landfrachtgeschäft (§ 27), teils an sie anlehnende Sondervorschriften Anwendung (oben § 85).

Literatur: W. Lewis b. Endemann IV 123 ff.; Die neuen Konnossementsklauseln und die Stellung der Gesetzgebung ihnen gegenüber, 1885. Pappenheim, Z. f. H.R. XLVI 255 ff. Wittmaack, ebenda LIII 337 ff. Cosack §§ 93—94. Boyens II 76—391. — Mittelstein, Z. f. H.R. XLV 541 ff.

§ 95. Frachtgeschäft zur Beförderung von Reisenden. Die Beförderung von Reisenden zur See ist ein Frachtgeschäft.

Der Überfahrtsvertrag, den der Verfrachter mit einem Reisenden schließt, ist nach dem Vorbilde des Stückgütervertrages geregelt. Der Reisende kann, wenn er im Vertrage genannt ist, sein Recht nicht abtreten (§ 664). Er muß alle die Schiffsordnung betreffenden Anweisungen des Schiffers befolgen (§ 665). Bleibt er zurück, weil er vor oder während der Reise nicht rechtzeitig an Bord geht, so muß er das volle Überfahrtsgeld zahlen (§ 666). Dagegen ist nur das halbe Überfahrtsgeld (entsprechend der Fautfracht) zu zahlen, wenn er vor Antritt der Reise zurücktritt oder an der Reise verhindert wird (§ 667). Eine Auflösung des Vertrags ohne Entschädigungspflicht tritt

von Rechts wegen ein, wenn das Schiff durch Zufall verloren geht, und kann durch Rücktritt des Reisenden, wenn die Reise durch Kriegsausbruch gefährdet oder durch Verfügung von hoher Hand aufgehalten wird, — durch Rücktritt des Verfrachters, wenn er die Reise aus einem derartigen Grunde aufgibt oder ohne Verschulden mit einem hauptsächlich zur Güterbeförderung bestimmten Schiff die Güterbeförderung nicht ausführen kann, herbeigeführt werden; in allen diesen Fällen hat, falls die Auflösung erst nach Antritt der Reise erfolgt, der Reisende das Überfahrtsgeld für die zurückgelegte Strecke (entsprechend der Distanzfracht) zu zahlen (§§ 668—670; über das Verhältnis bei Reiseunterbrechung durch Ausbesserung des Schiffs § 671). Auf das Reisegut finden die Regeln über Frachtgüter in Ansehung der Haftung des Verfrachters und des ihm zustehenden Pfandrechts entsprechende Anwendung (§§ 672—675). Die Überfahrtsgelder stehen der Fracht gleich (§ 677).

Die Charterung eines Schiffs, das einem Unternehmer zur Beförderung von Reisenden ganz oder teilweise oder auf eine bestimmte Personenzahl verfrachtet wird, untersteht den für die Charterung zur Güterbeförderung geltenden Regeln, soweit die Natur der Sache ihre Anwendung zuläßt (§ 676).

Die Beförderung von Auswanderern, hinsichtlich deren das H.G.B. seinen Vorbehalt für die Landesgesetze macht (§ 678), ist seitdem in der Hauptsache durch das Reichsgesetz über das Auswanderungswesen vom 9. Juni 1897 geregelt. Neben der Ordnung des (an frei versagbare Konzession gebundenen) Gewerbebetriebes der Unternehmer und Agenten enthält das Gesetz privatrechtliche Bestimmungen, die durch das Erfordernis der Schriftform für den Vertrag mit Auswanderern, durch Einschränkungen der Vertragsfreiheit, durch Schutz der Auswanderer gegen Nachteile aus Verzögerung oder Unterbrechung der Reise, durch Gewährung des Anspruchs auf Rückerstattung des vollen oder noch nicht verdienten Überfahrtsgeldes bei unverschuldeter Verhinderung an Antritt oder Fortsetzung der Reise und durch persönliche Haftbarmachung des Unternehmers wie des Schiffers für Seetüchtigkeit, Einrichtung, Ausrüstung und Verproviantierung des Schiffs nach Maßgabe amtlich kontrollierter Gesetzesvorschriften das gewöhnliche Seefrachtrecht abändern.

§ 96. Bodmerei. Bodmerei ist ein Darlehnsgeschäft, das der Schiffer kraft seiner gesetzlichen Befugnisse unter Zusicherung einer Prämie und unter Verpfändung von Schiff, Fracht und Ladung oder von einem oder mehreren dieser Gegenstände in der Art eingeht, daß der Gläubiger sich nur an die verbodmeten Gegenstände nach der Ankunft des Schiffs am Endort der Bodmereireise halten kann (§ 679).

Die Bodmerei ist im Mittelalter im germanischen Rechtsgebiet auf Grund des germanischen Pfandrechts mit reiner Sachhaftung ausgebildet. Später wurde sie vielfach mit dem römischen foenus nauticum, das sich in den Mittelmeerländern erhalten hatte, zusammengeworfen. Neben der „eigentlichen" Bodmerei des Schiffers wurde nun die Bodmerei des Reeders (Bielbriefvertrag) für Schiffsbau und Schiffsausrüstung und die Bodmerei des Befrachters (Großaventurvertrag, Respondentia) für Warenversendung anerkannt und als „uneigentliche" Bodmerei geregelt (auch im Preuß. A.L.R. und im Code de commerce). Doch gewann die uneigentliche Bodmerei in Deutschland geringe Bedeutung; der im alten H.G.B. (Art. 701) zu ihren Gunsten noch gemachte Vorbehalt für das Landesrecht ist im neuen H.G.B. gestrichen.

Die Befugnis des Schiffers zur Eingehung der Bodmerei ist dadurch bedingt, daß er entweder während des Aufenthalts des Schiffs außerhalb des Heimatshafens zur Ausführung der Reise oder während der Reise im alleinigen Interesse der Ladungsbeteiligten zur Erhaltung und Weiterbeförderung der Ladung des aufgenommenen Geldes bedarf; im letzteren Falle kann er die Ladung allein, sonst zwar Schiff oder Fracht allein, die Ladung aber nur zusammen mit Schiff und Fracht verbodmen (§ 680). Die Höhe der Prämie, die vor allem Gefahrprämie ist, im Zweifel aber die Zinsen einschließt, unterliegt freier Vereinbarung (§ 681).

Die Bodmerei ist an die Form der Beurkundung in einem Bodmereibrief

(Seewechsel) gebunden, den der Schiffer mit bestimmtem Inhalt auszustellen und (auf Verlangen in öffentlich beglaubigter Form) zu unterschreiben hat (§§ 682—683). Der Bodmereigeber kann die Stellung des Bodmereibriefes an die Order des Gläubigers oder lediglich an Order (d. h. an die Order des Bodmereigebers) und die Ausstellung in mehreren Exemplaren verlangen; den Einwand, daß der Schiffer zur Eingehung der Bodmerei nicht oder nicht im vorliegenden Umfange befugt gewesen sei, muß sich auch der Indossatar entgegensetzen lassen (§§ 684, 686). Durch ein vor Ausstellung des Bodmereibriefes vom Konsul (event. von der zuständigen Ortsbehörde oder in deren Ermanglung von den Schiffsoffizieren) erteiltes urkundliches Zeugnis wird die Notwendigkeit des Geschäfts bis zum Gegenbeweise festgestellt (§ 685).

Die Zahlung der Bodmereischuld hat im Zweifel im Bestimmungshafen der Bodmereireise am achten Tage nach Ankunft des Schiffs zu erfolgen; von da an laufen Zinsen der Schuld einschließlich der Prämie; nur eine Zeitprämie läuft bis zur wirklichen Zahlung (§ 687). Berechtigt, die Zahlung gegen Rückgabe des quittierten Bodmereibriefes zu verlangen, ist der legitimierte Inhaber auch nur eines Exemplars; melden sich mehrere legitimierte Inhaber, so sind alle zurückzuweisen und das Geld zu hinterlegen (§§ 688—689).

Die Pfandhaftung der verbodmeten Gegenstände, deren jeder für die ganze Bodmereischuld haftet (§ 691 Abs. 1), ist eine reine Sachhaftung, so daß der Bodmereigläubiger sich lediglich an sie halten kann. Wenn daher auch dem Bodmereigläubiger Haverei nicht zur Last fällt, so trägt er doch den Nachteil, soweit durch Haverei die Gegenstände zu seiner Befriedigung unzureichend werden (§ 690). Doch haftet ihm der Schiffer und im Falle einer von ihm ausgehenden Anordnung auch der Reeder persönlich für den Ausfall aus schuldhafter Vernachlässigung der Gegenstände, Vergrößerung oder Veränderung der Gefahr, willkürlicher Abänderung oder Erweiterung der Reise und verfrühter Auslieferung der Ladung (§§ 692—694). Der Gläubiger kann die verbodmeten Gegenstände nach der Ankunft im Bestimmungshafen ohne weiteres mit Arrest belegen lassen (§ 691 Abs. 2) und nach der Fälligkeit der Bodmereischuld sich aus ihnen im Wege der Zwangsvollstreckung befriedigen (§ 696). Gegen einen dritten Erwerber, der den Besitz in gutem Glauben erlangt hat, kann er seine Rechte nicht geltendmachen; der Empfänger aber, der bei der Annahme die Verbodmung kennt, wird ihm persönlich in Höhe des entzogenen Werts verpflichtet (§ 697).

Wird die Bodmereireise überhaupt nicht angetreten, so wird die Bodmereischuld sofort fällig, die Prämie aber verhältnismäßig herabgesetzt („Ristorno"); endet dagegen die Bodmereireise in einem anderen als ihrem Bestimmungshafen, so ist die Bodmereischuld ohne Abzug von der Prämie hier nach Ablauf der im Zweifel achttägigen Zahlungsfrist zu zahlen (§ 698).

Das Bodmereirecht mit seiner rein dinglichen Haftung findet auch Anwendung, wenn der Schiffer als solcher nicht kraft seiner gesetzlichen Vertretungsmacht, sondern kraft Eigentums an Schiff oder Ladung oder kraft besonderer Anweisung verbodmet (§ 699).

Literatur: Matthias, Das foenus nauticum und die geschichtliche Entwicklung der Bodmerei, 1881. Pappenheim, Z. f. H.R. XL 378 ff.

§ 97. Haverei und Hilfsleistung in Schiffahrtsnot.

1. Haverei überhaupt. Das Seerecht bezeichnet die Schäden und Kosten, die durch einen besonderen Unfall für Schiff oder Ladung oder beide herbeigeführt werden, als „Haverei" (Havarie, vermutlich arabischen Ursprungs). Die Haverei heißt besondere Haverei, wenn der Eigentümer vorbehaltlich des Ersatzanspruches gegen einen Schuldigen den Schaden zu tragen hat, gemeinschaftliche Haverei, wenn eine Schadensverteilung eintritt. Zur gemeinschaftlichen Haverei gehörte früher die kleine Haverei, die gewisse, von dem Verfrachter (zu 1/3) und den Ladungsempfängern (zu 2/3 nach Schiffslasten) gemeinschaftlich zu tragende Kosten der Schiffahrt umfaßte; das geltende Recht dagegen legt sie auch dann, wenn sie durch einen Unfall verursacht sind

(z. B. Aufeisungskosten, Schlepplohn, Lotsengeld, Quarantänegelder), dem Verfrachter allein zur Last (§ 621). Gemeinschaftliche Haverei ist daher nur noch die große Haverei (Havarie grosse); sie umfaßt die behufs Errettung von Schiff und Ladung aus einer gemeinsamen Gefahr vom Schiffer oder auf dessen Geheiß vorsätzlich gebrachten Opfer, die nach einem aus der lex Rhodia entwickelten Weltrecht von Schiff, Fracht und Ladung gemeinsam zu tragen sind (§ 700), jedoch einerseits mit Ausnahme gewisser derartiger Opfer, wie Schädigung durch Prangen (Überanstrengen von Segel oder Maschine) und Reklamekosten (§ 707), anderseits unter Erstreckung auf Aufenthaltskosten infolge Kriegsausbruchs oder Verfügung von hoher Hand (§ 635). Alle durch einen Unfall verursachten Schäden und Kosten, die weder zur großen noch zur kleinen Haverei gehören, sind besondere Haverei (§ 701). — Die Regeln über Haverei sind auf das Binnenschiffahrtsrecht übertragen, doch ist die kleine Haverei enger, die große Haverei teils weiter, teils enger begrenzt (B.Sch.G. §§ 66, 78, 82—83).

2. Große Haverei. Die große Haverei setzt voraus, daß vom Schiffer oder auf dessen Geheiß vorsätzlich dem Schiff oder der Ladung oder beiden Schäden zugefügt oder für sie Kosten aufgewendet sind; daß dies behufs ihrer Errettung aus einer gemeinsamen Gefahr geschehen ist; daß die Maßregel Erfolg gehabt hat, also Schiff und Ladung mindestens teilweise gerettet, nicht aber entweder das Schiff oder alle Güter völlig verloren gegangen sind (§§ 700, 703; B.Sch.G. § 78). Ob die Gefahr verschuldet war, ist nur für die Ersatzleistung von Bedeutung (§ 702; B.Sch.G. § 79). Trifft beteiligte Gegenstände später besondere Haverei, so wird dadurch ihre Beitragslast nur im Falle des Totalverlustes, ihr Vergütungsanspruch wegen Beschädigung nur insoweit aufgehoben, als es sich um einen selbständigen neuen Unfall handelt, der den Schaden, wenn er noch nicht eingetreten gewesen wäre, gleichfalls herbeigeführt hätte (§§ 704—705; B.Sch.G. §§ 80—81.)

Ihrem Umfange nach erstreckt sich die große Haverei nicht bloß auf die unmittelbaren, sondern auch auf die mittelbaren Folgen der ergriffenen Maßregel; für die Hauptfälle (Seewurf und Sachbeschädigung, Überladung in Leichterfahrzeuge, absichtliche Strandung, Anlaufen eines Nothafens, Verteidigung gegen Feinde oder Seeräuber, Loskauf von solchen, Beschaffung der Mittel zur Deckung und Auseinandersetzung der großen Haverei) ist der Umfang gesetzlich bestimmt (§ 706; teilweise abweichend B.Sch.G. §§ 82—84).

Die Schadensberechnung erfolgt durch Abschätzung der verlornen Werte; hinsichtlich des Schiffes und seines Zubehörs werden die am Ausbesserungsort oder am Endort der Reise aufzuwendenden Ausbesserungskosten mit Abzügen wegen Alters, hinsichtlich aufgeopferter oder beschädigter Güter der Marktpreis, den sie am Bestimmungsort oder Endort gehabt hätten, oder der Unterschied zwischen diesem Preise und dem noch vorhandenen Verkaufspreise mit Abzügen wegen ersparter Kosten, hinsichtlich der entgangenen Fracht der Betrag, der dort zu entrichten gewesen wäre, zu Grunde gelegt (§§ 709—715; B.Sch.G. § 85 Abs. 1). Nicht in Ansatz kommen Beschädigungen und Verluste von Gütern, über die kein gehöriger urkundlicher Nachweis vorhanden ist, von nicht deklarierten Wertsachen und bei Seeschiffen von nicht unter Deck geladenen Gütern (§ 708; B.Sch.B. § 85 Abs. 2—3).

Die Schadensverteilung erfolgt auf Schiff, Ladung und Fracht in der Weise, daß Schiff und Zubehör mit dem noch vorhandenen Wert und dem in Rechnung gebrachten Schaden, die Ladung mit dem Wert der bei Beginn der Löschung noch vorhandenen oder in Sicherheit gebrachten Güter, die bei der Haverei an Bord waren, und dem in Rechnung gebrachten Betrag für aufgeopferte Güter und für Beschädigung, die Fracht mit zwei Dritteln des verdienten Bruttoertrages und der entgangenen Fracht verhältnismäßig beitragen; Kriegs- und Mundvorräte, Heuer und Habe der Schiffsbesatzung und das Reisegut sind nicht beitragspflichtig (§§ 716—724). Nach Binnenschiffahrtsrecht fällt auch die Beitragspflicht der Fracht weg (§ 85).

Die Feststellung und Verteilung der Schäden erfolgt am Bestimmungsort oder sonstigen Endort der Reise mittelst Aufmachung der Dispache durch ständige oder

vom Gericht besonders bestellte Dispacheure (im Ausland durch die Konsuln); für rechtzeitige Aufmachung hat der Schiffer zu sorgen (§§ 727—729; nach B.Sch.G. §§ 86—88 kann der Schiffer, wenn kein Beteiligter die Aufmachung durch Dispacheure verlangt, selbst die Dispache aufstellen).

Die Vergütungsberechtigten haben wegen der auf Schiff und Fracht lastenden Beiträge die Rechte von Schiffsgläubigern und ebenso an den beitragspflichtigen Gütern ein gesetzliches Pfandrecht; eine persönliche Verpflichtung wird durch den Havereifall an sich nicht begründet, entsteht aber für den Schiffer und Reeder durch Auslieferung der Güter vor Sicherstellung oder Befriedigung der Beiträge und für den Empfänger durch Annahme von Gütern, deren Beitragspflicht er kennt (§§ 725—726, 730—731; ähnlich B.Sch.G. §§ 89—91).

Das Seerecht kennt eine der Havereiverteilung nachgebildete Schadensausgleichung unter den Ladungsbeteiligten hinsichtlich der Ausfälle bei Ersatzansprüchen wegen Verbodmung oder Verkaufes von Gütern (§§ 732—733).

3. Schiffszusammenstoß. Der Schade durch Zusammenstoß von Schiffen, den das ältere und in gewissen Fällen noch heute das fremde Seerecht verteilt, wird vom deutschen Seerecht als besondere Haverei behandelt (§§ 734—739; B.Sch.G. § 92). Ist der Zusammenstoß durch das Verschulden einer Person der Schiffsbesatzung des einen Schiffes herbeigeführt, so haftet der Reeder (Schiffseigner) mit dem Schiffsvermögen für den dem anderen Schiffe oder seiner Ladung zugefügten Schaden; desgleichen für den Schaden aus dem durch den Zusammenstoß etwa verursachten weiteren Schiffszusammenstoß. Im Falle beiderseitigen Verschuldens richten sich die Ersatzpflicht und ihr Umfang nach den Umständen, insbesondere der überwiegenden Schuld (wie nach B.G.B. § 254). Liegt kein Verschulden vor, so fällt jeder Ersatzanspruch weg. Für einen Zwangslotsen ist der Reeder nicht verantwortlich. Sinkt das beschädigte Schiff vor Erreichung eines Hafens, so gilt die Vermutung, daß dies Folge des Zusammenstoßes war.

4. Bergung und Hilfsleistung. Das Seerecht hat an Stelle des alten Strandrechts einen gesetzlichen Anspruch dritter Personen, die einem Schiffe in Seenot Hilfe leisten, auf eine Vergütung ausgebildet (§§ 740—753). Die Vergütung ist Bergelohn, wenn Schiff oder Ladung, die der Verfügung der Schiffsbesatzung entzogen oder von ihr verlassen waren, in Besitz genommen oder in Sicherheit gebracht werden (einschließlich der Bergung von Seeauswurf oder strandtriftigen Gütern, der Heraufbringung vom Meeresgrunde und der Bergung seetriftiger Güter); bei jeder anderen Hilfe ist sie Hilfslohn. Die Höhe kann vereinbart werden; bei einem noch während der Gefahr geschlossenen Vertrage aber ist eine übermäßige Vergütung auf Verlangen herabzusetzen. Mangels Vereinbarung ist die Höhe nach billigem Ermessen mit Rücksicht auf die besonderen Umstände (Eifer, Zeit, Aufwendungen, Zahl der Helfer, beiderseitige Gefahr, Wert des Geretteten) in Geld festzusetzen; der Bergelohn soll in der Regel ein Drittel des geborgenen Wertes nicht übersteigen und nur ausnahmsweise die Hälfte erreichen, der Hilfslohn niedriger bemessen werden. Unter mehreren Helfern findet die Verteilung nach sachlichen und persönlichen Leistungen, im Zweifel nach Köpfen statt; auch Retter von Menschenleben nehmen gleichmäßig teil. Von dem durch ein helfendes Schiff verdienten Berge- oder Hilfslohn zieht der Reeder zunächst den Ersatz für Schäden und Kosten ab: im übrigen erhält er bei einem Dampfschiffe $^2/_3$, bei einem Segelschiffe $^1/_2$, während der Rest zur Hälfte dem Schiffer gebührt, zur anderen Hälfte nach einem vom Schiffer aufzustellenden, im Falle des Einspruchs endgültig vom Seeamt festzusetzenden Verteilungsplan unter die übrige Besatzung verteilt wird (§ 749 in der Fassung des R.G. v. 1902). Wer seine Dienste aufdrängt oder geborgene Sachen verheimlicht, hat keinen Lohnanspruch. Für die Schuld besteht lediglich eine dingliche Haftung der geborgenen oder geretteten Gegenstände; der Vergütungsberechtigte hat an ihnen ein Pfandrecht (an geborgenen Sachen zugleich ein Zurückbehaltungsrecht) und kann sich aus ihnen wie wegen Bodmereischuld befriedigen. Eine persönliche Verpflichtung entsteht auch hier nur aus ungehöriger Auslieferung oder Empfangnahme. — Die deutsche Strandungsordnung vom 17. Mai 1874 regelt die Organisation der Strandbehörden (Strandämter und Strand-

vögte) und das Verfahren in Bergungs- und Hilfssachen; in privatrechtlicher Hinsicht bestimmt sie, daß nach vergeblichem Aufgebot strandtriftige und vom Strande aus geborgene Güter dem Landesfiskus, seetriftige und vom Meeresgrunde heraufgeholte Güter dem Berger zufallen (§ 35).

Ähnliche, obschon in Einzelheiten abweichende Regeln gelten für Bergung und Hilfsleistung bei Schiffahrtsnot von Binnenschiffen (B.Sch.G. § 93—101) und Flößen (Fl.G. §§ 24—29).

Literatur: W. Ulrich, Große Haverei, 1884. Goldschmidt, Lex Rhodia und Agermanament, Z. f. H.R. XXXV 321 ff. Ph. Heck, Das Recht der großen Haverei, 1889. Schröder b. Endemann IV 259 ff. A. Seeliger, Der „Erfolg" als Voraussetzung der großen Haverei, 1894. — R. Prien, Der Zusammenstoß von Schiffen nach den Gesetzgebungen des Erdballs, 2. Ausg. 1899. G. Haekel, Schadensersatzpflicht des Reeders bei Zusammenstoß von Schiffen, Z. f. H.R. LII 171 ff., LIV 44 ff. — Burchard, Bergung und Hilfsleistung in Seenot, 1897.

§ 98. Schiffsgläubiger. Schiffsgläubiger sind Gläubiger, denen ein Recht bevorzugter Befriedigung aus dem Schiffsvermögen zusteht. Zum Schiffsgläubiger machen die im Gesetz speziell aufgezählten Forderungen (§ 754). Es sind dies im allgemeinen alle Forderungen, die aus der Verwendung des Schiffes zur Seefahrt entstanden sind. Zu ihnen gehören neben den Forderungen, für die der Reeder überhaupt nur mit dem Schiffsvermögen haftet, auch solche, für die zugleich eine persönliche Haftung des Reeders besteht. Dies begründet in Ansehung der Rechte des Schiffsgläubigers keinen Unterschied (§ 762). Unter den Schiffsgläubigern haben die Bodmereigläubiger ein vertragsmäßiges, alle übrigen ein gesetzliches Pfandrecht an Schiff uud Zubehör, sowie an der Bruttofracht derjenigen Reise, aus der die Forderung entstanden ist (§§ 755—760). Die Befriedigung erfolgt im Wege der Zwangsvollstreckung; die Klage kann sowohl gegen den Reeder wie gegen den Schiffer gerichtet werden (§ 761). Unter den Schiffsgläubigern besteht eine feste Rangordnung, die teils durch den Vorzug der späteren Reise, teils durch die Beschaffenheit der Forderung bestimmt wird (§§ 766—770). Allen anderen Gläubigern, auch den Pfandgläubigern, denen das Schiff durch Eintragung verpfändet ist, gehen die Schiffsgläubiger unbedingt vor (§ 776). Das Pfandrecht der Schiffsgläubiger am Schiff und dessen Zubehör ist gegen jeden dritten Besitzer des Schiffes verfolgbar (§ 755 Abs. 2); im Falle der Veräußerung kann jedoch der Erwerber unbekannte Gläubiger im Wege des Aufgebotsverfahrens ausschließen lassen (§ 765). Das Pfandrecht am Schiff erlischt aber nicht nur durch Zwangsversteigerung, sondern auch durch Notverkauf seitens des Schiffers; es geht dann auf das Kaufgeld über und haftet auf diesem, solange es aussteht oder sich noch in den Händen des Schiffers befindet (§ 764). Das Pfandrecht an der Fracht ist solange wirksam, als die Fracht noch aussteht oder der Schiffer die Frachtgelder in Händen hat, mag auch die Frachtforderung vom Reeder abgetreten sein (§ 771 Abs. 1—3). Die Havereivergütung und die Entschädigung aus rechtswidriger Handlung treten für die Schiffsgläubiger an Stelle des Pfandobjektes (§ 775 Abs. 1—2). Durch Einziehung von Fracht, Kaufgeld, Havereivergütung oder Entschädigung und durch Aussendung des Schiffes zu einer neuen Reise wird der Reeder den Schiffsgläubigern in Höhe der ihnen entzogenen Deckung persönlich haftbar (§§ 771—775). — Die gesetzlichen Pfandrechte an den Gütern (wegen Fracht, Bodmereigeld, Havereivergütung, Bergungs- und Hilfskosten) bestehen selbständig neben den Rechten der Schiffsgläubiger; für sie gilt eine besondere Rangordnung (§ 777).

Das Schiffsgläubigerrecht ist mit der erforderlichen Anpassung auf die Binnenschiffahrt übertragen (B.Sch.G. §§ 102—116).

Literatur: Mittelstein, Deutsches Schiffspfandrecht u. Schiffsgläubigerrecht, 1889. H. Pferdemenges, Die rechtliche Natur der Klage des Schiffsgläubigers, 1896. V. Ehrenberg, Das Recht des Schiffsgläubigers, sein Inhalt und seine juristische Natur, Festschrift für Regelsberger, 1901.

§ 99. Seeversicherung. Die Seeversicherung, die seit dem Ende des 13. Jahrhunderts im Seehandel des Mittelmeeres aus dem Seedarlehen hervorwuchs, hat als älteste geschäftlich ausgebildete Art der Versicherung gegen Prämie einerseits vorbildlich auf das ganze Versicherungswesen eingewirkt, anderseits bis heute mancherlei Eigentümlich-

keiten bewahrt. Das Seeversicherungsrecht wurde öfter besonders kodifiziert (z. B. Hamburger Assekuranz- und Havereiordnung von 1731), dann aber in die Handelsgesetzbücher aufgenommen. Im deutschen H.G.B. ist es sehr ausführlich und kasuistisch behandelt. Doch wird das Gesetzesrecht vielfach durch die von den Versicherungsgesellschaften aufgestellten allgemeinen Vertragsbedingungen abgewandelt; in Deutschland beherrschen die Hamburger Bedingungen von 1867 (zuerst 1847) die ganze Seeversicherung mit Ausnahme der nach besonderen Bedingungen von 1875 (zuerst 1818) versichernden Bremer Gesellschaften.

Den Gegenstand der Seeversicherung kann jedes in Geld schätzbare Interesse daran, daß Schiff oder Ladung die Gefahren der Seeschiffahrt besteht, bilden; neben Schiff (V. auf Casco), Fracht, Überfahrtsgeldern, Havereigeldern, anderen Forderungen, zu deren Deckung das Schiffsvermögen oder die Güter dienen, und der Versicherungsgefahr (Rückversicherung) namentlich auch der von der Ankunft der Güter erwartete („imaginäre") Gewinn und die zu verdienende Provision; niemals aber die Heuerforderung des Schiffers und der Schiffsmannschaft (§§ 778—780). Der Versicherungsvertrag ist an sich gültig, wenn auch zur Zeit seines Abschlusses die Gefahr schon überstanden oder der Schaden schon eingetreten war; er ist indes als Versicherungsvertrag ungültig, wenn beide Teile den Sachverhalt kannten, und für den ununterrichteten Teil (für den Versicherer unbeschadet des Rechts auf volle Prämie) unverbindlich, wenn der andere Teil den ihm zu gute kommenden Umstand kannte (§ 785).

Einer Form bedarf der Vertrag nicht; der Versicherungsnehmer kann jedoch die Aushändigung einer Police verlangen (§ 784). Sie kann an Order gestellt werden (oben § 70 Z. 1b).

Vertragschließende Personen sind der Versicherer und der Versicherungsnehmer. Bei der „Versicherung für eigene Rechnung" ist der Versicherungsnehmer zugleich der Versicherte. Möglich aber ist „Versicherung für fremde Rechnung" mit oder ohne Nennung des Versicherten oder auch Versicherung für Rechnung „wen es angeht", bei der zunächst unenthüllt bleibt, ob eigenes oder fremdes Interesse versichert wird. Doch ist jede Versicherung für fremde Rechnung für den Versicherer (unbeschadet seines Anspruchs auf die volle Prämie) unverbindlich, wenn nicht entweder der Versicherungsnehmer vom Versicherten beauftragt oder der Mangel des Auftrags dem Versicherer angezeigt war. (Vgl. §§ 781—783). Im Falle einer Veräußerung des versicherten Gegenstandes (jedoch des Schiffes nur während der Reise) können die Ansprüche des Versicherten auch in Bezug auf künftige Unfälle mitabgetreten werden, ohne daß jedoch hierdurch dem Versicherer ein erhöhtes Risiko auferlegt oder Einreden entzogen würden; ist aber eine Orderpolice ausgestellt, so richtet sich die Übertragung mittels Indossaments nach dem Recht der Orderpapiere (§§ 899—900).

Die Versicherungssumme kann den Versicherungswert nicht übersteigen; die Versicherung, im Falle der Doppelversicherung die spätere Versicherung ist insoweit ungültig, als sie Überversicherung ist; eine Vereinbarung, durch die der Versicherungswert auf eine bestimmte Summe festgesetzt wird („taxierte Police" gegenüber der „offenen"), bindet zwar die Parteien, der Versicherer kann aber eine Herabsetzung der Taxe fordern, wenn er nachweist, daß sie „wesentlich" übersetzt ist; bei der Unterversicherung gilt der Versicherte in Ansehung des Unterschiedes zwischen Versicherungswert und Versicherungssumme als Selbstversicherer, kann daher auch bei Teilschäden nur einen verhältnismäßigen Betrag fordern (§§ 786—794). Über die Berechnung des Versicherungswertes bei den einzelnen Versicherungsgegenständen enthält das H.G.B. genaue Bestimmungen (§§ 795—803; der imaginäre Gewinn beträgt im Zweifel 10 v. H. des Versicherungswertes der Güter). Insoweit der Versicherer Ersatz geleistet hat, tritt er in Ersatzansprüche des Versicherten gegen Dritte von Rechts wegen ein, kann auch die Abtretung einer versicherten Forderung, zu deren Deckung eine der Seegefahr ausgesetzte Sache diente, verlangen (§§ 804—805; dazu § 822).

Der Versicherungsnehmer ist bei Abschluß des Vertrages zur Anzeige aller ihm (und bei Versicherung für fremde Rechnung auch der dem Versicherten) bekannten Um-

stände verpflichtet, die für die Beurteilung des Risikos erheblich sind; bei unterlassener oder unrichtiger Anzeige ist der Versicherer, falls er nicht anderweit unterrichtet war, nicht gebunden, kann aber trotzdem die volle Prämie fordern (§§ 806—811).

Aus dem Versicherungsvertrage entspringen Verpflichtungen des Versicherten. Die Prämie ist im Zweifel sofort (gegen Aushändigung der Police) zu zahlen; zur Zahlung verpflichtet ist der Versicherungsnehmer, im Falle seiner Zahlungsunfähigkeit aber auch der Versicherte (§ 812). Der Versicherte darf die Gefahr nicht willkürlich (insbesondere durch Veränderung oder Verzögerung der Reise) verändern oder vergrößern, widrigenfalls er bei einem Unfall, der nicht auch ohnedies eingetreten wäre, keinen Ersatz verlangen kann (§§ 813—814). Bei der Güterversicherung muß er die Güter in dem bestimmten Schiffe befördern, im Falle der Versicherung in unbestimmten oder unbenannten Schiffen aber, sobald er Nachricht von der Verladung hat, dem Versicherer das Schiff anzeigen; andernfalls wird der Versicherer von der Haftung befreit (§§ 816—817). Jeden ihm bekannt gewordenen Unfall muß der Versicherungsnehmer oder der um die Versicherung wissende Versicherte sofort dem Versicherer anzeigen („andienen"); sonst verliert er den Betrag, um den sich der Schade bei rechtzeitiger Anzeige gemindert hätte (§ 818). Endlich ist der Versicherte verpflichtet, bei jedem Unfalle (womöglich im Einverständnis mit dem Versicherer) für die Rettung der versicherten Sachen und die Abwendung größerer Nachteile tunlichst zu sorgen (§ 819).

Der Umfang der Gefahr, für die der Versicherer einsteht, richtet sich nach der Vereinbarung, ist aber subsidiär durch das Gesetz genau bestimmt. Im Zweifel trägt der Versicherer alle Gefahren, denen Schiff oder Ladung während der Dauer der Versicherung ausgesetzt sind, somit neben den eigentlichen Seegefahren auch die Gefahren aus Feuer, Krieg oder Verfügung von hoher Hand, Verschulden Dritter, Unredlichkeit der Schiffsbesatzung, Verbodmung oder Notverkauf von Gütern, Haftung aus Schiffszusammenstoß; nicht jedoch bei der Versicherung von Schiff und Fracht die Gefahr aus Mängeln des Schiffs oder seiner Ausrüstung und aus der Haftung des Reeders für Schädigung Dritter durch Verschulden der Schiffsbesatzung (außer dem Falle des Schiffszusammenstoßes), nicht bei der Schiffsversicherung den Schaden aus gewöhnlicher Abnutzung, Alter, Fäulnis oder Wurmfraß, nicht bei der Versicherung von Gütern oder Fracht den Schaden aus natürlicher Beschaffenheit der Güter, mangelhafter Verpackung, Ratten- oder Mäusefraß und nicht den vom Versicherten selbst verschuldeten Schaden (§§ 820—821). Die Dauer der Versicherung wird bei der Versicherung für eine bestimmte Reise durch den Beginn der Ladung und die Beendigung der Löschung, bei der Versicherung auf Zeit durch den Anfang des ersten und den Ablauf des letzten Tages (von Mitternacht bis Mitternacht) begrenzt; im einzelnen gelten zahlreiche Sondervorschriften (§§ 823—833). Der Versicherer trägt auch die Havereibeiträge und die im Sinne der großen Haverei gebrachten Opfer, sowie die für Rettung und Schadensfeststellung aufgewendeten Kosten; die Kosten muß er auch insoweit, als sie die Versicherungssumme übersteigen, erstatten; er kann sich jedoch, wenn er dies binnen drei Tagen erklärt, durch Zahlung der vollen Versicherungssumme von der Haftung für nicht schon entstandene Kosten befreien (§§ 834—843). Besondere Havereien hat der Versicherer nicht zu ersetzen, wenn sie 3 Prozent (oder den im Vertrage bestimmten Prozentsatz) des Versicherungswertes nicht übersteigen (§§ 845—847). Für einzelne die Haftung beschränkende Policeklauseln (wie „frei von Kriegsmolest," „nur für Seegefahr," „für behaltene Ankunft," „frei von Beschädigung außer im Strandungsfall," „frei von Bruch außer im Strandungsfall") gelten gesetzliche Auslegungsregeln (§§ 848—853).

Hinsichtlich des Umfanges des Schadens ist Totalverlust und Teilschade zu unterscheiden. Totalverlust liegt vor, wenn der versicherte Gegenstand in einer versicherten Gefahr für den Versicherten vollständig (oder doch nur mit Ausnahme einzelner Teile des Wracks oder Inventars) verloren gegangen ist; im Falle des Totalverlustes hat der Versicherer die volle Versicherungssumme (abzüglich des durch den Unfall Ersparten und des Erlöses für Gerettetes) zu zahlen, tritt aber damit von Rechts wegen in die Rechte des Versicherten in Ansehung des versicherten Gegenstandes ein (§§ 854—860).

In gewissen Fällen ist der Versicherte zum Abandon befugt; er kann, als wäre Totalverlust eingetreten, gegen Abtretung seiner Rechte die Zahlung der vollen Versicherungssumme fordern (§§ 861—871). Der Hauptfall ist die Schiffsverschollenheit; sie liegt vor, wenn innerhalb der Verschollenheitsfrist, die je nach der Reiseentfernung 6 (bei Dampfern nur 4), 9 oder 12 Monate beträgt, weder das Schiff im Bestimmungshafen angekommen noch Nachricht über das Schiff eingelaufen ist. Außerdem tritt das Abandonrecht ein, wenn Schiff oder Güter unter Embargo gelegt, von einer kriegführenden Macht aufgebracht, auf andere Weise durch Verfügung von hoher Hand angehalten oder durch Seeräuber genommen und nicht innerhalb einer Frist von 6, 9 oder 12 Monaten freigegeben sind. Der Abandon muß rechtzeitig und gehörig erklärt werden, widrigenfalls das Abandonrecht erlischt und nur noch die gewöhnlichen Ansprüche aus dem Versicherungsvertrage geltendgemacht werden können. Die Abandonfrist, innerhalb deren die Abandonerklärung dem Versicherer zugegangen sein muß, beträgt 6 oder 9 Monate seit Eintritt des Abandonrechts. Die Erklärung muß vorbehaltlos und vollständig lauten und ist unwiderruflich. Mit ihr gehen die Rechte des Versicherten in Ansehung des versicherten Gegenstandes auf den Versicherer über. Der Versicherte muß aber auch nachher dem Versicherer zur Erlangung der abandonnierten Gegenstände behilflich sein. Auch hat er auf Verlangen einen „Abandonrevers" in öffentlich beglaubigter Form zu erteilen. — Bei bloßem Teilschaden hat der Versicherer den Unterschied zwischen dem erhaltenen Wert und dem Versicherungswert vollständig oder im Falle der Unterversicherung zu einem verhältnismäßigen Teil zu ersetzen (§§ 872—881).

Die Bezahlung des Schadens kann der Versicherte verlangen, wenn er dem Versicherer eine Schadensberechnung mitteilt und durch genügende Belege sein Interesse, den Eintritt der Versicherungsgefahr, den Unfall, den Schaden und den Schadensumfang nachweist. Der Versicherte kann den Entschädigungsanspruch auch in Ansehung künftiger Unfälle abtreten. Ist eine Police erteilt, so bedarf es ihrer Beibringung zur Legitimation des Versicherten oder seines Rechtsnachfolgers; lautet die Police an Order, so legitimiert das formgerechte Indossament. — Besondere Regeln gelten bei der Versicherung für fremde Rechnung. Hier muß der Versicherte, wenn er Zahlung verlangt, nachweisen, daß er Auftrag erteilt hat oder daß sein Interesse ohne Auftrag versichert ist. Dagegen ist der Versicherungsnehmer auch ohne Vollmacht (jedoch nicht ohne Beibringung der Police) legitimiert, über die Rechte des Versicherten zu verfügen und die Versicherungsgelder einzuziehen. Bei einer Orderpolice genügt daher auch zur ersten Übertragung sein Indossament. Gegenüber dem Versicherten und dessen Gläubigern kann der Versicherungsnehmer wegen seiner Ansprüche bezüglich des versicherten Gegenstandes die Police zurückhalten und sich aus der Versicherungsforderung oder den eingezogenen Versicherungsgeldern vorzugsweise befriedigen. Der Versicherer, der durch Zahlung an den Versicherten oder dessen Gläubiger oder Vereinbarungen mit ihnen das Recht des noch im Besitz der Police befindlichen Versicherungsnehmers beeinträchtigt, macht sich diesem verantwortlich. Mit Forderungen gegen den Versicherungsnehmer kann der Versicherer, der auf Zahlung der Versicherungsgelder in Anspruch genommen wird, nicht aufrechnen. (Vgl. §§ 882—893.)

In gewissen Fällen findet das Ristorno statt, kraft dessen der Versicherungsnehmer die Prämie zurückfordern oder einbehalten kann, dafür aber dem Versicherer als Vergütung die „Ristornogebühr" belassen oder zahlen muß (§§ 894—897). Der Hauptfall ist, wenn der Versicherte ganz oder teilweise zurücktritt, weil die Unternehmung von ihm ganz oder teilweise aufgegeben oder ohne sein Zutun der versicherte Gegenstand oder ein Teil der Gefahr nicht ausgesetzt wird. Außerdem gilt das Ristorno, wenn die Versicherung wegen Mangels des versicherten Interesses oder wegen Überversicherung oder Doppelversicherung unwirksam ist und der Versicherungsnehmer beim Vertragsschluß (bei der Versicherung für fremde Rechnung auch der Versicherte bei der Auftragserteilung) in gutem Glauben war. Hat die Gefahr schon zu laufen begonnen, so ist das Ristorno ausgeschlossen. Die Ristornogebühr richtet sich nach Vertrag oder Ortsgebrauch; im Zweifel beträgt sie $^1/_2$ v. H. der Versicherungssumme, bei einer Prämie unter 1 v. H. aber die Hälfte der Prämie.

Literatur: W. Benecke, System des Assekuranz- und Bodmereiwesens, 1805/21; Umarbeitung v. Vincent Nolte, 1851/52. M. Pöhls, Darstellung des Seeassekuranzrechts, 1832/34. J. F. Voigt, Das deutsche Seeversicherungsrecht, 1884/87. Reatz b. Endemann IV 320 ff. — Reatz, Geschichte des europäischen Seeversicherungsrechts, 1870. L. Goldschmidt, Zur Geschichte der Seeversicherung, Festgabe für Beseler, 1885. — Ehrenberg, Versicherung für fremde Rechnung, Jahrb. f. D. XXX 422 ff. Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte S. 576 ff. — Bewer, Das Herrschaftsgebiet des Abandon, Z. f. H.R. XXXVIII 372 ff. E. Aschenheim, Der Abandon in der Seeversicherung, 1894. Linsmayer, Der Abandon, Z. f. H.R. LIII 395 ff. — M. Benecke, Der Ristorno in der Seeversicherung, 1891. — Dazu Lewis, Lehrbuch des Versicherungsrechts, 1889. B. Ehrenberg, Versicherungsrecht Bd. I, 1893.

§ 100. Verjährung. Die meisten seerechtlichen Ansprüche unterliegen einer abgekürzten Verjährung. Die Forderungen der Schiffsgläubiger (ausgenommen § 754 Nr. 10) einschließlich der etwaigen persönlichen Ansprüche gegen den Reeder oder eine Person der Schiffsbesatzung verjähren in einem Jahre, jedoch die Forderungen der Schiffsbesatzung aus Dienst- oder Heuerverträgen im Falle der Entlassung jenseits des Vorgebirges der guten Hoffnung oder des Kap Horn und die Entschädigungsforderungen aus Schiffszusammenstoß erst in zwei Jahren; die Verjährung beginnt mit Ablauf des Kalenderjahres nach einem Zeitpunkt, der für die Forderungen der Schiffsbesatzung, der Ladungsbeteiligten und der durch Verschulden der Schiffsbesatzung Geschädigten besonders festgesetzt ist, für die übrigen Forderungen durch deren Fälligkeit bestimmt wird (§§ 901—903). Ferner verjähren in einem Jahre die auf den Gütern haftenden Forderungen und etwaigen persönlichen Ansprüche wegen Bodmereigelder, Havereibeiträge und Bergungs- und Hilfskosten; die Verjährung beginnt mit Ablauf des Jahres der Fälligkeit, hinsichtlich der Havereibeiträge aber mit Ablauf des Jahres, in dem die beitragspflichtigen Güter abgeliefert sind (§ 904). Endlich verjähren in fünf Jahren die beiderseitigen Forderungen aus dem Versicherungsvertrage; die Verjährung beginnt mit dem Ablauf des Jahres, in dem die versicherte Reise beendigt ist, jedoch bei der Versicherung auf Zeit mit dem Ablauf des Tages, an dem die Versicherungszeit endet, und bei Schiffsverschollenheit mit dem Ablaufe des letzten Tages der Verschollenheitsfrist (§ 905).

Nach Binnenschiffahrtsrecht verjähren die aus der Schiffahrt als solcher herrührenden Forderungen in einem Jahre nach Ablauf des Jahres, in dem sie fällig geworden sind (B.Sch.G. §§ 117—118; Flößereigesetz § 30).

7.

Wechsel- und Scheckrecht.

Von

Georg Cohn (Zürich).

Wechselrecht.

§ 1. Begriff des Wechsels und Wechselrechts.

1. Das Wort „Wechsel" bedeutet dreierlei:

a) den Tausch, insbesondere den Austausch von Geldsorten;

b) ein besonders qualifiziertes Zahlungsversprechen (Wechselversprechen); vgl. unten 2;

c) die über dies Versprechen ausgestellte Urkunde (Wechselbrief).

Die erste dieser drei Bedeutungen kommt für das heutige Wechselrecht nicht mehr in Betracht.

Die beiden letzten Bedeutungen hängen innigst zusammen: kein Wechselbrief ohne Wechselversprechen und (wenigstens im modernen Wechselrecht) kein Wechselversprechen ohne Wechselbrief.

2. Die besondere Qualifikation des Wechselversprechens war nicht stets die gleiche, und noch heute bestehen hierbei wichtige Unterschiede zwischen den Rechten der verschiedenen Staaten. Nach der modernen (deutschen) Auffassung ist das Wechselversprechen ein schriftliches, streng formelles, nach Ort, Zeit und Betrag fest bestimmtes, unbedingtes, einseitiges und abstraktes (d. h. den Schuldgrund verschweigendes und von ihm losgelöstes) Geldzahlungsversprechen (Summenversprechen, Einlösungsversprechen).

Das Erfordernis der Unbedingtheit ist in Deutschland nicht unbestritten; das englische, russische und japanische Gesetz schreiben es für den Grundwechsel ausdrücklich vor.

Das Erfordernis der Abstraktheit fehlt noch jetzt dem französischen Wechselrecht.

Das Wechselversprechen ist nur gegen Aushändigung des Wechselbriefs zu erfüllen. Die Nichterfüllung hat beschleunigtes gerichtliches Verfahren mit weitgehender Beschränkung der Einreden und schneller Zwangsvollstreckung zur Folge (Wechselstrenge, vgl. § 21).

3. Das Wechselversprechen geht entweder auf direkte oder indirekte Leistung.

Im ersteren Falle verspricht jemand, eine Geldsumme selbst zu zahlen (eigener oder trockener Wechsel, Eigenwechsel, von den Kaufleuten unrichtig als Solawechsel bezeichnet, französisch billet à ordre, englisch promissory note); im letzteren Falle verspricht jemand, durch einen dazu aufgeforderten Dritten zahlen zu lassen (trassierter oder gezogener Wechsel, Tratte, lettre de change, bill of exchange).

4. Verwandte, doch nicht ganz gleichbedeutende Ausdrücke sind:

a) Rimesse, eigentlich Geldversendung, Zahlungszuweisung, Wertzuweisung.

b) Cambium, von cambire = permutare, eigentlich Tausch, dann jedes Geschäft der italienischen Geldwechsler[1].

[1] Vgl. Freundt, Wechselrecht der Postgloffatoren, 1899 S. 2. Vgl. auch Schaube, Studien zur Geschichte und Natur des ältesten cambium im Jahrb. f. Nat.-Ök. 1895, Bd. 65 S. 159 ff. u. 529 ff.

c) Appoint, eigentlich Ausgleichungs- oder Abschlußwechsel über die Restsumme größerer Schuldbeträge zur Ausgleichung à point.

d) In der Kaufmannssprache auch Papiere, Briefe, Effekten; Devisen für Auslandwechsel, Diskonten für inländische Wechsel; acceptierte Wechsel werden auch als Accepte bezeichnet.

5. Wechselrecht ist die Gesamtheit der auf den Verkehr mit Wechseln bezüglichen Normen. Es ist kein bloßer Teil des Handelsrechts mehr, obschon es sich auf dessen Boden entwickelt hat, und obschon die meisten Wechsel noch jetzt im Handel ausgestellt und erworben werden. Es ist vielmehr zufolge der allgemeinen Wechselfähigkeit ein Teil des allgemeinen Privatrechts und zwar hauptsächlich des allgemeinen Obligationenrechts; nur wenige Bestimmungen gehören dem Sachenrecht an. Geschichtliche Entwicklung, zahlreiche Besonderheiten und die hohe wirtschaftliche Bedeutung sichern ihm den Rang eines besonderen Zweigs der zivilistischen Wissenschaft.

Es zerfällt:

a) in das Wechselrecht im engeren Sinne, d. h. den Inbegriff der dem Wechsel eigentümlichen Normen; Grünhut nennt es das spezifische Wechselrecht;

b) in das sog. zivile Wechselrecht, d. h. den Inbegriff der auf den Wechselverkehr bezüglichen zivil- und handelsrechtlichen Normen. Dazu gehört insbesondere die Regelung der die Wechselausstellung vorbereitenden und der an die Wechseleinlösung sich anschließenden Rechtsverhältnisse; ihr Ursprung liegt im Rechtsgeschäft über den Wechsel, aber nicht in dem Wechselbriefe selbst. Es scheidet aus dieser kurzen Darstellung des Wechselrechts fast ganz aus[1].

Die (wenigen) Besonderheiten, die dem Rechtsstreit aus Wechseln noch eigen sind, gehören dem Zivilprozeßrecht, nicht dem Wechselrecht an. (Vgl. unten S. 1065).

§ 2. Geschichtliches.

1. Es wird behauptet, daß es schon im Altertum Wechsel gegeben habe. Einzelne (Lenormant, Revillout) finden sie in den assyrisch-babylonischen sipartu, naspartu oder hudu[2], andere (Boucher, vgl. Brentano) in den angeblichen ound kat goudi oder ondegui der Inder[3], manche in der griechischen syngraphe, dem chirographum, den symbola collybistica und epestalmena, im ägyptischen sanch oder daneion[4], viele, selbst Goldschmidt, in der römischen permutatio; auch auf das receptum argentarii hat man hingewiesen. Es ist jedoch die volle quellenmäßige, überzeugende Begründung bisher noch nicht erbracht; auch die Stellen bei Isokrates und Cicero scheinen nicht zwingend. Gewiß hatte das Altertum ein reichentwickeltes Bankwesen, vielleicht auch etwas einem primitiven Wechselverkehr „Ähnliches“[5], aber es fehlt doch insbesondere der Nachweis, daß die Erfüllung des Zahlungsversprechens von der Präsentation der Urkunde durch die in ihr ermächtigte Person abhängig gewesen sei[6]. Schwerlich hätte auch ein Rechtsvolk wie die Römer eine Urkunde geschaffen, welche, wie die Tratte, das Allerwichtigste, nämlich das Versprechen des Ausstellers, durchaus verschweigt.

---

[1] Für die Behandlung des Kausalverhältnisses innerhalb des Wechselrechts kämpft Carl Wieland, Der Wechsel und seine civilrechtlichen Grundlagen, Basel 1901. Literaturnachweise für das sog. civile Wechselrecht ebendaselbst S. 23 N. 1.

[2] Allerdings gab es in Babylonien bindende abstrakte Schuldscheine, doch warnt Kohler (Exkurs zu Peiser, Babyl. Verträge S. XXXIV) mit Recht vor der irreleitenden Analogie mit dem eigenen Wechsel.

[3] Über Wechsel (hundi, patri) im indischen Gewohnheitsrecht vgl. Kohler in Z. f. vgl. R.Wiss. VIII S. 99 u. 139. Schon im 12. Jahrhundert n. Chr. findet sich hundika für Wechsel, Anweisung. Vgl. Böthlingk und Roth, Wörterbuch VII, 1637. Über japanische Wechsel v. 1297 vgl. Rehme in Z. f. H.R. 43 S. 395.

[4] Gradenwitz in Festgabe für Koch, 1903, S. 262, vergleicht die διαγραφή der Papyri zur Zeit Trajans einer acceptierten Tratte.

[5] Mitteis in Z. d. Savigny-Stiftung XIX S. 250.

[6] Hitzig in derselben Z., 1897, XVIII S. 191.

2. Der Wechsel hat sich im Zeitalter der Kreuzzüge in Italien und den Mittelmeerländern entwickelt, angeblich unter arabischem Einfluß[1]. Daß der Wechsel aus konkretem Anlaß durch vertriebene Juden[2] oder Italiener plötzlich „erfunden" worden sei, nennt Goldschmidt ein Ammenmärchen.

Den Impuls zur Entwicklung des Wechsels gab das allgemeine Bedürfnis, gangbares Geld auswärts zur Verfügung zu haben. Der reelle Münztransport war kostspielig, beschwerlich und gefährlich, die Geldausfuhr sogar vielfach verboten, das Umlaufsgebiet der Münzen bei der territorialen Zersplitterung und Verderbnis des Münzwesens meist sehr beschränkt.

Abhilfe gewährten die italienischen Geldwechsler, bancherii, campsores (von cambium, cambire). Zunächst betrieben sie wohl nur den realen Münzumtausch von Hand zu Hand, bar gegen bar. Dies ändert sich; sie empfangen zwar bar, geben aber keine bare Gegenleistung, sondern versprechen nur, das Äquivalent am fremdem Ort in dort geltenden Münzsorten zu leisten; zumeist besitzen sie dort eine Zweigniederlassung oder einen Geschäftsfreund. Dies Versprechen braucht zwar nicht, pflegt jedoch schriftlich zu sein.

So tritt neben den realen Handwechsel (cambium manuale, minutum, purum, sine litteris) das schriftliche Geldüberweisungsversprechen (cambium impurum, cum carta, per litteras). Wohl die ältesten Beispiele finden sich in dem notularium des Genueser Johannes Scriba aus den Jahren 1156—1164.

Streitig ist, ob die Anfänge im See- oder Binnenverkehr liegen, auch, ob ein Zusammenhang mit dem Seedarlehen stattgefunden hat.

3. Die ursprüngliche Form des Kampsorenversprechens war nicht die Tratte, sondern der Eigenwechsel. Der Wechsler versprach dabei in notarieller Form, das Äquivalent für die von ihm empfangenen Münzen entweder selbst oder durch seinen Beauftragten (Vertreter, Socius, Boten, per me vel meum nuntium) am fremden Orte auszubezahlen, und zwar an den Geldgeber selbst oder an dessen Beauftragten (Vertreter, Boten, — tibi vel certo tuo nuntio). Die Urkunde enthielt auch die Quittung über die bar empfangene Summe und Münzsorte (Valutaklausel), doch wurde es mit der Frage, ob und wieviel Valuta gegeben war, in der Praxis schon frühzeitig nicht genau genommen (Adler). Verschiedenheit von Ausstellungs- und Zahlungsort (sog. distantia loci) und Münzverschiedenheit bildeten die Regel. Sicherung des Versprechens durch Pfänder und Bürgen begegnet zuweilen.

Zu der notariellen Urkunde des Eigenwechsels gesellte sich wohl schon im 13. Jahrhundert noch eine zweite Urkunde in Anweisungsform, die sog. lettera di pagamento (tracta, remissa). Sie wurde nach der freilich von Schaube u. a. bestrittenen Ansicht Hecks und Goldschmidts, der Adler S. 689 beitritt, zur Ausführung der ersten Urkunde, des Eigenwechsels, gegeben. Sie enthielt kein Versprechen, sondern den Auftrag des campsor an seinen im Eigenwechsel vorbehaltenen Beauftragten (Geschäftsfreund, Faktor oder socius), an den Vertreter des Valutengebers zu zahlen; sie erwähnte das zu Grunde liegende Geschäft, also auch die geleistete Valuta; sie wurde verschlossen und gesiegelt entweder dem Valutengeber selbst oder seinem Empfangsbevollmächtigten zur Legitimation eingehändigt. Wurde dieser lettera di pagamento keine Folge geleistet, so haftete der campsor ursprünglich nicht auf Grund derselben, da sie ja kein ausdrückliches Versprechen enthielt, sondern nur auf Grund des notariellen Eigenwechsels.

Allmählich gab man ex aequitate mercatoria bei Nichtzahlung der lettera di pagamento schon aus der letzteren allein den Anspruch gegen den campsor, der sie ausgestellt hatte; man erließ also die Beibringung des Eigenwechsels, indem man das Er-

---

[1] v. Canstein, Lehrb. des W.R. S. 12 N. 22a u. Grashoff, Wechselrecht der Araber, 1899. Zustimmend Huvelin in Annales de dr. comm. XV S. 25; dagegen Pappenheim in Kr.V.J.S. 43 S. 13 u. Z. f. H.R. 38 S. 294, sowie im Grunde wohl auch Adler im H.W.B. der Staatsw. VII S. 686. Rehme in Z. f. H.R. 50 S. 648.

[2] Über wechselähnliche Urkunden im talmudischen Recht vgl. Rapaport in Z. f. vgl. R.W. XIII S. 193.

füllungsversprechen des Ausstellers im Empfangsbekenntnis subintelligierte[1] (Baldus: videtur subintelligi). Der notarielle Eigenwechsel kam als überflüssig und kostspielig außer Gebrauch; die formlose Anweisung (tracta, Tratte) wird zum alleinigen und selbständigen Wechsel; sie genoß als Kaufmannsurkunde auch ohne notarielle Verbriefung volle Beweiskraft.

4. Die Verdrängung des Eigenwechsels durch die Tratte wurde noch durch zwei Umstände gefördert. Einerseits waren vielfache Verbote gegen jede Münzausfuhr, auch gegen die Münzausfuhr auf dem Wege des cambium, ergangen; die meist formlose private Tratte entzog sich aber jeder Kontrolle. Anderseits haftete an dem Eigenwechsel, welcher zur Verdeckung wucherlicher Geschäfte tatsächlich oft mißbraucht worden war, der Wucherverdacht, während die Tratte mit Ortsverschiedenheit diesem Makel nicht unterlag. Bediente sich doch selbst die Kirche der Tratte, um von auswärts fließende Einkünfte ohne reellen Transport nach Rom zu ziehen. Der Gewinn, der aus der Trassierung dem campsor unter dem Namen Agio, Provision oder Wechselkurs erwuchs, galt nicht mehr als Verletzung des kanonischen Zinsverbots, sondern als legitimer Arbeitslohn für den Münztransport, der zufolge der distantia loci sofort oder später notwendig wurde oder doch als notwendig angesehen wurde.

Die Tratten ohne distantia loci, bei denen ein Münztransport begrifflich ausgeschlossen war, wurden von der Kirche verboten. Sie heißen Platztratten, wurden aber auch trockene Wechsel (cambia sicca) genannt, wohl spottweise in den Seestädten, weil sie im Lande blieben und nicht über die See kamen. Der Name des trockenen Wechsels wurde vom Platzwechsel auf den eigenen Wechsel übertragen und ist gerade an diesem haften geblieben. Eine Bulle Pius' V. (1570) verbot alle cambia quae sicca nominantur.

Zur Umgehung des eigenen Platzwechsels verwandte man die meist dem Wucher dienstbaren sog. Ricorsa-Wechsel mit Personenidentität von Trassat und Präsentant als die Grundlage einer Rücktratte auf den Ausstellungsort.

Mit den italienischen Kampsoren wanderte die Tratte nach Nordeuropa, auch nach Deutschland, wo sie die Ansätze zu einem eigenen wechselähnlichen Institut (Überkauf) ganz verdrängte; der älteste bekannt gewordene von deutschen Kaufleuten gezogene Wechsel ist vom Jahre 1323[2].

5. Bedeutungsvoll für die Verbreitung und Entwicklung des Wechsels wurden die großen französischen Warenmessen (nundinae, feriae), besonders vom 12.—14. Jahrhundert die sechs in ihrer Gesamtheit fast das ganze Jahr ausfüllenden Messen der vier Orte in der Champagne: Bar-sur-Aube, Lagny-sur-Marne, Provins und Troyes (Champagnermessen), vom 15.—17. Jahrhundert die jährlich viermal wiederkehrende Messe in Lyon, errichtet 1419, definitiv geregelt 1494. Mit den Warenhändlern der verschiedensten Länder erschienen dort auch die Kampsoren, besonders Genueser und Florentiner. Sie ersparten den Kaufleuten den Münztransport zur und von der Messe, indem sie die auf die Messe gezogenen Tratten (cambia ad nundinas s. pro feriis) einlösten und auch am Meßorte Tratten auf die Heimat oder beliebige andere Orte (cambia ex nundinis s. de feriis, Ritornowechsel) ausstellten. Aus politischen Gründen verließen die Genueser 1537 Lyon und errichteten unter dem Schutz Karls V. in Besançon eine reine Wechselmesse, die 1597 nach Piacenza und um 1648 nach Novi verlegt wurde. Die Meßtratten, besonders auf Lyon (cambium Lugdunense), galten als die regulären Wechsel; die übrigen (cambia platearum) galten als irregularia. Die Meßzeiten wurden zu europäischen Wechselterminen, die Meßorte zu europäischen Wechseldomizilen (Goldschmidt, Adler).

Zur Ersparung der Barzahlung diente auf den Messen die Ausgleichung mittelst Skontration. Sie wurde dadurch ermöglicht, daß alle auf dieselbe Messe gezogenen

---

[1] Baldus, Consilia I 348; Freundt S. 65; vgl. auch Goldschmidt S. 446 u. Holtius, Abhdlg., deutsch von Sutro, 1852, S. 200.

[2] Schulte, Gesch. des mittelalterlichen Handels, 1900, I S. 281. Über deutsche Eigenwechsel von 1283 vgl. Grünhut I S. 41 N. 1.

Wechsel gleichzeitig fällig waren, auf die nämliche imaginäre Rechnungsmünze, den scudo di marche ($^1/_{68}$ einer Mark reinen Goldes) lauteten und bei Meßbeginn zur Erklärung über die Annahme des Zahlungsauftrags vorgelegt wurden; auch galten alle Meßwechselschuldner als gleich gut. Aus der Vorlegung zur Annahme oder Ablehnung entwickelte sich das Institut des Accepts.

Die privilegierten Meßgerichte sorgten für schnellen Prozeß (sans longs procès et figures de plaids) und besonders für straffe Exekution mittelst Personalhaft nach dem Grundsatz: solve aut mane. Gegen flüchtige Schuldner wurde von der Meßbehörde das Heimatsgericht angerufen unter Androhung des großen Meßbanns, d. h. des Ausschlusses aller Angehörigen des betreffenden Staats von der Messe.

6. Die ältesten Tratten waren meist auf vier Personen berechnet:

a) den campsor, der die Zahlung am fremden Ort versprach (Trassant);

b) dessen auswärtigen Vertreter oder Geschäftsfreund (extraneus, Trassat);

c) denjenigen, der die Münzen bar dem campsor hingibt (Remittent, Valutengeber);

d) diejenige Person, durch welche der Remittent den Wechsel einzuziehen beabsichtigt (Präsentant, adjectus).

Allmählich unterblieb die Benennung des Präsentanten im Wechselbrief. Der Remittent konnte die Tratte selbst einziehen oder nachträglich einen Präsentanten benennen oder Meßwechsel formlos zu Skontrationszwecken begeben.

Der Remittent konnte aber auch die Wechselforderung zedieren oder für die Einziehung einen Mandatar bestellen (Commissarius, Commis).

Diese Bestellung geschah (wohl in Nachahmung eines Gebrauchs der Kampsoren bei der Meßskontration) durch einen Vermerk auf dem Wechselbrief, und zwar anfangs wie eine Bürgschaft durch einen Vermerk am Fuß der Vorderseite (girata), (1600, neapol. Urkunde), später nach dem Vorbild der Übertragung anderer Bankpapiere, auf der Rückseite des Papiers (in dorso), daher Indossament genannt (auch inductio, indousche). Mit dem Indossament verband man oft eine antizipierte Quittung, als ob der Indossant die Zahlung des Wechsels vom Bezogenen selbst empfangen hätte. Hierdurch gewann der Erwerber (Indossatar, adjectus in rem suam), der ursprünglich gegen den Bezogenen nur abgeleitete Rechte gehabt, selbständige Gläubigerrechte, so daß er sich Einreden aus der Person des Indossanten nicht mehr gefallen zu lassen brauchte.

Diese Entwicklung vollzog sich nicht ohne erheblichen Widerspruch der Juristen und der in ihren Interessen gefährdeten Kampsoren und Girobanken. Im Kampfe mit einer wenig weitblickenden Gesetzgebung (Venedig 1593), welche die wirklichen oder vermeintlichen Gefahren der Neuerung überschätzte, mußte die Freiheit des Indossaments, namentlich des mehrfachen Indossaments (sog. Giro), errungen werden. Man ließ zunächst nur einmalige Indossierung zu und erschwerte sie noch durch das Erfordernis notarieller Form (Neapel 1607 und 1617). Umgehungen blieben nicht aus, so besonders durch Freilassen des Platzes für den Namen des Giratars (in blanco); allmählich gestattete man hie und da eine beschränkte Zahl von Giros, später aber unter dem Vortritt Frankreichs fast überall eine beliebige Zahl formloser Indossamente. Alle Indossanten hafteten für den Eingang des Wechsels.

Diese Haftung der Indossanten ähnelte derjenigen der sog. Avalisten oder Wechselbürgen, welche die Haftung für den Aussteller mittelst Unterzeichnung der Urkunde übernommen hatten; solche Avalisten begegnen schon frühzeitig, beim Eigenwechsel schon 1233, bei der Tratte 1359. Um der Ähnlichkeit der Haftung willen wurde daher bis ins 18. Jahrhundert oft inkorrekterweise die Ausdrücke „Indossament" und „Aval" als gleichbedeutend gebraucht. Daß das Indossament aus dem Aval entstanden sei (Götz), ist unzutreffend; dagegen ist ein Spezialfall des Aval, das sog. Giro-Aval, als Vorstufe des Indossaments zu bezeichnen; es besteht in der Unterzeichnung eines Wechsels, den der erste Verkäufer einer vor der Wechselausstellung unter mehreren Personen zirkulierenden Forderung auf einen fremden Wechselplatz zu Gunsten des letzten Käufers dieser Forderung unter Angabe der Zwischenpersonen als successiver Geldgeber ausgestellt

hat, und zwar seitens jener Zwischenpersonen als Avalisten (Wechsel mit mehreren Valuten oder von terze persone[1]).

Das Valutenbekenntnis verlor seit dem 16. Jahrhundert an Strenge.

7. Mit der Girofreiheit war die Möglichkeit gegeben, den Wechsel über den Kreis der ursprünglichen drei oder vier Wechselinteressenten hinaus zu verbreiten, das tatsächliche Monopol der Kampsoren zu brechen, das Übergewicht der Meßwechsel zu beseitigen und das wirtschaftliche Anwendungsgebiet weit über das ursprüngliche Remittierungsgeschäft hinaus (zur Ersparung von Zahlungen und zum Handel mit kaufmännischen Guthaben) zu erweitern. Das Indossament machte den Wechsel zum zirkulationsfähigen negotiablen Papier; Kuntze vergleicht es „einer elastischen Schnur, an welcher immer neue Obligos sich aufreihen können". Der Wechsel wurde vom bloßen Kampsorenpapier zum allgemeinen kaufmännischen Institut, ja, zum universellen Wertpapier aller Vertragsfähigen; nur vereinzelt blieben die Wechsel bis ins 19. Jahrhundert hinein den Bankiers (Siena 1644 und 1692) oder den Kaufleuten (Sardinien 1770, Preußen, Württemberg, Hannover) vorbehalten.

Während ursprünglich der Wechsel sich an den Münzumtausch angelehnt hatte, kann in der Gegenwart jede Verbindlichkeit aus irgendwelchem Rechtsverhältnis die Form des abstrakten Wechselversprechens annehmen, und die Neigung hierzu ist jetzt in höchstem Grade im Verkehr verbreitet. (Kühns, Bedeutung des Wechsels im Geschäftsverkehr, 2. Auflage.)

Mit der Beseitigung des Zinsverbots verloren auch die Platztratte und der Eigenwechsel ihren Makel. Immerhin blieb die Platztratte in vielen Ländern noch lange, in Frankreich bis 1894, unzulässig, während der Eigenwechsel, trotz seiner gesetzlichen Anerkennung (Frankreich 1664, England 1705), dem Kaufmannsstande, von Osteuropa abgesehen, unsympathisch blieb; nach vielen Gesetzgebungen darbt er sogar des Wechselnamens und muß mit anderen Bezeichnungen (billet à ordre, promissory note) vorlieb nehmen.

§ 3. Die Rechtsquellen des Wechselrechts.

Bis zum Ende des 15. Jahrhunderts beruhte das Wechselrecht hauptsächlich auf dem überall wesentlich gleichförmigen Gebrauch (Wechselstil der Kampsoren) und auf der Praxis der Gerichte. Nur einzelne Normen fanden in die Statuten von Städten (Avignon um 1326, Barcelona 1394, Bologna 1454), Kaufmannsgilden (Parma 1255, Lucca 1376), sowie in die Meßprivilegien (1295 ff. für die Champagne) und Meßordnungen (Besançon 1597—1636) Eingang.

Mit der zunehmenden Bedeutung der Außermeßwechsel und mit der Erstarkung der Staatsgewalt ergingen zahlreiche lokale Wechselordnungen, die trotz vielfacher Anlehnung aneinander eine arge Zerklüftung des Wechselrechts zur Folge hatten. Hervor ragen in Italien die von Pius V. (1569) bestätigten resp. ergänzten Kaufmannsstatuten von Bologna (1509 und 1550) und die 10 Pragmatiken von Neapel (1562—1648).

In Frankreich erging im März 1673 unter Colberts Auspizien und unter der Hauptredaktion Savarys die berühmte Ordonnance du commerce, welche in Titel 5 und 6 das Wechselrecht unter Aufrechterhaltung einzelner unberechtigter Beschränkungen (z. B. der Ortsverschiedenheit) regelt. Das alte Deutsche Reich stellte nur im jüngsten Reichsabschied von 1654 § 107 (fälschlich Reichswechselordnung genannt) und in dem nicht publizierten Reichsschluß von 1671 § 5 etliche höchst dürftige Sätze auf.

Um so fruchtbarer war die Gesetzgebung der deutschen Städte und Länder (von 1603—1844 sind 94 W.O. erlassen worden).

Aus der Überfülle partikularer und oft revidierter Wechselgesetze ragen hervor: der Stadt Hamburg Gerichtsordnung und Statuten von 1603, modifiziert 1605, teilweis nach dem Vorbild der Antwerpener Costumen von 1582, die Wechselordnungen von

[1] Grünhut S. 58 Nr. 14 u. 88 Nr. 5; Adler S. 692.

Braunschweig, Augsburg, Frankfurt und Leipzig (1682), sowie ganz besonders das Allg. Landrecht für die Preuß. Staaten von 1794, dessen ausführliche wechselrechtliche Normen (nicht weniger als 537 Paragraphen im achten Titel des zweiten Teils) auch materiell einen bedeutsamen Fortschritt, besonders in den §§ 835, 1156 und 1169, bekunden und unter dem Einfluß der Hamburger Büsch und Sieveking entstanden sind.

Von der höchsten Bedeutung wurde der französische Code de commerce, dessen wechselrechtliche Bestimmungen (livre I tit. 8 A. 110—189) am 11. September 1807 angenommen, am 21. September publiziert wurden und mit dem ganzen Gesetzbuch am 1. Januar 1808 in Kraft traten; sie beruhen im wesentlichen auf der Ordonnance du commerce, sind durch knappe Formulierung ausgezeichnet, für ihre Zeit vortrefflich, aber engherziger als das Preußische Landrecht. Sie gehen von der Auffassung aus, daß der Wechselbrief nur ein Beweis- und ein (nicht einmal immer erforderliches) Ausführungsmittel eines der Ausstellung vorausgehenden Wechselvertrages sei; dieser contrat de change bestehe in der Übernahme der Verpflichtung, gegen einen empfangenen Wert an einem anderen Orte eine bestimmte Summe zu zahlen; daher ist auch das materielle Verhältnis, das der Wechselausstellung zu Grunde liegt, in das Wechselrecht hineingezogen. Gleichwohl fand das französische Wechselrecht mit dem Code de commerce im westlichen Deutschland Geltung und wurde in zahlreichen anderen europäischen und außereuropäischen Staaten aufgenommen oder nachgebildet. In Frankreich selbst erlitt das Wechselrecht des Code de commerce durch die spätere Gesetzgebung (19. März 1817, 3. Mai 1862 und 7. Juni 1894) etliche Modifikationen, deren wichtigste die endliche Beseitigung des Erfordernisses der Ortsverschiedenheit (remise de place en place) für die Tratte ist (G. v. 7. Juni 1894).

Die wechselrechtliche Zersplitterung rief in Deutschland, wo in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts 56 verschiedene Wechselordnungen aus ganz verschiedenen Zeiten nebeneinander in Kraft standen und mehr als ein Dutzend neuer Entwürfe entstanden waren, das Bedürfnis nach einer gemeinsamen Wechselordnung hervor. In den Konferenzen der Zollvereinsstaaten (seit 1836) und in den deutschen Ständeversammlungen wurde die Wechselrechtseinheit wiederholt gefordert. In Gemäßheit eines Beschlusses der 8. Generalkonferenz des Zollvereins von 1846 lud Preußen sämtliche, auch die dem Zollverein nicht angehörenden deutschen Bundesstaaten zu einer Konferenz behufs Beratung einer Wechselordnung auf den 20. Oktober 1847 nach Leipzig. Fast alle deutschen Bundesstaaten sandten Vertreter (20 Juristen, darunter Einert, Liebe, Thöl, 10 Kaufleute). Ein dem Allg. Landrecht von 1794 sich vielfach anschließender preußischer Entwurf wurde den Beratungen zu Grunde gelegt. In noch nicht zwei Monaten (35 Sitzungen) einigte man sich am 9. Dezember 1847 über den Entwurf einer Allg. Deutschen Wechselordnung in 100 Artikeln, unter totaler Ausscheidung des Wechselprozeßrechts und im Gegensatz zum französischen Recht unter fast vollständigem Ausschluß des zivilen Wechselrechts. Dieser Entwurf wurde in einzelnen kleinen Bundesstaaten alsbald zum Gesetz erhoben, dann von der deutschen konstituierenden Nationalversammlung zu Frankfurt a. M. (unter Kompetenzüberschreitung) unverändert als Reichsgesetz angenommen und als solches am 26. November 1848 durch den Reichsverweser im „Reichsgesetzblatt" publiziert. Da diese Publikation der gesetzlichen Kraft entbehrte, wurde die Wechselordnung in fast sämtlichen deutschen Bundesstaaten, mit Einschluß von Österreich, (am 25. Januar 1850) im Wege der landesverfassungsmäßigen Gesetzgebung fast überall ohne Änderung eingeführt. Es geschah dies meistens in den Jahren 1848—1851, in einigen wenigen Staaten von 1854—1862, in Schleswig sogar erst 1867.

Da ein einheitliches oberstes deutsches Tribunal fehlte, die höchsten Gerichte der Einzelstaaten aber einzelne wichtige Rechtsfragen ganz verschieden beantworteten, auch Divergenzen der Landesgesetze (in der Frage der Beschränkung der Wechselhaft) bestanden, so wurde durch Bundesbeschluß vom 19. Februar 1857 die in Nürnberg mit Ausarbeitung eines deutschen Handelsgesetzbuchs beschäftigte Konferenz mit der Beratung und der Einreichung von Vorschlägen beauftragt. Die demzufolge 1858 und 1861 gepflogene Beratung führte zu acht Vorschlägen, den sog. Nürnberger Novellen (der Name rührt

von Kuntze her), die durch Bundesbeschluß vom 13. April 1861 zur Kenntnis der Bundesregierungen gebracht und von diesen (1861—1868) als Landesgesetze eingeführt wurden. In Österreich gilt statt der Novellen die materiell von ihnen nur in einem Punkte abweichende Verordnung vom 2. November 1858.

Der Norddeutsche Bund erhob die Wechselordnung nebst den Nürnberger Novellen durch Gesetz vom 5. Juni 1869 zu Bundesgesetzen; nach dem Gesetz, betr. die Verfassung des Deutschen Reichs, vom 16. April 1871 § 2 wurden sie zu Reichsgesetzen erklärt: sie sind durch besondere Reichsgesetze auch in Bayern (22. April 1871), in Elsaß-Lothringen (19. Juni 1872) und Helgoland (22. März 1891) eingeführt. Maßgebend ist der Text des Bundesgesetzblatts von 1869 Nr. 32.

Bei jener Erhebung (1869) wurden die partikularrechtlichen Abänderungen zwar aufgehoben, die bloßen Ergänzungen aber (z. B. bez. Proteststunden) vorbehalten; diese landesrechtlichen Ergänzungen bestehen auch jetzt zu Kraft (Einführungsgesetz zum H.G.B. vom 10. Mai 1897 A. 21).

Durch Reichsgesetz vom 29. Mai 1868 (Aufhebung der Schuldhaft) sind Art. 2, sowie die beiden ersten Nürnberger Novellen außer Wirksamkeit getreten. Die Umarbeitung, welcher infolge der Kodifikation des deutschen bürgerlichen Rechts zahlreiche Reichsgesetze unterzogen wurden, ließ die D.W.O. fast ganz unberührt; nur ein Artikel (80) wurde durch E.G. zum H.G.B. vom 10. Juli 1897 (Art. 8 Z. 2) aufgehoben[1].

Zur Ergänzung kommen, falls das Wechselversprechen von einem Kaufmann oder gegenüber einem Kaufmann abgegeben ist, die Regeln des H.G.B., sonst die Bestimmungen des B.G.B. zur Anwendung, immer aber nur dann, wenn diese Bestimmungen nicht mit dem Wesen und dem Zwecke des Wechselrechts in Widerspruch treten (Dernburg). Nur unter der gleichen Beschränkung könnte Reichsgewohnheitsrecht ergänzend zur Geltung gelangen, partikulares Gewohnheitsrecht dagegen überhaupt nicht.

Soweit nicht die Wechselordnung abweichende Abreden ausdrücklich gestattet, sind die gesetzlichen Bestimmungen zwingender Natur. Unterwerfung unter ausländisches Wechselrecht ist durch Domizilierung des Wechsels möglich[2].

Die D.W.O. sieht im Gegensatz zum französischen Wechselrecht in dem Wechselbrief nicht ein bloßes Ausführungsmittel eines contrat de change, sondern vielmehr den alleinigen Träger des Wechselversprechens, das von dem materiellen, der Ausstellung oder Einlösung zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse unabhängig ist.

Um dieser und anderer Vorzüge willen wurde die D.W.O. auch außerhalb des Deutschen Bundes adoptiert oder doch frei verwertet. Sie gilt nahezu unverändert in Österreich, Liechtenstein (1858), Finnland (29. März 1858), Bosnien und der Herzegowina (1883), mit geringen Ergänzungen und Abweichungen in der Schweiz (B.G. über das Obl.-R. vom 14. Juni 1881 Art. 72[1] ff.), in Ungarn (Gesetzesartikel XXVII vom 5. Juni 1876), den drei skandinavischen Reichen (7. Mai 1880) und mit veränderter Disposition jetzt in Rußland (W.O. vom 27. Mai [9. Juni] 1902), mit Ausnahme von Polen und Finnland. Freier benutzt ist die D.W.O. im italienischen Cod. di comm. vom 31. Oktober 1882 Art. 251—338, dem sich die Handelsgesetzbücher von Rumänien (1886 Art. 270—363) und Portugal (1878 Art. 278—339) anschließen, ferner im serbischen H.G.B. von 1860, auch (trotz äußeren Anschlusses an den Code de comm.) im belgischen Gesetz vom 20. Mai 1870[3], sowie in der Hauptsache, trotz französischer und englischer Einflüsse und manchen originellen Zugs (Adler), im japanischen[4] H.G.B. vom 26. April 1890 (Art. 699—815).

Der deutschen Gruppe gegenüber stehen die Staaten, welche den Code de comm.

---

[1] Über die Notwendigkeit einer Revision vgl. Rießer in Z. f. H.R. 33 Beilageheft S. 104 ff., Georg Cohn im 39. Jahresbericht der Berliner Jurist. Gesellschaft 1897/1898 u. Bernstein, Die Revision der W.O., 1900.

[2] Meili, Das internat. Civil- u. Handelsrecht II S. 330.

[3] Vgl. Cohn, Beiträge z. einheitl. W.R., 1880, S. 41, u. Pappenheim in Z. f. H.R. XXVIII S. 534.

[4] Rehme in Z. f. H.R. 47 S. 128 ff.: etwas anders Borchardt, Handelsgesetz, Nachtrag III S. IV.

adoptiert oder mehr oder minder frei nachgebildet haben. Sind auch mehrere derselben (Westdeutschland, Belgien, Italien, die welschen Kantone der Schweiz) inzwischen zum deutschen System übergegangen, so gilt das französische Wechselrecht rein oder modifiziert doch gegenwärtig außer in Frankreich und seinen Kolonien noch in zahlreichen Ländern, so in Polen (1809), Luxemburg, Monaco (1818), den Niederlanden (wetboek van koophandel vom 10. April 1838; ein Gesetzentwurf über Handelspapiere [auf deutscher Basis] ist liegen geblieben), den niederländischen Kolonien, Griechenland (1. Mai 1835), Türkei (1850, Anhang 1860), Bulgarien, Ägypten 1875, der Insel Mauritius und den zentral- und südamerikanischen Republiken. Zu dieser Gruppe gehört trotz einzelner Verbesserungen auch das neue spanische H.G.B. vom 22. August 1885[1]. Vom französischen Wechselrecht entfernte sich in vielen Beziehungen das gewöhnlich ihm zugerechnete Zivil-G.B. von Niederkanada (1867 Art. 2279—2354); französische und deutsche Bestimmungen vereinigt die Ordonnanz von Malta (2. Oktober 1857 Art. 106—246).

Eine dritte Wechselrechtsgruppe bilden die Staaten des englisch-amerikanischen Rechts. Eine Kodifikation ist für England, Schottland und Irland erfolgt (Bills of Exchange Act vom 18. August 1882; 45 und 46 Vict. cap. 61); sie fixiert in 100 Sektionen im wesentlichen nur das in der Praxis geltende Wechsel- und Scheckrecht ohne große gesetzgeberische Neuerung; für Schottland bestehen etliche Abweichungen, hauptsächlich bezüglich der Deckung (s. 53). In den Vereinigten Staaten von Nordamerika wurde 1896 ein von Crawford ausgearbeiteter Entwurf eines Gesetzes über Order- und Inhaberpapiere von der „Conference of Commissioners on Uniformity of Laws" beraten und seither in 20 Staaten resp. Territorien mit geringfügigen Abweichungen als Gesetz unter dem Namen „The Negotiable Instruments Law" eingeführt. §§ 210—325 beziehen sich speziell auf Wechsel und Schecks. In den übrigen Staaten gilt das englische Gewohnheitsrecht fort, und nur für etliche Nebenfragen (Zinsen, Verjährung, Protesttage) bestehen einige Spezialgesetze der Einzelstaaten; außerdem gilt es in den meisten englischen Kolonien (nur in Südafrika gilt älteres holländisches Recht), auch auf den Sandwichsinseln und in Liberia. Kanada hat ein dem englischen Recht sich anschließendes Wechselrecht (Ges. v. 16 Mai 1890 Kap. 33).

Das englisch-amerikanische Recht steht dem deutschen in vielen Beziehungen näher, als dem französischen; dennoch nimmt es eine Sonderstellung ein, zumal die Formstrenge zurücktritt und (im Interesse der Billigkeit) individuelle Momente berücksichtigt werden.

Die Verschiedenheit der Wechselgesetzgebungen schädigt den Weltwechselverkehr; sie ist weniger durch die Nationalität als durch den verschiedenen Zeitpunkt der Kodifikation und die temporär herrschenden theoretischen Auffassungen herbeigeführt. Die Herstellung eines einheitlichen Wechselrechts ist daher seit Accarius de Sérionne (1766) oft gefordert und vorbereitet worden; drei Entwürfe sind auf deutscher Basis aufgestellt: von der Association for the reform and codification of the law of nations, 1876 (sog. Bremer Regeln), vom Institut de droit international, 1885, und von den seitens der belgischen Regierung einberufenen Kongressen von Antwerpen und Brüssel (1885 und 1888, sog. loi type). Haben diese Bestrebungen bisher auch nicht zu einer dem Weltfrachtrechtsvertrag analogen Staatenkonvention geführt, so sind sie doch auf die nationale Gesetzgebung (franz. Ges. von 1894, Portugal) nicht ganz ohne Einfluß geblieben. Hauptstreitpunkt[2] ist die Frage, ob Bestimmungen über die Deckung nach deutschem Vorbild vom Wechselrecht ganz auszuscheiden oder (wie in Frankreich, Belgien, Japan, England) in die Wechselordnung aufzunehmen sind. (Vgl. unten S. 1051).

---

[1] A. M. Lehmann in Birkmeyers Encykl. S. 690; vgl. aber Mittermaier in Z. f. H.R. XXXIII S. 311 u. Goldschmidt, System des H.R., 3. Aufl. S. 250.

[2] Der eifrigste Vorkämpfer des frz. Wechselrechts (Thaller) ist zu Konzessionen in allen Punkten bis auf diesen bereit (Bull. de la Soc. de lég. comp. XXIX, 1900, p. 800). Gegen ihn Sacerdoti, in Diritto comm. XX, 1902, auch Meili a. a. O. S. 314 u. 321 und trotz anscheinenden Entgegenkommens Grünhut I S. 261 N. 12 a. E.

§ 4. Literatur.

1. Wohl der erste, der sich mit dem Wechsel eingehend, und zwar um des Wucherverdachts willen, beschäftigte, war der Kanonist Kaspar Calderinus (um 1380)[1], dem aus gleichen Grunde eine lange Reihe von Theologen folgt, aus denen besonders Kardinal Cajetanus (Thomas de Vio) mit seinem Traktat de cambiis (1499) hervorragt[2].

Die weltliche Literatur beginnt im 14. Jahrhundert mit den Gutachten des Postglossators Baldus, dessen consilium I 348 als ein wirkliches Kompendium des damaligen Wechselrechts bezeichnet wird[3], und seines Schülers Romanus.

2. Eine wirklich wissenschaftliche Behandlung erfährt das Wechselrecht erst im 17. Jahrhundert durch die beiden Genueser Sigism. Scaccia, Tract. de com. et cambio, 1618, und Raphael de Turri, Tract. de cambiis, 1641. Beide berücksichtigen noch das kanonische Zinsverbot; beide zitieren als hohe Autorität die Entscheidungen der Rota Genuae aus dem 16. Jahrhundert.

Zu großem Ansehen gelangte das (auf Grund praktischer Erfahrungen in einem Amsterdamer Bankhause) 1677 veröffentlichte, mehrfach übersetzte und fortgesetzte Werk des Buchhalters Phoonsen: „Wissel-Styl tot Amsterdam", das neben einer systematischen Darstellung des Wechselrechts den Kaufleuten nützliche Ratschläge in Wechselsachen gibt. Ziemlich zu derselben Zeit geht die literarische Führung von den Italienern auf die Franzosen über, insbesondere auf Jacques Savary, den Hauptredakteur der Ordonnance du commerce, dessen Gutachten und dessen Werk: „Le parfait négociant", 1675, weit über Frankreich hinaus Geltung fanden, sowie auf Jacques du Puy de la Serra, dessen „L'art des lettres de change", 1698, die erste systematische Darstellung des Wechselrechts in Frankreich war.

3. Aus zahlreichen Schriften des 18. Jahrhunderts ragen hervor des Genuesen Casaregis Werk „Il cambista instruito", 1729, des aus dem Kaufmannsstande hervorgegangenen J. C. Franck Institutiones juris cambialis, 1721, des bekannten Pandektisten Aug. Leyser Meditationes ad Pand., Specimen 123 u. 202, 1721, des eleganten Zivilisten und Germanisten J. G. Heineccius Elementa juris cambialis, 1742, die 1775 zur subsidiären Rechtsquelle im Königreich Polen erhoben wurden, Siegels Corpus jur. camb., 1742, und Pothiers berühmter, selbst in englischen Gerichtshöfen als Entscheidungsquelle betrachteter Traité du contrat de change, 1763.

4. Aus der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts sind von deutschen Werken hervorzuheben die Lehrbücher des Handelsrechts von v. Martens (3. Aufl. 1820), Bender, 1828 und Poehls, 1829, das „Deutsche Privatrecht" von Mittermaier (7. Aufl. 1847), Treitschkes tüchtige „Encyklopädie der Wechselrechte und Wechselgesetze", 1831, sowie das bahnbrechende Werk Carl Einerts, „Das Wechselrecht nach dem Bedürfnisse des Wechselgeschäfts im 19. Jahrhundert", 1839.

5. Die Deutsche Wechselordnung ist vielfach kommentiert worden, insbesondere von Liebe (anonym erschienen, Leipzig 1848), Volkmar u. Loewy 1862, Rehbein, 6. Aufl. 1900, H. Staub, 1895, 4. Aufl. 1901, und W. Bernstein, 1898.

Unter den systematischen Darstellungen des neueren deutschen Wechselrechts ragen hervor: H. Thöls meisterhaftes Handelsrecht, Bd. II, 1848, 4. Aufl. 1878, die Darstellung von Kuntze, 1862 und (in Verbindung mit Brachmann) in Endemanns Handbuch des Handelsrechts Bd. IV (1884), H. O. Lehmann, 1886 und in Birkmeyers Encykl. S. 687 ff., v. Canstein, Lehrb. des W.R., 1879 u. (verkürzt) Das Wechselrecht Oesterreichs u. s. w., 2. Aufl., 1903; Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens Bd. II, 2. Abt. 1901, S. 225—337; Cosack,

---

[1] Er starb 1399, nicht 1309, wie Endemann, Studien I S. 121 annimmt; vgl. Biener, Wechselrechtliche Abhandlungen S. 58 u. 80 N. 2. — Über Rolandinus, Durantis u. Pegoletti vgl. Kuntze in Endemanns Handb. des H.R. IV S. 18 u. 48.

[2] Über den Franziskanermönch Luca Pacioli und seinen Traktat de cambiis vgl. Goldschmidt I S. 246 N. 36, sowie die beiden Schriften Jägers 1878 u. 1895.

[3] Freundt, Vorwort S. IV.

Lehrb. des Handelsrechts, 6. Aufl. 1903, S. 212 ff., und ganz besonders Grünhut, Wechselrecht I u. II, Leipzig 1897, in Bindings Handb. der d. Rechtswissenschaft, verkürzt als Lehrbuch des Wechselrechts, 1900. Zu nennen sind auch: Renaud, 1868, Hartmann, 1869, O. Wächter, 1883, Gareis, Handelsr., 7. Aufl., S. 564 ff., und die kürzeren Darstellungen von Beseler resp. Gerber-Cosack im „System des d. Privatrechts", Endemann und v. Sicherer in der 4. u. 5. Aufl. dieses Werkes, sowie Goldschmidts leider nur teilweise ausgeführtes „System des Handelsrechts im Grundriß", 4. Aufl. 1892 u. E. Wieland, Der Wechsel und seine civilrechtlichen Grundlagen, 1901.

6. Das französische Wechselrecht behandeln u. a.: Pardessus, Cours de droit comm., 1814, 6 éd. 1856; Nouguier, Des lettres de change, 1839, 4 éd. 1875; Lyon-Caen et Renault, Traité de droit comm., 2 éd. 1893, tome IV, und Thaller, Traité élém. de dr. comm., 1898, Nr. 1039 ff., ferner der Kommentar von Bédarride, 1886. Das italienische Wechselrecht betreffen: Vidari, La cambiale, 1885; Marghieri, 5 ed. 1890; Sorani, 1896, und Vivante, Trattato di dir. comm. IV, 1901; das englische: J. W. Smith, A compendium of mercantile law, 10 ed. 1890; Chalmers, A digest on the law of bills (6 ed.) und Byles, A pract. comp. of the law of bills etc., 15 ed.; das belgische: Namur, Le c. d. c. belge révisé I, 1876; das holländische: Kist in den Beginselen von handelsregt, 2 ed. 1874, II; das amerikanische: Daniels & Douglas, A treatise on the law of negotiable instruments, 5 ed.; Crawford, The negot. instr. law, 2. ed. 1902, auch Schnitzler, Wegweiser für den Rechtsverkehr u. s. w., 2. Aufl. 1903; das schweizerische: die Lehrbücher des Obligationenrechts (Haberstich, Rossel) und die Kommentare, besonders Schneider, 2. Aufl. 1896, auch Curti, Schweiz. Handelsrecht, 1903, S. 103 ff.

7. Die bis 1871 geltenden ausländischen Wechselrechte finden sich in S. Borchardts „Vollständige Sammlung der D. Wechselgesetze u. s. w.", und zwar in Original und Übersetzung; die Sammlung ist fortgesetzt durch O. Borchardt, Handelsgesetze des Erdballs (1884 ff.) und Nachtrag I—III. Die neue russische W.O. ist mehrfach deutsch herausgegeben, so von Nikolaus, 1902, Klibanski (nebst den amtlichen Materialien), 1903, Keyßner und Neubecker in Z. f. H.R. 53 (auch besonders erschienen 1903); Gubsky, St. Petersburg 1902, u. Veh, Das neue russ. Wechselrecht, 1903; Lessing, Die neue russ. W.O. (Sächs. Arch. XIII).

8. Über die Geschichte des Wechselrechts handelt J. F. v. Martens, Versuch einer historischen Entwickelung des wahren Ursprungs des Wechselrechts, 1797; Frémery, Études de dr. comm., 1833; Biener, Abhdlg. aus d. Gebiet d. R.Gesch., 1848, und Wechselrechtliche Abhdlg., 1859; Neumann, Gesch. des Wechsels im Hansegebiet, Z. f. H.R. VII, Beilageheft; Schaps, Gesch. des Wechselindossaments, 1892; Endemann, Studien in der röm. kanon. Wirtschafts- u. Rechtslehre I, 1874; Lastig, Entwickelungswege u. Quellen des Handelsrechts I, 1877, Goldschmidt, Universalgeschichte des Handelsrchts, 1890, I S. 403 ff.; Schaube in Z. f. R.G. XXVII, 1893, und in Z. f. H.R. XLIII, in Jahrb. für Nat.-Ök. u. Statist., Bd. 70 u. 73, sowie in Z. f. Sozial- u. Wirtschaftsgeschichte Bd. V; Freundt, Das Wechselrecht der Postglossatoren, 1899; Graßhoff, Das Wechselrecht der Araber, 1899; Adler in Handwörterb. d. Staatsw. VII s. v. „Wechsel", und Huvelin in den Annales de droit comm. XV (1901) p. 1 ff. u. XVI (1902) p. 302, 308. Rechtsvergleichende Schriften sind: Späing, Franz.-belg.-engl. W.R. im Anschluß an die D.W.O., 1890, Georg Cohn, Beiträge z. einheitl. W.R., 1880 u. Z. f. vgl. R.W. IV S. 1 ff.; Rießer in ders. Ztschr. VII S. 1 ff. Pappenheim in Z. f. H.R. 28 S. 509 ff.

Ausführliche Literaturnachweise in den angeführten Lehrbüchern.

§ 5. Wirtschaftliche Funktionen[1].

A. Der Eigenwechsel begegnet, von Rußland abgesehen, im Großhandel seltener als die Tratte. Er dient

1. zumeist als Sicherheit (Deckung, Depot, Pfand, Kaution) für bedingte oder nicht fällige Forderungen, z. B. der Versicherungs-Aktiengesellschaften aus der Aktienzeichnung, der Kartell-Zentralstelle auf Konventionalstrafe wegen Übertretung der Kartellfestsetzungen[2];

2. bei Darlehnsaufnahme zur Befestigung der Stellung des Gläubigers mittelst Verschaffung der wechselrechtlichen Garantie für die pünktliche Rückgabe. Oft wird der Gläubiger gleichzeitig noch durch Verpfändung von Wertpapieren gesichert, wobei der Pfandvertrag meist auf die Rückseite des Wechsels gesetzt wird (sog. Lombardwechsel[3]):

3. mißbräuchlich auch wohl, um Forderungen (mittelst Indossierung an gutgläubige Dritte) zivilrechtlich statthaften Einwendungen (Spiel, Wette, Wucher, Kompensation u. a. m.) zu entziehen.

B. Die Tratte dient

1. zur Beschaffung von Geld an fremdem Orte, — historisch ihr ältester Zweck;

2. zur bequemen Einziehung (Inkasso) von Forderungen unter Ersparung der Kosten des Geldtransports;

3. zur Herbeiführung eines durch die Wechselstrenge gesicherten Anerkenntnisses (Accepts) von Forderungen im Warenhandel. Dies ist der häufigste Dienst. In der Gegenwart wird in Österreich über die Abneigung der Warenkäufer, Wechsel zu acceptieren, geklagt;

4. zur Realisierung noch nicht fälliger Forderungen; sie erfolgt in der Regel in der Form der Indossierung unter Abzug des Zwischenzinses; sie bildet den Gegenstand des Diskont- oder Escomptegeschäftes und gestattet dem Warenhändler, seine Waren auf Kredit (Ziel) zu verkaufen und den Kaufpreis unter geringem Abzug noch vor der Fälligkeit nutzbar zu machen. Durch die beiden Zwecke (zu 3 u. 4) ermöglicht die Tratte eine unabsehbare Menge Geschäfte, die beim Barkauf oder bloßen Buchkredit unterblieben wären;

5. zur kreditweisen Geldbeschaffung. Besonders geschieht dies durch die sog. Kreditaccepte der großen Banken, die gegen genügende Sicherheit und Provision auf sie gezogene Tratten acceptieren und damit ihren eigenen Kredit dem Aussteller dienstbar machen.

In Deutschland liefen nach Lengner i. J. 1892 weit über 500 Millionen Mark von Bankaccepten um. Im überseeischen Warenverkehr werden solche Tratten meist nicht von dem des Kredits bedürftigen Warenkäufer, sondern für seine Rechnung von seinem Verkäufer auf die Bank gezogen (sog. Kauf gegen bestätigten Bankkredit); die Bank gibt ihr Accept nur gegen Aushändigung der der Tratte angehefteten Dokumente, d. h. des Konnossements und der Versicherungspolice der versandten Ware (sog. dokumentierter Wechsel, traites documentaires). Analog dient im sog. Remboursgeschäft der Spediteure dem kreditbedürftigen Käufer das Accept des vom Verkäufer bezogenen Spediteurs, dem die zur Versendung empfangene Ware zur Sicherheit gereicht[4]. Der Kreditbeschaffung dienen auch die sogen. Gefälligkeitswechsel (lettres de change de complaisance, accomodation bills), die ohne Deckung von befreundeten Personen acceptiert werden, um dem Aussteller die leichtere Diskontierung zu ermöglichen; dabei wird vereinbart, daß der Aussteller dem Acceptanten vor Verfall die Deckung schicke. Sie arten, wenn sie von mehreren wechselseitig zur Beschaffung von Geld erteilt werden, zur Wechselreiterei aus (faire la navette, faire de l'argent par circulation; to jobb

[1] Lengner, Der Wechsel in seiner wirtschaftlichen Bedeutung, 1895; Conrad, Grundriß zum Studium der polit. Oekonomie I, 4. Aufl. 1902, §§ 56 ff.; Lexis, Handwörterb. d. Staatsw. VII S. 697 ff.; Schär-Langenscheidt, Wechselkunde u. Wechselrecht, 2. Aufl. (Kaufm. Unterrichtsstunden, Kursus II).

[2] Schär § 18 S. 37.

[3] Schär § 25.

[4] Vgl. Lengner S. 15.

in bills, to draw backwards and forwards), schädigen, falls durchschaut, den Kredit der Beteiligten und reißen sie meist in den gemeinsamen Verfall.

An das Strafrecht streift endlich das Trassieren auf fingierte Firmen, um sich ein Diskontierungsobjekt zu verschaffen (sog. Kellerwechsel).

Statt durch Accept kann die Kreditgewährung auch dadurch erfolgen, daß der Kreditvermittler seine Unterschrift (gegen Deckung oder aus Gefälligkeit) als Indossant oder Aussteller oder Avalist auf den Wechsel setzt[1].

6. Zu Zahlungszwecken (durch Remittieren). Ohne selbst Geld zu sein und in Zahlung genommen werden zu müssen, übertrifft der Wechsel doch das Geld als Zahlungsmittel durch den bequemen und billigeren Transport, durch die Möglichkeit der Ausstellung à point, durch die Ersetzbarkeit im Verlustfalle (Duplikate, Ausschlußurteil) und durch die Zulässigkeit der Ausstellung seitens einer jeden Privatperson. In der Gegenwart hat der Wechsel im Inlandverkehr durch Papiergeld, Banknoten, Schecks, Postanweisungen und gesteigerten Giroverkehr etwas an Bedeutung verloren, doch ist er immer noch — trotz Schecks und Kabeltransports — das wichtigste internationale Zahlungsmittel.

Derselbe Wechsel kann unbeschränkt viele Male (durch Indossament oder Blankotradition) zur Zahlung verwendet werden; so kamen in England ums Jahr 1820 Wechsel über 10 £ mit 120 Indossamenten vor (Lexis). Je mehr Unterschriften solventer Personen der Wechsel trägt, um so leichter wird er in Zahlung genommen.

Es kursieren auch tatsächlich etwa ebensoviel Wechsel als Papiergeld oder Bargeld (Lehmann). Von den fünf Milliarden der französischen Kriegsschuld i. J. 1871 wurden 4248 Millionen in Wechseln verschiedener Währung gezahlt. Die Deutsche Reichsbank allein hat i. J. 1900 über 4 Millionen Stück Wechsel im Gesamtbetrag von über 8½ Milliarden Mark angekauft und zur Einziehung übernommen.

7. Zur vorschußweisen Belehnung (Lombardierung).

8. Zur Sicherheit bedingter oder noch nicht fälliger Forderungen.

9. Zur verzinslichen Anlage von Kapital auf kurze Zeit durch den Diskonteur (vgl. oben zu 4).

10. Zum Gegenstand des börsenmäßigen Handels, insbesondere betreffs der Auslandwechsel (Devisen). Der Preis (Wechselkurs) richtet sich nach dem Kurs der ausländischen Münze, nach der durch die Kreditwürdigkeit der Unterschriften bedingten Sicherheit des Wechsels, nach der längeren oder kürzeren Verfallzeit, sowie nach Angebot und Nachfrage, die durch die Gestaltung des Handelsverkehrs zwischen den beiden Ländern beeinflußt werden.

Der Wechselkurs kann daher den Kurs der Münzen, deren Surrogat der Wechsel ist, übersteigen oder hinter ihm zurückbleiben. Die obere Grenze der Kursschwankungen (der sog. Gold- oder Metallpunkt) liegt da, wo es vorteilhafter wird, statt mit dem Wechsel zu bezahlen, Bargeld zu schicken, wo also trotz aller Kosten für Transport, Spedition, Versicherung und auch ungeachtet der durch den Bartransport verursachten Zinsverluste die Versendung doch noch billiger zu stehen kommt als der Erwerb der Devise. Die börsenmäßige Notierung des Wechselkurses geschieht gegenwärtig meist durch Angabe, wieviel für eine feste Summe des fremden Geldes im inländischen Gelde zu bezahlen ist („die feste Valuta liegt im Ausland"). — Der Ausnutzung gleichzeitiger Kursunterschiede derselben Devisengattungen an verschiedenen Plätzen dient schon seit dem Mittelalter die Wechselarbitrage (cambio arbitrario)[2].

Ein und derselbe Wechsel kann mehreren der vorgenannten Zwecke dienen.

Der hohe Nutzen des Wechsels als des wichtigsten Zahlungs-, Ausgleichungs- und Kreditinstruments ist enthusiastisch gefeiert worden. Pacioli meinte, der Wechsel sei dem Handel so nötig wie das Wasser für das Schiff; Stryk hält ihn für ein fünftes, der Welt unentbehrliches Element und für die Geschäfte so nötig wie den Kompaß für

[1] Verkleidete Bürgschaft; vgl. § 16 a. E.

[2] Näheres bei R. Ehrenberg im Handwörterb. d. Staatsw. I S. 1039 ff.

die Schiffahrt; der Pandektist Leyser hat ihn mit dem Blut in den Adern des menschlichen Verkehrs, Kuntze mit einem geldbringenden Zauberstab verglichen.

Anderseits hat der Wechsel auch herben Tadel erfahren, und einzelne (Stöpel und Kuhlenbeck[1]) haben allen Ernstes die Aufhebung des Wechselrechts gefordert. In der Tat läßt sich der Wechsel zu unerlaubten, besonders zu wucherischen Geschäften verwenden; er verschleiert bedenkliche Verträge; er begünstigt den Gläubiger, schneidet dem Schuldner (im Wechselprozeß) unter Umständen auch begründete Einwendungen ab und verhilft hierdurch dem formellen Rechte wenigstens zunächst zum Siege über das materielle; auf die Wechselreiterei ist schon oben hingewiesen worden; endlich können der schleunige Prozeß und die sofortige Vollstreckung des Urteils zum wirtschaftlichen Ruin von Wechselschuldnern führen, die bei längeren Fristen nicht zahlungsunfähig gewesen wären. Diese möglichen Nachteile warnen aber nur vor dem unrichtigen Gebrauch des Wechsels und finden auch teilweise die strafrechtliche Ahndung; keinesfalls vermögen die Gefahren die großen Vorteile des richtig verwendeten Instituts aufzuwiegen.

§ 6. Wechselfähigkeit und Stellvertretung.

I. Die objektive Wechselfähigkeit ist die Fähigkeit, Gegenstand einer Wechselverpflichtung zu sein. Sie kommt fast überall nur dem Gelde zu, doch sind in Italien und Rumänien auch ordine in derrate (Warenwechsel auf Bodenprodukte) zugelassen.

II. Die subjektive Wechselfähigkeit im weiteren Sinne ist die Fähigkeit, berechtigtes oder verpflichtetes Subjekt einer wechselmäßigen Obligation zu werden. Es ist zu unterscheiden:

a) Die aktive Wechselrechtsfähigkeit, d. h. die Fähigkeit, Subjekt von Wechselrechten (Wechselgläubiger) zu werden; sie steht jeder rechtsfähigen Person zu; in Österreich fehlt sie u. a. den Ordensgeistlichen und Deserteuren[2]; sie können weder selbst, noch durch Vertreter Wechselforderungen erwerben.

b) Die aktive Wechselgeschäftsfähigkeit, d. h. die Fähigkeit, durch eigene Erklärung Wechselgläubiger zu werden; sie fehlt den Kindern und Geisteskranken (§ 104 B.G.B.); diese können nur durch ihre gesetzlichen Vertreter Wechselforderungen erwerben.

c) Die passive Wechselrechtsfähigkeit, d. h. die Fähigkeit, Wechselschuldner zu werden; sie steht jetzt (vgl. oben S. 1036) jeder physischen oder juristischen Person, auch den Handelsgesellschaften zu, fehlt aber außerhalb Deutschlands einzelnen Personenklassen, so den Militärpersonen in Österreich und zum Teil in Serbien, den Geistlichen in Rußland, den Bauern in Serbien und zum Teil auch in Rußland, den zum Handelsbetrieb Unfähigen in Japan, den Nichtkaufleuten mit gewissen Ausnahmen in Süd- und Zentralamerika und anscheinend auch in Portugal[3]. Angehörige dieser Klassen können weder selbst noch durch Erklärung ihrer Vertreter Wechselschuldner werden.

d) Die passive Wechselgeschäftsfähigkeit, d. h. die Fähigkeit, durch eigene Erklärung Wechselschuldner zu werden. Sie gilt als Wechselfähigkeit im technischen Sinne. Sie kommt jeder Person zu, welche sich durch Verträge verpflichten kann (D.W.O. Art. 1). Sie fehlt den Kindern und Geisteskranken, sowie den über sieben Jahre alten Minderjährigen und allen Entmündigten. Diese Personenklassen besitzen sonach nur eine unselbständige oder beschränkte Wechselfähigkeit. Die beiden ersten Klassen können nur dadurch Wechselschuldner werden, daß in ihrem Namen ihre gesetzlichen Vertreter (mit vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung) die wechselmäßig verpflichtende Unterschrift abgeben. (§§ 1822 Z. 9, 1825 und 1643, B.G.B.). Die beiden letzten Klassen können nicht nur wie jene, sondern auch durch eigene Erklärung mit Einwilligung ihrer

---

[1] Vgl. Kuhlenbeck, Der Check, 1890, S. 157, der Stöpel, Die freie Gesellschaft, und eine anonyme Schrift v. J. 1900 zitiert.

[2] v. Canstein, Lehrb. S. 106.

[3] Vgl. Cohn, Einheitl. W.R. S. 50. Über das neue portugiesische H.G.B. v. 1888 vgl. Borchardt, Nachtrag I S. 19 u. 84 N. 1.

gesetzlichen Vertreter (unter vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung) Wechselschuldner werden. (§§ 107, 112, 114, 1643, 1825.)

Die Genehmigung braucht — was freilich streitig — nicht auf dem Wechselbriefe selbst zu stehen.

Frauen, auch Ehefrauen sind in Deutschland und Österreich wechselgeschäftsfähig; nur für die Vollstreckung in das eingebrachte Vermögen resp. das Gesamtgut bestehen Beschränkungen, die fortfallen, wenn die Frau mit Genehmigung ihres Mannes selbstständig ein Geschäft betreibt. Nach französischem (C. d. c. 113), russischem und den meisten Schweizer kantonalen Rechten können sich Ehefrauen, sofern sie nicht Handelsfrauen sind, ohne Zustimmung des Mannes resp. Gerichts dagegen überhaupt nicht wechselrechtlich verpflichten. Die englische Ehefrau ist ohne Konsens des Mannes als Handelsfrau völlig wechselfähig, sonst nur bezüglich ihres Sonderguts (für welches die Präsumtion streitet)[1].

Unverheiratete volljährige Frauen, die nicht Handel treiben, sind wechselunfähig in Frankreich; in Rußland bedürfen sie, falls unabgeschichtet, der elterlichen Zustimmung.

Gemeinschuldner, Analphabeten, Blinde und Taubstumme sind in Deutschland wechselfähig. Juristische Personen sind zwar nicht selbständig wechselfähig, können aber durch ihre Vertretung wechselrechtlich verpflichtet werden; nach englischem Recht (s. 22) sind die Korporationen (mit gewissen Ausnahmen) nicht passiv wechselfähig.

Die allgemeine passive Wechselrechtsfähigkeit kann zum Nachteil Unerfahrener dem Wucher und Betrug dienen; sie ist auch in Deutschland (1859 im preußischen Herrenhause, 1879 im Reichstage) lebhaft, doch erfolglos angegriffen worden (Verhandlungen des 15. D. Juristentages 1880). Die Beschränkung auf Kaufleute oder nach Prüfung registrierte Personen gefährdet die Umlaufsfähigkeit des Wechsels.

In der Schweiz besteht allgemeine Wechselfähigkeit, jedoch sind Wechselprozeß, Wechselexekution (und Konkurs) auf die im Handelsregister, das jedem Vertragsfähigen zum Eintrag offensteht, Eingetragenen beschränkt. — In der passiven Wechselfähigkeit lag zumeist auch die Wechselarrestfähigkeit; die bezüglich einzelner Klassen normierten Ausnahmen sind mit der Beseitigung der Schuldhaft antiquiert. — Den möglichen Mißbrauch der allgemeinen Wechselfähigkeit müssen Belehrung und Strafjustiz bekämpfen. Korrelat der allgemeinen Wechselfähigkeit ist das formelle Erfordernis der Wechselklausel (vgl. unten § 7 A. 1). — Die Wechselerklärung eines Unfähigen ist (selbst bei Anfechtungsverzicht) absolut nichtig, läßt dagegen die Gültigkeit der auf demselben Wechselbriefe eingegangenen Verbindlichkeit der Wechselfähigen unberührt (Art. 3).

Die Wechselfähigkeit des Ausländers bestimmt sich nach seinem Heimatsrecht, in England nach dem des Begebungsortes[2], jedoch sind die vom Ausländer im Inland eingegangenen Verbindlichkeiten in Deutschland und England wirksam, sofern er nur nach inländischem Recht wechselfähig ist (Art. 84); in Frankreich ist diese Ausnahme umstritten. Für den Schweizer im Auslande hatte das Obligationenrecht die ausnahmslose Geltung des Heimatsrechts verordnet; doch ist dies nunmehr wohl auf die Fälle beschränkt, daß das ausländische Recht ihn sich nicht unterordnet[3].

Die Stellvertretung bei Übernahme einer Wechselverpflichtung ist statthaft, auch durch eine nur beschränkt wechselfähige Person. Wer ohne zureichende Vertretungsmacht als Vertreter im fremden Namen zeichnet, haftet wechselmäßig auf Erfüllung, soweit der vermeintliche Machtgeber gehaftet haben würde (Art. 95), in Frankreich und England auf Schadensersatz.

§ 7. Wechselform.

Das streng formale Wechselversprechen setzt eine schriftliche Urkunde voraus; es gibt keinen mündlichen Wechsel. Format und Material sind irrelevant; nur Rußland und Japan verlangen Stempel- resp. farbiges Papier; dagegen muß der Wechselbrief eine

[1] Vgl. Späing S. 12 N. 17.
[2] Vgl. Meili II S. 325; für die lex domicilii vgl. u. a. Späing S. 253 u. die dort Zitierten.
[3] Meili S. 324.

Anzahl unerläßlicher Erfordernisse enthalten. Bezüglich der Zahl und Art dieser Erfordernisse gehen die Gesetzgebungen leider noch immer auseinander; die wenigsten verlangt das englische Recht.

A. Die wesentlichen Bestandteile[1]:

In der deutschen Wechselrechtsgruppe muß die Tratte (außer dem Zahlungsauftrag) acht, der Eigenwechsel (außer dem Zahlungsversprechen) sechs Bestandteile enthalten; fehlt auch nur einer derselben, oder ist er nicht formgerecht, so ist die Urkunde kein Wechsel, und es entsteht aus den auf eine solche Schrift gesetzten Erklärungen (Accept, Giro, Aval) keine wechselrechtliche Verbindlichkeit (Art. 4 und 7). Diese Bestandteile der Tratte sind:

1. Die Selbstbezeichnung als Wechsel (oder bei fremdsprachigen Wechseln das entsprechende Wort der fremden Sprache) und zwar im Wechselkontext (sog. Wechselklausel).

Sie ist das den Wechsel von verwandten Papieren (Anweisung, Scheck, Zahlungsmandat) abgrenzende Unterscheidungsmerkmal, zugleich als Warnungssignal für den unerfahrenen Unterzeichner dem Papier „an die Stirn geschrieben", daher als Korrelat der allgemeinen Wechselfähigkeit unerläßlich. Auch Ungarn, Skandinavien, Italien, Rumänien und Rußland fordern diese Klausel; die Schweiz zwar prinzipiell auch, jedoch stellt sie Orderpapiere, denen nur diese Klausel zum Wechsel fehlt, den Wechseln bis auf einzelne Wirkungen (Acceptabilität und prozessuale Wechselstrenge) gleich. Die französische und englische Gruppe, Belgien, Japan und Portugal sehen von diesem Erfordernis gänzlich ab.

2. Die Angabe der zu zahlenden Wechselsumme nebst der Münzart; in der Schweiz, Rußland und Japan in Buchstaben, sonst in Buchstaben oder Ziffern. Der Zusatz „oder Wert" ist statthaft. Ein Zinsversprechen macht in Österreich den Wechsel ungültig, während es in England und Belgien Kraft besitzt und in Deutschland (Novelle 7), sowie in Rußland (Art. 12) für nicht geschrieben gilt.

Wie das Zinsversprechen ist das Versprechen einer Konventionalstrafe zu behandeln. Differieren die Summenangaben, so entscheidet in Italien und Skandinavien stets die geringere Summe, wogegen in Deutschland (Art. 5), Frankreich und England die Buchstaben vor den Zahlen den Vorzug haben.

3. Der Name oder die Firma der Person, an welche gezahlt werden soll (des Wechselnehmers oder Remittenten).

Als Remittent kann sich der Aussteller der Tratte auch selbst bezeichnen (sog. Wechsel an eigene Order, Art. 6). — Das französische Recht (Art. 110), auch Belgien verlangt die Beifügung der Worte: „an Order" oder eines gleichbedeutenden Ausdrucks (sog. Orderklausel), das englische und deutsche, auch russische und japanische Recht dagegen nicht: die Orderklausel wird in diesen Ländern subintelligiert, — der Wechsel ist präsumtives Orderpapier.

Wechsel auf den Inhaber sind zwar nach englischem und japanischem Recht (mit Ausschluß der Wechsel unter 25 Yen) statthaft, dagegen weder in der deutschen und französischen Gruppe noch in Rußland zugelassen. Diese Ausschließung befremdet neben der Zulassung des Inhaberschecks und des Blankogiros des Wechsels an eigene Order[2].

4. Die Verfallzeit. Sie muß eine einheitliche sein und kann nur in einer der fünf gesetzlich zugelassenen Angaben bestehen, nämlich

a) auf einen bestimmten Tag, Präzise oder Tagwechsel,

b) auf Sicht (reiner Sichtwechsel),

c) auf eine bestimmte Zeit nach Sicht (Nachsicht-, Zeitsicht- oder befristeter Sichtwechsel),

d) auf eine bestimmte Zeit nach der Ausstellung (Datowechsel),

e) auf eine Messe oder einen Markt.

Ungültig sind Ratenwechsel (anders in England s. 9) und Usowechsel (anders in Frankreich, Belgien und in England, wo jede bestimmbare künftige gewisse Zeit genügt).

---

[1] Über die Form des Accepts, Giros und Avals vgl. unten §§ 9, 10 u. 16.

[2] Vgl. Cohn, Einheitl. W.R. S. 89 ff. u. Z. f. v. R.W. IV S. 23.

Wechsel ohne Angabe der Verfallzeit gelten zwar in Belgien, England, Japan und Skandinavien, aber nicht nach deutschem Recht als Sichtwechsel.

5. Unterschrift des Ausstellers (Trassant, Wechselgeber), welche durch gerichtlich oder notariell beglaubigte Handzeichen (aber nicht nach Schweizer Recht) ersetzt wird; Japan verlangt sogar Siegelung.

6. Ort und Zeit der Ausstellung; Richtigkeit dieser Angabe ist nicht wesentlich; mehrfache Datierung ist nichtig. England erklärt auch dies Erfordernis nicht für wesentlich (s. 3); anders Japan.

7. Name oder Firma des oder der Bezogenen (Trassat). Der Aussteller kann sich selbst als Bezogenen bezeichnen (trassiert-eigener Wechsel) [Art. 6]. Der trassiert-eigene Wechsel kann auch an eigene Order lauten, so daß Trassant und Remittent in diesem Falle die nämlichen Personen sind.

8. Der Zahlungsort. Er kann jetzt in allen drei Wechselrechtsgruppen (in Frankreich seit 1894), auch in Portugal, Japan, Rußland mit dem Ausstellungsorte zusammenfallen; eine einzige Ausnahme besteht nach deutschem Recht (aber nicht in Italien) für den trassiert-eigenen Wechsel, der nur als Distanzwechsel gültig, als Platzwechsel aber — was freilich nicht unbestritten — nichtig, also auch nicht als Eigenwechsel anzusehen ist. Das englische Recht fordert überhaupt keine Angabe des Zahlungsorts.

Als Zahlungsort und Wohnort des Bezogenen gilt mangels besonderer Angabe der bei dem Namen des Bezogenen angegebene Ort (Adreßort); ist ein vom Adreßort verschiedener Zahlungsort im Wechsel besonders angegeben, so ist der Wechsel ein echter Domizilwechsel (Art. 24). Die Domizilierung bezweckt meist, die Wechselzahlung nach Bankplätzen zu verlegen.

Der Domizilwechsel ist ein bestimmt domizilierter oder vollkommener, wenn auch ein anderer Zahler (Domiziliat) neben dem Trassaten im Wechsel benannt ist (Domiziliatenwechsel); fehlt die Angabe des Domiziliaten, so wird angenommen, daß am Zahlungsorte der Bezogene der Zahler sein soll. Gibt der Wechsel eine von der Wohnung des Bezogenen verschiedene Zahlstelle (Lokal, Kasse) im Adreßorte an, so liegt der Fall des uneigentlichen Domizilwechsels vor. Auch auf echten Domizilwechseln kann eine Zahlstelle vorkommen; doch ist auf ihnen eine beigefügte Firma oder Kasse im Zweifel nicht als Zahlstelle (Örtlichkeit), sondern als Domiziliat (Rechtssubjekt) anzusehen[1].

9. Zu diesen acht Bestandteilen der Tratte tritt noch die in Rußland (86) sogar ausdrücklich geforderte, anderwärts implizite geforderte Aufforderung, die Wechselzahlung zu leisten: „Zahlen Sie" (Zahlungsklausel). — Entrichtung der Wechselstempelsumme ist in Deutschland (R.G. vom 4. Juni 1879) nur bei Strafe, in England, Italien, Portugal und Rußland[2] auch bei Nichtigkeit, in Frankreich auch bei teilweisem Regreßverlust erfordert[3].

Von den Essentialien der Tratte entfallen beim Eigenwechsel nur die Angabe des Bezogenen und die Angabe des Zahlungsortes; als Zahlungsort gilt der Ausstellungsort, sofern nicht ein von ihm verschiedener Ort im Wechsel genannt ist (domizilierter Eigenwechsel). Die Zahlungsklausel erscheint nicht als Auftrag, sondern als Zahlungsversprechen („zahle ich"); Rußland fordert sie auch beim Eigenwechsel ausdrücklich. Eigene Wechsel an eigene Order sind unstatthaft.

B. Fakultative Bestandteile.

1. Das französische Recht (C. d. c. 110) erfordert zur Gültigkeit des Wechsels statt der Wechselklausel und neben der Orderklausel noch die Valutaklausel, d. h. eine spezifizierte Angabe über die Gegenleistung (valeur fournie), welche der Trassant für die Ausstellung des Wechsels vom Remittenten oder einer anderen Person[4] in Geld, Waren, durch Verrechnung oder auf irgend eine andere Weise erhalten hat. Von den

---

[1] Vgl. v. Canstein, Wechselrecht, 2. Aufl., S. 90 N. 30.
[2] Vgl. Klibanski, Die neue russ. W.O., 1903, S. 29.
[3] Lyon-Caen IV Nr. 611. Vgl. v. Heckel im Handwörterb. d. Staatswissensch. VII, S. 709 ff.
[4] Wechsel mit fremdem Valutageber, sog. Rimesse für fremde Rechnung; Wächter S. 106.

Tochterrechten Frankreichs haben Belgien, Portugal, Argentinien dies Erfordernis fallen lassen; die ganze deutsche Gruppe, England (s. 4), Japan und jetzt auch Rußland verlangen diese Angabe nicht, ebensowenig die Entwürfe des Weltwechselrechts.

Diese historisch hochbedeutsame Klausel, die ursprünglich allein die Haftbarkeit des trassierenden campsor begründete, ist mit der veränderten Verwendung der Tratte und mit der modernen Auffassung derselben wechselrechtlich bedeutungslos geworden; sie provoziert oft genug die Lüge (Einert) und ist vielfach zur „vaine formule" (Lyon-Caen et Renault), zur Dekoration (Dernburg) herabgesunken. Gleichwohl ist auch in Deutschland die überflüssige Valutaklausel bei Tratte und Eigenwechsel noch allgemein gebräuchlich; beim Wechsel an eigene Order erscheint sie in der perplexen Form: „Wert in mir selbst"; ihr prozessualer Vorteil (als Beweismittel der Zahlung) ist problematisch.

2. Die Deckungs- oder Revalierungsklausel gibt an, von wem der Bezogene für die bevorstehende Zahlung des Wechsels einen bestimmten Wert (die Deckung, provision) erhalten, oder von wem er für den gemachten Aufwand den Ersatz (die Schadloshaltung, Revalierung) zu erhalten hat. In der Regel erfolgt die Deckung durch den Aussteller selbst; dann lautet die Klausel: „und stellen es auf meine Rechnung"; in den Fällen der Tratte für fremde Rechnung (sog. Kommissionstratte) erfolgt die Deckung durch den Dritten, für dessen Rechnung die Tratte gezogen ist (des donneur de l'ordre, ordonnateur, Kommittent); sein Name wird oft nur mit den Initialen angedeutet; die Klausel lautet dann „und stellen es auf Rechnung des Herrn N. N.". Sehr häufig, doch keineswegs stets besteht die Deckung darin, daß der Bezogene dem Aussteller oder donneur de l'ordre bei Fälligkeit des Wechsels eine dem Wechselbetrag mindestens gleiche Summe schuldet (C. d. c. 116). Diese Klausel kann, da sie sich auf das Verhältnis zum Bezogenen bezieht, beim Eigenwechsel nicht vorkommen.

3. Die Avisklausel gibt an, ob der Bezogene vor dem Accept oder der Zahlung noch eine nähere Mitteilung (den sog. Avisbrief) abwarten solle („laut Bericht") oder nicht („ohne Bericht"). Sie ist nur bei der Tratte möglich und übrigens im heutigen Verkehr „zur inhaltlosen Form erstarrt" (Bernstein, Staub).

4. Die Orderklausel (vgl. oben A Z. 8).

Für statthaft sind ferner ausdrücklich erklärt der Domizilvermerk (vgl. oben A Z. 8) und die später zu berührende Rekta-, Effektiv-, Protesterlaß-, Sola- und Duplikatsklausel, das modifizierte Accept, das Indossament ohne Obligo, die Notadresse, der Präsentationsbefehl, der Arretierungs- und der Depositionsvermerk.

Andere Zusätze sind, obschon dies bestritten, zulässig, immerhin nur so weit, als sie nicht etwa gegen das Wesen des Wechsels, insbesondere seine abstrakte Natur, verstoßen. Einzelne derselben gelten als nicht geschrieben, z. B. das Versprechen von Zins und Konventionalstrafe (vgl. oben A Z. 2), wohl auch der Ausschluß der Verjährung; andere vernichten die Wechselerklärung, so die Ausbedingung einer Gegenleistung, so die Angabe eines bestimmten Verpflichtungsgrundes (vgl. jedoch England. s. 3 b), die Beifügung einer wahren Bedingung und — was sehr streitig — der Ausschluß der Verpflichtung des Ausstellers; in England fällt dadurch nur die Haftung des Ausstellers fort (s. 16); auch in Frankreich ist diese Klausel gültig (Angstklausel).

C. Korrekturen, Streichungen und Rasuren entziehen dem Wechsel die für Geltendmachung im Wechselprozeß erforderliche Unverdächtigkeit. Sie nötigen den Inhaber, zu beweisen, daß die Änderung mit der Zustimmung oder schon vor der Unterschrift des verklagten Wechselzeichners vorgenommen worden ist; nach Schweizer Obl.R. 802 streitet jedoch die Vermutung dafür, daß die Zeichnung schon vor der Veränderung stattgefunden habe. Die früheren Wechselzeichner haften bei ungerechtfertigten Veränderungen in unwesentlichen Teilen nur nach Maßgabe des ursprünglichen Wechselinhalts, bei solchen Änderungen in wesentlichen Teilen aber gar nicht, da die durch Verfälschung hineingebrachten Essentialien als gar nicht vorhanden zu betrachten sind; das ist freilich (besonders bez. der Änderungen in der Wechselsumme) streitig. Die späteren Zeichner haften

dagegen dritten gutgläubigen Erwerbern nach Maßgabe des veränderten Wechselinhalts; ihnen gegenüber wird die Gültigkeit des eigentlich nichtigen Wechsels fingiert[1].

Zerrissene (nicht bloß auseinandergefallene) Wechsel sind nichtig.

Aus falschen Unterschriften haftet weder der, dessen Name mißbraucht ist, noch der Fälscher wechselrechtlich. Falsche oder gefälschte Unterschriften auf einem Wechsel schädigen die Wechselkraft der darauf befindlichen echten Unterschriften nicht; es gilt wie bezüglich der Wechselfähigkeit das Prinzip der Selbständigkeit der einzelnen Wechselakte (Art. 3, 75 u. 76); so auch in Japan (708), Rußland und wohl auch in England (s. 54).

Unwahre Angaben in den Essentialien nehmen dem Wechsel die Wechselkraft nicht.

D. Nur zur Zeit der Geltendmachung muß der Wechsel alle Essentialien enthalten; in welcher Reihenfolge sie aufgesetzt werden, ist unerheblich; auch Accept (Blankoaccept) und Indossamente können auf einen unausgefüllten Wechsel ohne Ausstellerunterschrift gesetzt werden.

Eine wechselmäßig unterschriebene Urkunde, welche die Essentialien eines Wechsels nicht oder nicht vollständig enthält, ist ein unfertiger oder Blankowechsel (Wechselblankett). Er hat sich gewohnheitsrechtlich entwickelt und ist in Theorie und Praxis (in Österreich durch Minist.V. v. 6. Okt. 1853) anerkannt.

In der Übergabe des Blanketts liegt das selbständige, unwiderrufliche, verbindliche und übertragbare Recht zur Ausfüllung in verkehrsüblicher Weise ohne beschwerende Zusätze; vertragswidrige Ausfüllung gibt dem Unterzeichner (gegen den Nehmer des Blanketts und den um die Vertragswidrigkeit wissenden Dritten) die exceptio doli; dem redlichen Erwerber gegenüber haftet der Blankozeichner aber wechselmäßig nach Maßgabe des ausgefüllten Wechsels, auch wenn die Ausfüllung der Vereinbarung widerspricht. Das Ausfüllungsrecht erlischt mit der einmaligen Ausfüllung.

E. Die Auslegung des zur Zirkulation bestimmten Wechsels darf nur aus sich selbst und aus allgemeinen Verkehrsanschauungen erfolgen, nicht nach partikulärem Sprachgebrauch oder nach dem aus Nebenumständen der Ausstellung oder Begebung festgestellten Willen der Parteien.

F. Die Form aller Wechselerklärungen und damit die Gültigkeit der Wechselverbindlichkeit richtet sich nach dem Recht des Ortes, an welchem die Erklärung — der Angabe im Wechsel zufolge — erfolgt ist (locus regit actum). Es bestehen jedoch zwei Ausnahmen, in denen das der Gültigkeit der Erklärung günstigere (inländische) Recht maßgebend ist:

1. wenn dem ungültigen Grundwechsel gültige accessorische Wechselerklärungen im Inland hinzutreten (A 85 Abs. 2);

2. wenn der Inländer sich gegenüber dem Inländer im Auslande verpflichtet (a. a. O. Abs. 3).

§ 8. Die Verpflichtung des Ausstellers.

I. Die Tratte enthält ihrem Wortlaut nach nur einen Zahlungsauftrag des Ausstellers an den Bezogenen; kraft Gesetzes liegt aber in ihr das Versprechen, für den Erfolg des Auftrags einzustehen (Garantie, Regreßhaftung). Daher haftet der Aussteller (auch bei der Kommissionstratte) wechselmäßig dem Remittenten und jedem späteren redlichen Wechselerwerber gegenüber unter der Voraussetzung gehöriger Präsentation und Protestation:

1. für Zahlung, m. a. W. für das Interesse des Inhabers an der rechtzeitigen Zahlung. Dies Interesse wird im Einzelfall nicht speziell ermittelt, sondern ist ein- für allemal (in der Regreßsumme) gesetzlich fixiert;

2. schon vor der Zahlung für die Annahme des Zahlungsauftrags durch den Bezogenen; eventuell ist er in der deutschen Gruppe, auch in Japan zur Sicherstellung,

[1] Grünhut I S. 440; bez. Englands vgl. s. 64.

in England und Rußland zur sofortigen Einlösung, in Frankreich zur Sicherstellung oder Einlösung verpflichtet;

Das englische System verdient den Vorzug[1].

3. für die Solvenz des Bezogenen zwischen Accept und Fälligkeit; daher hat er bei Unsicherheit des Acceptanten (d. h. in den Fällen der Zahlungseinstellung, Konkurseröffnung oder fruchtlosen Zwangsvollstreckung) selbst Sicherheit zu bestellen, sofern sie vom Acceptanten nicht zu erlangen ist[2].

Diese dreifache Haftung ist unausschließbar (vgl. oben § 7 B am Ende). Sie entsteht nicht schon mit der bloßen Unterzeichnung des Wechsels, da der Trassant seine Unterschrift noch durchstreichen, der Wechsel auch zur Zeit der Unterschrift noch unfertig (Blankett) sein kann. Anderseits bedarf es (von Rußland, Art. 15 u. 89, u. England, s. 2 u. 40, abgesehen) auch nicht der freilich ganz üblichen Übergabe (Begebung) durch den Aussteller an den Remittenten resp. bei Wechseln an eigene Order an den ersten Indossatar. Vielmehr entsteht die Ausstellerhaftung, wenn der vom Aussteller unterzeichnete Wechsel vollständig ausgefüllt und von einem redlichen Dritten erworben worden ist (vgl. unten § 22).

4. Außerdem ist der Trassant auch seinem unmittelbaren Nachmann (Remittenten resp. erstem Indossatar) zur Ausstellung von Duplikaten verpflichtet.

5. In Frankreich, Belgien, Japan hat der Aussteller der Tratte für eigene Rechnung dem Bezogenen Deckung zu gewähren; bei der Kommissionstratte hat der donneur d'ordre diese Pflicht. Nach dem Wechselrecht der deutschen Gruppe besteht eine solche Pflicht wechselrechtlich nicht; der Aussteller kann höchstens zivilrechtlich auf Grund eines besonderen und vom Bezogenen aufzudeckenden Rechtsverhältnisses zur Deckung vor oder zur Revalierung nach geleisteter Zahlung verbunden sein.

II. Der Aussteller des Eigenwechsels haftet nur für Zahlung der Wechselresp. (im Fall der Nichteinlösung) der Regreßsumme, sowie bei Unsicherheit vor Verfall für Sicherheitsbestellung.

§ 9. Übertragung des Wechsels.

1. Der Wechsel kann vom Remittenten (beim W. an eigene Order vom Aussteller) übertragen werden. Die zivilrechtliche Form der Zession ist ungebräuchlich, aber statthaft; sie braucht weder auf dem Wechsel beurkundet noch überhaupt schriftlich zu sein. Zur Geltendmachung der Rechte gegen die Wechselschuldner bedarf es jedoch der Übertragung des Wechselbriefs. Die Zession überträgt die Forderung des Zedenten, mit allen ihren Pfand- und Bürgschaftsrechten, auch behaftet mit allen Einreden, die dem debitor cessus gegen den Zedenten zustehen. Der Zedent haftet nur für die Existenz der Forderung, dagegen nicht für deren Einbringlichkeit, es sei denn diese letztere Haftung besonders übernommen.

Mit zessionsgleicher Wirkung kann der Wechsel auch durch Erbgang, Zuschlag in der Auktion, infolge gerichtlicher Überweisung oder durch Zahlung der Wechselschuld seitens eines Dritten übertragen werden.

2. Die eigentlich wechselmäßige Übertragung erfolgt jedoch durch Indossament (Giro).

Es ist ein auf den Wechsel, dessen Kopie oder Verlängerung (Allonge) gesetzter Vermerk des bisherigen Wechselgläubigers (des Remittenten oder Indossanten, Giranten), daß an seine Stelle ein anderer (der Indossatar, Giratar) treten soll.

Beim vollständigen oder ausgefüllten Indossament ist der Indossatar im Vermerk genannt, zumeist mit dem abgekürzten Zahlungsbefehl: „für mich an N.", d. h.: zahlen Sie anstatt an mich an den Indossatar. Orts- und Zeitdatum sind nützlich, doch — abweichend vom C. de c. — nicht wesentlich. Order- und Valutenklausel sind im Giro-

[1] Vgl. Cohn in Z. f. vgl. R.W. IV S. 62 ff. anderer Meinung ist Bernstein, Revision S. 30.
[2] Art. 29. Analog in Frankreich u. England; vgl. Späing S. 103 ff.

wie im Grundwechsel überflüssig. Bedingungen machen ungültig; anders in England (s. 33).

Des Indossament pflegt auf die Rückseite des Wechsels geschrieben zu werden (indossare est cartae dorsum inscribere); als Vollindossament kann es aber auch auf der Vorderseite stehen.

3. Das Indossament schließt sich als accessorischer Schriftenakt einem Grundwechsel an; dieser muß formgerecht sein und darf kein Verbot der Indossierung enthalten. Das Indossament legitimiert den Indossatar und hat, wenigstens der Regel nach, Transport- und Garantieeffekt.

a) Es transportiert die Wechselforderung; sie geht, so wie sie geschrieben ist, über, daher (im Gegensatz zur Zession und vom Fall der Kollusion abgesehen) frei von allen Einreden, die dem Wechselschuldner gegen den Indossanten oder gegen einen seiner Vormänner zustehen; es begründet nicht Nachfolge in das Recht des Gläubigers, sondern successio in locum (Dernburg); der Indossatar wird selbständiger Gläubiger aller Wechselschuldner (proprio nomine et iure). Der Indossatar hat das Recht zur Weiterindossierung, auch an einen Vormann (Aussteller oder früheren Indossanten; sog. Rückindossament), auch an den Bezogenen und selbst an den Acceptanten, ohne daß sofort Konfusion einträte.

Ein gesetzlicher Übergang der Neben- und Sicherheitsrechte findet nicht statt. Insbesondere erwirbt bei der Tratte der Indossatar in allen Ländern der deutschen Gruppe, einschließlich Italiens, Portugals, Rumäniens, sowie in England und Rußland ohne besondere Abtretung kein Recht auf die in den Händen des Bezogenen befindliche Deckung[1]. Dagegen geben ihm das belgische Gesetz, die französische Praxis und das schottische Recht ein ausschließliches Recht auf die Deckung, auch gegenüber den Konkursgläubigern des Trassanten; der herrschenden Ansicht Frankreichs gilt der Indossatar sogar als propriétaire (!) de la provision. Dies Recht auf die Deckung ist ein Haupthindernis der Wechselrechtseinheit, theoretisch unhaltbar und in einzelnen Fällen (Ziehung auf Kredit) geradezu unmöglich; es entbehrt in der Praxis der ihm nachgerühmten Vorzüge, denn es schließt weder die Ausstellung von Gefälligkeitswechseln aus, noch hindert es die Zurückziehung der Deckung vor der Fälligkeit; es fördert auch nicht die Begebbarkeit des Wechsels, da der Erwerber nach der Solvenz der Unterzeichner, nicht nach der Existenz der Deckung zu fragen pflegt; es besitzt in Frankreich selbst namhafte Gegner, aber noch immer eifrige Verteidiger, in jüngster Zeit besonders Thaller[2].

Der Indossant gibt sein Recht indes nicht unbedingt auf; es lebt vielmehr, wenn der Wechsel nicht honoriert wird und zurückgeht, mit dem Rückerwerb wieder auf (ex tunc).

b) Der Indossant haftet nicht nur, wie ein Zedent, für die Existenz der Wechselforderung, sondern garantiert, wie ein Aussteller, die Zahlung, bei der Tratte auch das Accept und die Sicherheit des Acceptanten. „Every indorser is a new drawer." Immerhin kann jedoch, im Gegensatz zur Verpflichtung des Ausstellers, diese Haftung durch die sog. Angstklausel (z. B. durch die Worte „ohne Obligo") ausgeschlossen werden. Das Indossament ist daher keine neue Tratte mit dem Inhalt der alten, aber es ähnelt einer solchen.

Zur formellen Legitimation bedarf es bei dem mehrfach indossierten Wechsel der geschlossenen Girokette, d. h. einer äußerlich zusammenhängenden Reihe von Indossamenten, bei denen jedes folgende vom Indossatar des unmittelbar vorangehenden unterzeichnet ist; dabei gelten durchstrichene und nicht im Zusammenhang stehende Indossamente als nicht geschrieben; gefälschte unterbrechen die Girokette nicht.

Die Indossabilität hat im deutschen und englischen Recht die Orderklausel nicht zur Voraussetzung. Sie ist ein naturale negotii. Sie kann ihm nur durch ein Verbot im

[1] Ebenso das amerik. Neg. Instr. Law § 211.

[2] Thaller im Bull. de la soc. de lég. comp. XXIX, 1900, p. 785 ff.; gegen ihn Sacerdoti im Diritto comm. XX, 1920, u. Meili a. a. O. II S. 320; vgl. auch Actes du Congrès intern. de dr. comm. Bruxelles, p. 459 ff.; Speiser in Z. f. H.R. 32 S. 120, 36 S. 166; Grünhut II S. 149; Lyon-Caen IV No. 179 u. 188.

Grundwechsel selbst (die sog. Rektaklausel oder negative Orderklausel) entzogen werden (Art. 9). Diese Klausel lautet meist: „nicht an Ordre". Alle Indossamente eines mit solcher Klausel versehenen Wechsels (Rektawechsel) sind allen Wechselschuldnern gegenüber (in Rußland [§ 22] nur dem Verbietenden gegenüber) wechselrechtlich wirkungslos; sie können aber unter Umständen als Zessionen oder Vollmachten wirken.

4. Teilindossamente erzeugen, was freilich bestritten, kein Wechselrecht.

5. Eine Unterart des Indossaments ist das Blankoindossament (offenes Giro): es genügt dafür schon die bloße Namensunterschrift; in diesem Fall muß es auf der Rückseite des Wechsels stehen. In Frankreich wirkt das Blankogiro nur als Vollmacht, in Deutschland und England hat es vollen Transport- und Garantieeffekt. Es unterbricht die zur Legitimation nötige Girokette nicht. Jeder Wechselinhaber gilt als legitimierter Wechselgläubiger, darf die sämtlichen auf dem Wechsel befindlichen Blankoindossamente ausfüllen, den Wechsel aber auch ohne diese Ausfüllung einziehen, einklagen, voll oder in blanco weitergirieren oder ihn ohne eine Unterzeichnung (und daher ohne eigene Haftung) durch bloße Übergabe (sog. Blankotradition) übertragen. Der blankoindossierte Wechsel teilt die Vorteile und Gefahren des Inhaberpapiers, ist aber doch kein solches, da der Inhaber ihn jederzeit in ein Orderpapier zurückwandeln kann.

6. Modifikationen des Indossaments sind (außer dem oben erwähnten Indossament ohne Obligo) noch folgende:

a) Das Rektaindossament. Es verbietet die weitere Indossierung durch die Rektaklausel: „nicht an Ordre". Der Wechsel bleibt gleichwohl (im Gegensatz zum Rektawechsel) indossabel; aber der verbietende Indossant (nur er) wird den Nachmännern seines Indossatars (nur diesen) gegenüber nicht haftbar; die Wirkung des Verbots ist sonach (im Gegensatz zum Rektawechsel) nur eine relative, keine absolute (A. 15).

b) Das Prokura- oder Vollmachtsindossament. Es kennzeichnet den Indossatar als bloßen Bevollmächtigten, gewöhnlich durch die Klausel: „zum Inkasso" oder „in Prokura". Es hat weder Transport- noch Garantiefunktion, sondern ermächtigt nur den Indossatar, als Vertreter des Indossanten, dessen Wechselrecht, insbesondere durch Einziehung und Einklagung, geltendzumachen, diese Vollmacht auch durch Prokurаindossament (nicht aber durch eigentliches Giro) weiterzuübertragen. Als bloßer Bevollmächtigter muß der Prokurаindossatar sich alle Einreden aus der Person seines Indossanten entgegensetzen lassen (A. 17).

Der Verkehr bedient sich statt des Mißtrauen verratenden Prokurаindossaments zum Inkasso für Rechnung des Indossanten gern des eigentlichen Indossaments (sog. fiduziarisches Indossament, versteckes Inkassogiro)[1]; es ist gültig. Der Inkassomandatar hat nach außen die Stellung eines wahren Indossatars und unterliegt, was freilich sehr umstritten, den Einwendungen aus der Person seines Indossanten, sofern er auf der Wechselforderung beharrt, obwohl er erfahren, daß Einwendungen gegen seinen Vormann bestehen.

c) Das Indossament ist, von Spanien, Holland und Argentinien abgesehen, auch nach Verfall möglich und legitimiert, wie das Indossament vor Verfall. Das deutsche, schweizer und serbische Recht unterscheidet:

α) das Nachindossament des mangels Zahlung rechtzeitig protestierten Wechsels: es hat gar keinen Garantieeffekt und nur unvollkommenen Transporteffekt, denn es überträgt die Rechte gegen Acceptanten und Wechselindossanten nicht als selbständige, sondern, wie bei der Zession, nur als abgeleitete, mit allen Einreden aus der Person des Vormanns behaftete;

β) das Nachindossament des nicht rechtzeitig protestierten (präjudizierten) Wechsels; es hat vollkommenen Garantieeffekt hinsichtlich des Nachindossanten; die Vorindossanten sind zufolge der Protestversäumung regreßfrei geworden; dagegen gehen die Rechte gegen die Nachindossanten und den Acceptanten als selbständige über, und

[1] Literaturnachweise bei Grünhut II S. 143 N. 1 und Wieland S. 282 Nr. 1. Neuestens Druchholz in Gruchots Beiträgen, Bd. 47 (1903).

zwar nach der herrschenden Meinung unter der Bedingung der Präsentation binnen zwei Jahren, gleichsam als wäre mit dem ersten Nachgiro ein Sichtwechsel mit dem sonstigen Inhalt des präjudizierten Wechsels ausgestellt worden. Die Schweiz hat diese Präsentationspflicht gesetzlich fixiert, und zwar bei acceptierten Wechseln auf drei Jahre, bei nichtacceptierten auf ein Jahr.

Dieser ebenso gefeierten wie angefochtenen[1], von der loi type verworfenen Zweiteilung des deutschen Rechts (A. 16) haben sich weder Ungarn, noch Italien, Rumänien und Portugal, noch Skandinavien und Rußland angeschlossen; in Skandinavien und Rußland hat der Nachindossatar stets selbständige Rechte, und das nimmt auch die herrschende Ansicht in Frankreich an; in den übrigen genannten Ländern, sowie in England, Belgien und Japan erwirbt dagegen der Nachindossatar nur abgeleitete Rechte, wie ein Zessionar.

§ 10. Die Annahme.

1. Die Annahme seitens des Bezogenen (Acceptation, Accept) findet nur bei der Tratte statt; beim Eigenwechsel ist sie begrifflich ausgeschlossen.

Sie setzt zur Wirksamkeit eine formgerechte Tratte voraus, ohne daß jedoch Echtheit der Unterschrift des Trassanten oder Wechselfähigkeit desselben notwendig wäre. Die Annahme kann aber auch schon vor der Ausfüllung der Tratte abgegeben werden (sog. Blankoaccept); dies kommt besonders oft als Kaution und zur Kreditbeschaffung aus Gefälligkeit vor (über das Ausfüllungsrecht vgl. oben § 7 D).

2. Der Annahme geht zumeist die Präsentation voraus, d. h. eine unter Vorlegung des Originalwechsels an den Bezogenen (den Präsentaten) gerichtete Aufforderung, die Zahlung der Tratte wechselmäßig zu versprechen. Sie muß an einem Werktage im Geschäftslokale, event. in der Wohnung am Wohnort des Bezogenen (nicht des Domiziliaten) erfolgen.

Zur Präsentation berechtigt („diskretionär befugt") ist jeder faktische Inhaber der Tratte, auch die Post. Die bloße Detention gilt als Vollmacht des Wechselgläubigers; eines Indossaments an den Präsentanten bedarf es nicht.

Eine gesetzliche Präsentationspflicht besteht (abgesehen vom spanischen Recht) nicht mehr; der Inhaber ist zur Diligenz (vgl. unten § 12) als Mandatar seiner Vormänner (jetzt auch in Rußland) nicht mehr verpflichtet. Immerhin bestehen drei (scheinbare) Ausnahmen nach deutschem Recht:

a) Der Nachsichtwechsel (Art. 19) muß bei Verlust des Regresses gegen die Vormänner behufs Herbeiführung des Verfalltages nach Maßgabe der vom Aussteller oder Indossanten im Wechsel oder Indossament getroffenen Bestimmung, event. binnen der gesetzlichen Frist von zwei Jahren (in der Schweiz von einem Jahre) nach dem Ausstellungsdatum zum Accept und zwar zum datierten Accept präsentiert und protestiert werden; das datierte Accept bestimmt die Verfallzeit; das Datum des Protestes ersetzt das fehlende Datum des Accepts. Die Ausnahme ist nur scheinbar, weil die Präsentation nur Bedingung für das Regreßrecht ist, und weil, was in Belgien, Rumänien und Rußland[2] gesetzlich anerkannt, in Frankreich wohl allgemein angenommen, in Deutschland aber sehr bestritten ist, die Präsentation zur bloßen Bestätigung der Sicht anstatt zur Annahme genügt.

b) Im Domizilwechsel (Art. 24) kann der Trassant bei Regreßverlust die Präsentation behufs Bezeichnung des Zahlungsleisters (Domiziliaten) vorschreiben. Auch hier liegt nur eine Regreßbedingung, keine wahre Pflicht vor; überdies beruht diese Ausnahme nicht, wie in England, auf Gesetz, sondern auf Privatdispositon. — Die englische und französische Gruppe, auch Italien und Japan (734 Abs. 2) dehnen diese Befugnis des Trassanten, die Präsentation vorzuschreiben, auf alle Tratten aus und verpflichten den Inhaber alsdann zur Präsentation bei Schadensersatz, in Japan bei Regreßverlust.

---

[1] Vgl. Z. f. vgl. R.W., IV S. 38 ff.

[2] § 101; vgl. die amtliche Erläuterung bei Klibanski S. 77. Umgekehrt scheint Japan 735 Abs. 2 das wirkliche Accept zu fordern. Vgl. auch Z. f. v. R.W. IV S. 74 ff.

c) Kraft Vereinbarung kann ein Wechselgläubiger zur Präsentation bei Schadenserſatz zivilrechtlich verpflichtet ſein.

3. Der Wechſel iſt, im Gegenſatz zur Anweiſung, unbedingt *acceptabel*; Ausſteller und Giranten haften für die Annahme. Das Recht des Inhabers zur Präſentation kann mit wechſelrechtlicher Wirkung durch keine Klauſel aufgehoben werden; anders im franzöſiſchen, italieniſchen und wohl auch engliſchen Recht.

4. Die Präſentation iſt *ſofort*, ſelbſt am Ausſtellungstage, und beliebig ſpäter, ſelbſt am Verfalltage, ſtatthaft. Eine Ausnahme beſteht nur bezüglich der Meß- und Marktwechſel, die nur zu der durch Meßortgeſetz beſtimmten Präſentationszeit am Meß- oder Marktort zu präſentieren ſind. Eine die ſofortige Präſentation und Proteſtation ausſchließende Übereinkunft iſt, ſelbſt wenn ſie im Wechſel oder Giro ſteht, ohne wechſelrechtliche Wirkung (Nov. 5 zu Art. 18); entgegengeſetzte Uſancen (ſog. Augsburger Accept) ſind beſeitigt.

Dem Bezogenen gewähren die meiſten fremden Rechte, auch die Schweiz, Italien und Skandinavien eine 24ſtündige, England die verkehrsübliche Bedenkfriſt; in Deutſchland hat er ſich dagegen *ſofort* über die Annahme zu erklären. Dieſe Pflicht und das Recht zur ſofortigen Präſentation bezeichnet man als das Prinzip des *prompten* Accepts.

5. Eine Verpflichtung des Bezogenen zu acceptieren beſteht, ohne beſonderes Abkommen, ſelbſt für den Schuldner des Ausſtellers nicht; anders in Belgien unter Kaufleuten für Handelsſchulden (kraft Geſetzes vom 20. Mai 1872) in Höhe des Schuldbetrages.

6. Die Annahme muß durch ſchriftlichen Vermerk des Bezogenen auf dem Original ſelbſt vorgenommen werden, gleichviel an welcher Stelle. Gewöhnlich erfolgt ſie quer[1] an der Vorderſeite, und zwar mittels des unterzeichneten Worts „angenommen“ (in Frankreich obligatoriſch); die bloße Namensunterſchrift genügt dagegen allgemein in England und (auf der Vorderſeite) in Deutſchland; auf der Rückſeite muß nach Art. 21 noch irgend eine Erklärung hinzutreten, die nicht unzweifelhaft das Gegenteil des Acceptationswillens ausdrückt; ſelbſt „geſehen“ genügt. Datierung iſt nicht nötig; ſelbſt das undatierte Accept des Nachſichtwechſels iſt bindendes Accept.

Die einmal erfolgte Annahme kann nicht wieder zurückgenommen werden; daher kann das einmal gezeichnete Accept vom Bezogenen ſelbſt vor der Aushändigung an den Präſentanten weder zurückgenommen (durchſtrichen) noch beſchränkt werden. Das ſchweiz. Obl.R. Art. 740 hat dieſe Konſequenz der D.W.O. (Art. 21) ausdrücklich ausgeſprochen. Das durchſtrichene Accept wird als undurchſtrichen fingiert. Dagegen gibt Belgien dem Bezogenen das Durchſtreichungsrecht innerhalb der 24ſtündigen Bedenkfriſt, Italien bis zur Aushändigung.

Die Annahme durch einen Nichtbezogenen verpflichtet nicht, kann auch nicht als Eigenwechſel aufrechterhalten werden, wohl aber unter Umſtänden als Aval gelten.

In Ermanglung der Annahme darf der Inhaber Proteſt erheben und Regreß nehmen.

7. Die Annahme kann auf einen Teil der Wechſelſumme beſchränkt, ein ſolches *Teilaccept* daher vom Inhaber (bei Verluſt des Regreſſes hinſichtlich des angebotenen Teils) nicht abgelehnt werden (anders in England). Dagegen darf der Inhaber eine durch Beifügung ſonſtiger Einſchränkungen (Zeit- und Ortsänderungen) qualifizierte Annahme ablehnen; ſie gilt (hinſichtlich des Regreſſes) als gänzlich verweigert. Übermäßiges Accept gilt nur in Höhe der Wechſelſumme. Ungültig iſt ein wirklich bedingtes Accept; dies iſt freilich beſtritten und in England anders geregelt.

8. Erſt durch die Annahme entſteht die wechſelmäßige, ſelbſtändige, nicht bloß bürgſchaftsmäßige Pflicht des Bezogenen zu zahlen, und zwar nach dem Inhalt ſeines (reinen oder qualifizierten) Accepts (Qui acceptat, solvat. Chi accetta paghi), außerdem auch bei eigener Unſicherheit Sicherheit zu beſtellen. Dieſe Pflicht beſteht jedem gutgläubigen, formell legitimierten Inhaber gegenüber, in der deutſchen Gruppe, Italien,

[1] Daher der Spruch: „Wer quer ſchreibt, dem geht's quer.“

Belgien, England (nicht in Frankreich) auch dem Aussteller gegenüber. Der Acceptant wird Hauptschuldner; Aussteller und Indossanten haften nach der Annahme nur noch eventuell für die Zahlung.

Dem Acceptanten steht dagegen kein Wechselrecht gegen den Aussteller zu; er tritt nur als Verpflichteter in den Wechselverband. Im Gegensatz zum Code de comm. Art. 117 (l'acceptation suppose la provision) knüpft das deutsche Recht keine Vermutung des Deckungsempfanges an das Accept. — Der Trassant kann den Zahlungsauftrag dem Bezogenen gegenüber nur bis zum Accept widerrufen. Dem Inhaber gegenüber ist die Konterorder überhaupt wirkungslos.

Dem Acceptanten gleich haftet der Aussteller des Eigenwechsels (Art. 98).

§ 11. Die Zahlung.

Der Zahlung geht in der Regel die Präsentation zur Zahlung voran. „Der Wechsel muß zu mir kommen, ich brauche ihm nicht nachzugehen“ [1]. Die Präsentationspflicht kann durch eine Klausel im Wechsel oder vertragsmäßig erlassen werden.

Der im Wechsel angegebene Verfalltag deckt sich nicht stets mit dem eigentlichen Zahlungstage, d. h. dem Tag, an dem die Zahlung wirklich gefordert werden kann. Eine gesetzliche Hinausschiebung findet, wenn der Verfalltag auf einen Sonn- oder (allgemeinen) Festtag fällt, auf den nächsten Werktag statt. Dagegen sind die früher weitverbreiteten sog. Respekt- oder Gnadentage (d. h. dem Schuldner zustehende gesetzliche Anstandsfristen nach eingetretenem Zahlungstermin) in den meisten Ländern abgeschafft; anders in England (mit gewissen Ausnahmen, s. 14); übrigens ist, zwar nicht in Deutschland, doch in vielen Ländern (auch Frankreich, Belgien, Schweiz, Rußland 68 Z. 3) der Schuldner tatsächlich in der Lage, die Zahlung auf den folgenden Tag zu verschieben, da erst an diesem protestiert werden darf. Die früher (z. B. in Augsburg und Bremen) durch Ortsrecht eingeführten allgemeinen Zahltage (sog. Kassiertage) sind 1876 partikularrechtlich wieder beseitigt worden. Gewillkürte Hinausschiebung des Verfalltages durch Prolongationsvermerk des Wechselgläubigers auf dem Wechsel ändert, was streitig, die Verfallzeit (und den Verjährungsbeginn) nicht, sondern wirkt nur als Stundung dem Prolonganten und denjenigen Vormännern gegenüber, die in die Stundung gewilligt haben (vgl. Schw.O.R. 761.). Die durch Gesetz gewährte (notwendige) Prolongation schiebt den Verfalltag wirklich hinaus, und zwar allen Wechselinteressenten, auch den Ausländern gegenüber; dagegen hält ein Moratorium den Verfalltag fest und schiebt nur die Fristen (zur Präsentation, Protestation und Klageerhebung) hinaus; es wirkt mithin nur bezüglich der im Inland entstandenen Wechselverpflichtungen.

Die Bestimmung des Verfalltags bei einzelnen Arten von Wechseln (besonders von Sicht-, Nachsicht-, Dato-, Meß-, Markt- und nach altem Stil datierten Wechseln) ist in Art. 30—35 näher normiert.

Zahlung vor Verfall kann weder gefordert noch aufgedrängt werden; der Zahler trägt, wie viele Gesetze (Frankreich, auch Schweiz und Skandinavien) ausdrücklich bestimmen, die Gefahr der verfrühten Zahlung. Die deutsche und englische Wechselordnung schweigen. — Die Zahlung ist vom Bezogenen, beim Eigenwechsel vom Aussteller, bei Domizilwechseln vom Domiziliaten zu leisten.

Die Zahlung muß an den gutgläubigen und darf an jeden durch die zusammenhängende Girokette formell legitimierten Inhaber erfolgen; der Zahlende ist verpflichtet, die Identität des Inhabers mit der Person, auf welche die formelle Legitimation lautet, zu prüfen; dagegen ist er zur Prüfung der Echtheit der Indossamente weder verpflichtet noch berechtigt.

Die Zahlung der Wechselsumme erfolgt in der Landesmünze; Zahlung in fremder Münze darf nur dann gefordert werden, wenn der Aussteller durch die Effektivklausel

[1] Graf und Dietherr, Deutsche Rechtssprichwörter S. 236 N. 92.

(d. h. das Wort „effektiv" oder einen gleichbedeutenden Zusatz) dies ausdrücklich bestimmt hat. (A. 37.)

Teilzahlung muß (im Interesse der Verminderung der Regreßsumme) angenommen werden, und zwar selbst dann, wenn die ganze Wechselsumme acceptiert war.

Wechselzahlung ist Einlösung; der Wechselschuldner braucht nur Zug um Zug gegen Aushändigung des quittierten Wechsels zu zahlen. Bei Teilzahlung kann nur Abschreibung der gezahlten Summe auf dem Wechsel und Quittierung auf einer Wechselkopie verlangt werden.

Durch die Zahlung der Tratte erwirbt der Bezogene an sich noch nicht einen Ersatzanspruch (Revalierungsanspruch) gegen den Aussteller (oder den Kommittenten); er muß vielmehr, was freilich höchst bestritten, das unterliegende Rechtsverhältnis aufdecken. Hat er als Mandatar des Ausstellers gehandelt, so hat der Aussteller die Hingabe der Deckung zu erweisen.

Ist die Präsentation unterblieben, so gerät der Wechselschuldner nicht in Verzug: der Gläubiger kann weder Verzugszinsen noch (bei sofortiger Zahlung auf die Klage) Prozeßkosten fordern. Der Schuldner ist vom dritten Tage nach dem Zahlungstage an berechtigt, die geschuldete Summe auf Gefahr und Kosten des Inhabers zu deponieren.

§ 12. Der Protest[1].

Der seit 1335 nachweisbare[2] Protest war ursprünglich die an die Präsentation zur Zahlung sich anschließende feierliche Wahrung aller Schadensansprüche gegen die Vormänner. Diese Wahrung ist weggefallen. Jetzt ist der Protest nur noch ein in gesetzlich bestimmter Form errichtetes Zeugnis einer Urkundsperson über die durch sie bewirkte Präsentation und deren Erfolglosigkeit[2]. Er ist zuweilen nur ein bloßes Beweismittel, z. B. beim Anspruch gegen den Acceptanten des nicht domizilierten Wechsels, vielfach aber das einzig zulässige Beweismittel über die erfolglos bewirkte Präsentation, mithin gesetzlich notwendiger Solennitätsakt, m. a. W. eine (allerdings erlaßbare) gesetzliche Bedingung von Wechselverbindlichkeiten, insbesondere der Regreßverpflichteten.

Präsentation und Protestierung hat an einem Werktage in der ortsüblichen, durch viele Landesgesetze näher begrenzten Geschäftszeit und zwar im gegenwärtigen Geschäftslokal und in Ermanglung eines solchen in der gegenwärtigen Wohnung des Protestaten, an anderen Orten und zu anderen Zeiten nur mit beiderseitigem Einverständnisse zu erfolgen.

Zur Protesterhebung befugt sind zumeist die Notare und gewisse Gerichtsbeamte, in England in Ermanglung eines Notars ein angesehener Einwohner vor zwei Zeugen, in Belgien eventuell Postbeamte (unter Staatsgarantie). Der Ausdruck „Protesterhebung" oder „Protestlevierung", nicht die Sache stammt vom mittelalterlichen „cartam levare", einem symbolischen Traditionsakt bei Grundstücken, der im Aufheben des auf die Erde gelegten Pergaments bestand.

Der Protest muß von dem Protestbeamten unterschrieben, datiert und, abgesehen von der Schweiz, auch untersiegelt sein. Er muß eine die Identität des Wechsels außer Zweifel stellende wörtliche Abschrift des Wechsels und aller auf ihm befindlichen Indossamente und Vermerke enthalten. Er muß den Protestanten (Requirenten) und den Protestaten nennen, d. h. die Personen, in deren Auftrag und gegen welche der Protest erhoben ist; Protestant und Protestat können (beim Domizilwechsel) eine Person sein (sog. Deklarationsprotest). Ferner muß er Orts- und Zeitdatum der Aufforderung und insbesondere angeben, welches Begehren und welcher Person gegenüber gestellt worden, sowie ihre Antwort oder die Bemerkung, daß sie keine gegeben habe oder nicht anzutreffen gewesen sei (sog. Platz- oder Wandprotest)[3].

---

[1] Leist, Der Wechselprotest und seine Reform 1899.
[2] Vgl. Goldschmidt, System § 183. Universalgeschichte des H.R. S. 457 N. 156.
[3] Die Nomenklatur ist nicht feststehend.

Ergibt die Nachforschung bei der Ortspolizeibehörde, daß Protestat in der betreffenden Ortschaft weder Geschäftslokal noch Wohnung hat, so ist dies im Protest zu beurkunden (sog. Wind-, Nachforschungs- oder Perquisitionsprotest)[1].

Über eine Präsentation an mehrere Personen genügt eine Protesturkunde.

Die Urkundsperson hat die von ihr aufgenommenen Proteste vollständig Tag für Tag in ein paginiertes besonderes Protestregister einzutragen. (A. 87—90).

In England bedarf es der Protestaufnahme nur bei den vom Inland auf das Ausland oder umgekehrt gezogenen Wechseln (sogen. foreign bills), dagegen nicht bei Inlandwechseln. In Italien und Belgien wird der Protest ersetzt durch eine unter Zustimmung des Wechselinhabers vom Präsentaten auf dem Wechsel oder in einer Separaturkunde abgegebene Privaterklärung. In Rußland (§ 68) protestiert der Notar durch Registereintrag und auf den Wechsel selbst gesetzten Vermerk.

Die Reformbedürftigkeit des schwerfälligen und kostspieligen deutschen Protestes ist anerkannt[2]; der Protestvermerk gehört zur Feststellung der Identität auf den Wechsel selbst.

Die beiden Hauptarten des Protestes sind: der Protest mangels Zahlung und der Protest mangels Annahme. Einen Anhang zu diesen bildet bei Ehrenannahme und Ehrenzahlung der sogen. Interventionsprotest. Andere Protestarten sind der Protest mangels Datierung (des Nachsichtwechselaccepts), der sogen. Sekuritätsprotest zur Feststellung, daß der unsicher gewordene Acceptant resp. Eigenwechselaussteller keine Sicherheit auf Erfordern bestellt hat, und der Protest mangels Aushändigung eines Wechselexemplars (auch Perquisitionsprotest genannt). Mehrdeutig ist der Ausdruck Kontraprotest[3], d. h. der Protest darüber, daß auf Grund eines bereits protestierten Wechsels auch bei einer zweiten Person vergebens präsentiert wurde.

Der Protest mangels Zahlung kann in Deutschland, aber nicht in der Schweiz, Frankreich und anderen Ländern, noch am Zahlungstage selbst, er muß spätestens am zweiten Werktage nach dem Zahlungstag erhoben werden.

Ist der Protest mangels Zahlung nicht rechtzeitig oder nicht ganz fehlerfrei[4] aufgenommen, so heißt der Wechsel präjudiziert. Es ist der Regreß und beim nichtdomizilierten Wechsel sogar die direkte Klage gegen Acceptanten resp. Aussteller des Eigenwechsels verloren. Dabei ist nach deutscher Praxis, russischem (§ 35) und schweizer Gesetz [A. 813] (im Gegensatz zum französischen, englischen, skandinavischen Recht und auch der loi type) gleichgültig, ob die Präjudizierung auf Schuld, Zufall oder höherer Gewalt beruht. Den Nachteil hat der Inhaber zu tragen. Trifft die Schuld den Protestbeamten, so haftet er dem Requirenten für Schadensersatz.

Ein Erlaß des Protestes außerhalb des Wechselbriefs wirkt nur unter den unmittelbar Beteiligten; Erlaß im Wechselbrief oder Indossament (Klausel: ohne Protest, ohne Kosten, o. K., o. Pr., retour sans frais) wirkt nur gegen den Erlasser zu Gunsten aller späteren Erwerber des Wechsels (in Italien gilt die Erlaßklausel für nicht geschrieben). Der Protesterlaß entbindet nicht von der Präsentation. Er begründet, vorbehaltlich des Gegenbeweises, die Rechtsvermutung, daß die Präsentation erfolglos geschehen sei; der Regreßschuldner hat also die nicht erfolgte Präsentation zu beweisen. Der Erlaß hindert auch den Inhaber weder an der Protesterhebung noch an der Forderung der Kostenerstattung seitens der betreffenden Regreßpflichtigen. (A. 42.)

Richtige Präsentation und Protestation sind gesetzliche Resolutivbedingungen der Wechselforderung; sie werden auch — zuweilen in Verbindung mit der Notifikation[5] —

---

[1] Perquisitionsprotest wird auch für den Protest mangels Aushändigung gebraucht. v. Canstein S. 336.

[2] Makower in Z. f. H.R. 41 S. 361 ff.; Cohn in Z. f. v. R.W. IV S. 208; Bernstein, S. 65 ff.; neuestens Stranz (in Festgabe für Koch), Ein Protest gegen den Wechselprotest. S. 342 ff. (für Wegfall des ganzen Protesterfordernisses bei Inlandwechseln).

[3] Vgl. v. Canstein S. 33 N. 25.

[4] Vgl. Bernstein, Die Revision der W.O. S. 65: „Zeige mir einen Protest, und ich zeige dir dessen Ungültigkeit."

[5] Vgl. v. Canstein S. 323 ff.; Grünhut II S. 44; Beseler II S. 1124; Dernburg S. 227.

unter der Bezeichnung Diligenz- oder Vigilanzpflicht des Wechselgläubigers zusammengefaßt; eine wirkliche Verpflichtung liegt jedoch nicht vor; der Inhaber hat nicht die Rechte seiner Vormänner wahrzunehmen, sondern sorgt für sein eigenes Interesse: die Unterlassung der Präsentation und Protestation erzeugt keine positive Verbindlichkeit zum Schadensersatz; eine solche Pflicht müßte durch besonderes Abkommen übernommen werden.

Über die Form der Präsentation und des Protestes entscheidet das am Protesterhebungsort geltende Recht.

§ 13. Der Wechselregreß.

Der Regreß ist der Rückgriff des Inhabers gegen die Vormänner (Aussteller und Indossanten) aus der von ihnen übernommenen Garantie für Annahme, Zahlung und fortdauernde Sicherheit des Acceptanten. Hiernach gibt es drei Hauptarten des Regresses: mangels Annahme, mangels Unsicherheit des Acceptanten und mangels Zahlung (Regreß im engeren Sinne).

Alle drei Arten des Regresses können sowohl in als außerhalb der Reihenfolge der Indossamente genommen werden, also sowohl per ordinem (Reihenregreß) als auch unter Überspringung beliebiger Wechselschuldner per saltum (Sprungregreß). Übersprungene Vordermänner können nachträglich angegangen werden (jus variandi). Alle Regreßschuldner haften ohne Teilungseinrede, also solidarisch. Kein Regreß ohne Protest, soweit nicht derselbe erlassen ist.

a) Regreß mangels Annahme. (A. 25—28).

Voraussetzung ist durch Protest festgestellte nicht erfolgte oder eingeschränkte Annahme. Ziel ist im englischen und russischen Recht die vorzeitige Einlösung unter Abzug der Zwischenzinsen (Zahlungsregreß), in der deutschen Gruppe dagegen nur geeignete Sicherstellung für Zahlung des Wechsels zur Verfallzeit und für Kostenersatz gegen Aushändigung des Protestes (Kautionsregreß). Aushändigung des Wechsels selbst ist nicht erforderlich. Frankreich, Belgien und Skandinavien lassen dem Inhaber zwischen Kautions- und Zahlungsregreß die Wahl. Die Sicherstellung erfolgt durch Pfänder, Bürgen oder Hinterlegung der schuldigen Summe. Diese Kaution haftet auch allen Nachmännern des Bestellers; sie muß zurückgegeben werden, wenn der Wechsel nachträglich voll acceptiert oder bezahlt wird oder seine Wechselkraft (durch Verjährung oder Präjudizierung) verliert, oder falls gegen den Besteller die Regreßklage nicht binnen Jahresfrist vom Verfalltage angestellt wird.

b) Regreß wegen Unsicherheit des Acceptanten oder des Ausstellers des Eigenwechsels. (A. 29 u. 98 Z. 4.)

Voraussetzung ist außer dem Vorliegen eines der drei Unsicherheitsfälle (Konkurs, Zahlungseinstellung, fruchtlose Betreibung) noch die durch Sekuritätsprotest festgestellte Verweigerung der Kaution seitens des Acceptanten (resp. Eigenwechselausstellers) und im Fall der Notadresse die Nichtannahme seitens der Notadressaten. Ziel des Regresses ist auch hier Sicherheitsbestellung durch die Vormänner. Übrigens kann (nach der Nürnberger Novelle 6) daneben auch Kaution vom Acceptanten selbst im Wege des Wechselprozesses gefordert werden.

c) Regreß mangels Zahlung. (A. 41 ff. u. 98 Z. 6.)

Voraussetzung ist die durch rechtzeitigen Protest konstatierte erfolglose Präsentation zur Zahlung bei dem Bezogenen, dem Eigenwechselaussteller resp. dem Domiziliaten; Ziel des Regresses ist die Zahlung der Regreßsumme gegen Aushändigung von Wechsel, Protest und einer quittierten Retourrechnung. Die Regreßsumme besteht bei dem Regreß des letzten Inhabers außer der nicht gezahlten Wechselsumme noch in 6 % Zinsen seit dem Verfalltage, nebst $^1/_3$ % Provision und Ersatz der Spesen (d. h. Kosten für Protest, Porto und sonstige notwendige und gewöhnliche Auslagen).

Bei dem weiteren Regreß des freiwillig oder auf Klage einlösenden Regressaten (Indossanten) gegen seine eigenen Vormänner (sog. Rembours regreß) besteht sie in der von

ihm berichtigten Regreßsumme nebst 6 % Zinsen dieser ganzen Summe vom Tage der Zahlung, Spesenersatz und 1/8 % (in der Schweiz 1/6 %) Provision.

Bei Regreßnahme auf ausländische Orte können zulässige höhere Sätze gefordert werden; sie betragen in Frankreich 1/4—3/4 %. Über den Gesamtbetrag der Regreßforderung hat der Regreßnehmer die sog. Retourrechnung aufzustellen, die entweder mit dem Protest und quittierten Hauptwechsel dem Rückwechsel beizufügen (Rückwechsel mit Beilagen) oder dem Regressaten direkt zu übersenden ist.

Durch die jedem Regreßnehmer zustehende Provision, Stempelgebühr und Spesen ergibt sich ein „lawinenartiges" Anschwellen der Regreßsumme (Kumulationssystem, Prinzip der mehrfachen Retourrechnung); dagegen lassen Frankreich und Belgien nur den einfachen Regreß zu, so daß für einen Wechsel nur eine Retourberechnung gemacht werden kann.

Ist der Wohnort des Regreßpflichtigen vom Zahlungsorte resp. vom Wohnort des einlösenden Regressaten verschieden, so darf jeder Regredient über seine ganze Regreßsumme entweder einen Sichtwechsel a drittura, d. h. unmittelbar und nicht über andere Plätze hinweg, auf den Regreßpflichtigen ziehen (sog. Rückwechsel, rechange) oder anstatt dessen die ganze Regreßsumme nach dem Kurse eines solchen Sichtwechsels (vom Zahlort resp. Wohnort des Regreßnehmers auf den Wohnort des Regressaten) in Rechnung stellen (System der fingierten Rücktratte). Der Regressat haftet wechselmäßig nicht aus dem Rückwechsel, wohl aber aus dem Hauptwechsel und dessen Beilagen auf Zahlung der Summe des Rückwechsels.

Zur Vorbeugung ist jedem Wechselschuldner, insbesondere dem Trassaten, das Recht der freiwilligen Einlösung gewährt, d. h. die Befugnis, nach Protesterhebung die Auslieferung des quittierten Wechsels und des Protestes gegen Leistung von Wechselsumme, Zinsen und Kosten zu verlangen. Er darf nach der Einlösung sein und seiner Nachmänner Indossament durchstreichen, um sich gegen jeden späteren Wechselanspruch zu sichern.

Für die volle Regreßschuld haften auch Acceptant und Aussteller des Eigenwechsels, sofern sie zur Verfallzeit auf Präsentation nicht gezahlt haben.

§ 14. Die Notifikation.

Notifikation ist die schriftliche Benachrichtigung des Vormanns von der Nichtzahlung des Wechsels. In England ist sie Regreßbedingung, und zwar hat sie vom Regreßberechtigten binnen einer angemessenen Frist sämtlichen Vormännern gegenüber zu erfolgen. In Deutschland, dessen System Italien und Skandinavien, aber nicht die Schweiz folgt, ist sie nicht für die ganze Regreßforderung, sondern nur für Zinsen, Provision und Kosten, also für einen relativ recht unerheblichen Teil derselben, zur Bedingung gemacht; abgesehen hiervon begründet ihre Unterlassung, als Verletzung der sog. Diligenzpflicht des Inhabers, eine positive Verpflichtung zum Schadensersatz.

Sie ist innerhalb zweier Tage nach Protesterhebung resp. nach dem Empfang der Benachrichtigung vom Protestanten resp. jedem Benachrichtigten an den unmittelbaren Vormann zu richten; fehlt in einem Indossament die Ortsangabe, so ist der nächste Vormann, bei dem ein Ort im Wechsel angegeben ist, zu benachrichtigen. Protesterlaß befreit nicht von der Notifikationspflicht. (A. 45 u. 46.)

In Frankreich „tritt die Notifikation ganz in den Hintergrund" (Grünhut); Rußland (A. 72) verpflichtet nicht den Inhaber, aber den protestierenden Notar, allen Wechselschuldnern, deren Adresse ihm bekannt wird, eine schriftliche Mitteilung zu übersenden. Das Schweizer Gesetz hat das „lahme"[1] Institut ganz übergangen.

§ 15. Die Intervention.

I. Die Intervention oder Honorierung bezweckt, falls der Wechsel durch Nichtzahlung oder Nichtaccept oder Unsicherheit des Acceptanten „Not" leidet, den Regreß

[1] Vgl. Z. f. vgl. R.W. IV S. 104 ff. Für die Notifikation dagegen neuestens Stranz S. 356.

abzuschneiden oder abzukürzen. Dies geschieht durch Eintritt einer Person (des Honoranten oder Intervenienten) als subsidiärer Zahler oder (bei der Tratte) als subsidiärer Acceptant zu Gunsten eines Regreßschuldners, sei es zu Gunsten eines Indossanten (per onor di giro) sei es — was im Zweifel anzunehmen — des Trassanten (per onor di lettera). Zu Ehren des Trassaten kann nicht interveniert werden, da er kein Regreßschuldner ist. Derjenige, zu dessen Gunsten („Ehren") die subsidiäre Annahme (Ehrenannahme) oder Zahlung (Ehrenzahlung) erfolgt, heißt der Honorat.

Beide Arten der Intervention erfolgen entweder ohne einen wechselmäßigen Auftrag (Intervention im engeren Sinne) oder zufolge eines für den Fall der Not im Wechsel selbst stehenden Auftrags eines Wechselschuldners. Dieser Auftrag heißt Notadresse, der Beauftragte Notadressat („le besoin"), der Auftraggeber Notadressant. Die Notadresse lautet gewöhnlich „im Falle bei" oder „nötigenfalls bei" (au besoin, à défaut). Sie steht meist als Zusatz unter oder neben der Adresse, kann aber auch auf Kopie oder Allonge stehen. Notadressant kann nur ein Regreßschuldner sein, im Zweifel der Trassant. Notadressat kann jede beliebige Person sein, auch der Trassant, ein Indossant, selbst — was streitig — der Trassat. Die Notadresse muß, um wirksam zu sein, auf den Zahlungsort des Wechsels lauten, was, wenn kein anderer Zahlungsort angegeben ist, angenommen wird.

Jede Intervention setzt Protesterhebung voraus; sie ist entweder im Hauptprotest anhangsweise oder in einem besonderen Anhangsprotest zu vermerken (Interventionsprotest, auch wohl Kontraprotest).

II. Die Ehrenannahme erfolgt, wie jede Annahme, schriftlich auf dem Wechsel, meist mit einem Zusatz wie: zu Ehren, per onor, unter Protest, oder S. P. (sopra protesto); der letztere Zusatz ist besonders bei Ehrenannahme ohne Auftrag üblich (vorzugsweise „Acceptation S. P." genannt). Das Accept eines Notadressaten muß der Inhaber zulassen; dagegen darf er das Accept eines nicht durch Notadresse Berufenen unbeschadet seines Kautions-Regreßrechts zurückweisen. Der Ehrenacceptant muß, bei Schadensersatzpflicht, den Honoraten binnen zwei Tagen unter Übersendung von Haupt- oder Interventionsprotest benachrichtigen. Durch das Ehrenaccept wird der Kautionsregreß der Nachmänner des Honoraten abgeschnitten. Der Ehrenacceptant selbst erwirbt kein Kautionsregreßrecht. Der Ehrenacceptant haftet wechselrechtlich, aber nur den Nachmännern des Honoraten und nur unter der Bedingung, daß der Trassat bei Verfall nicht gezahlt hat, daß darüber Protest erhoben worden, und daß ihm noch innerhalb der Protestfrist der Wechsel mit dem Protest zur Zahlung präsentiert wird. Er hat einen Anspruch auf $^1/_8$ % Provision, und zwar selbst dann, wenn er später gar nicht zur Zahlung gelangt, in letzterem Fall gegen den Zahlenden. (A. 56—61 u. 65.)

III. Die Ehrenzahlung. Sie findet auch beim Eigenwechsel statt. Der mangels Zahlung protestierte Wechsel ist allen Notadressen und Ehrenacceptanten des Zahlungsorts noch binnen der Protestfrist zur Zahlung vorzulegen, bei Verlust des Regresses gegen den Adressanten resp. Honoraten und dessen Nachmänner; der Erfolg ist im Interventionsprotest zu vermerken. Die Ehrenzahlung muß (im Gegensatz zum Ehrenaccept) von jedermann angenommen werden, bei Verlust des Regresses gegen die Nachmänner des Honoraten. — Unter mehreren zur Ehrenzahlung sich verbindenden Personen hat der Inhaber die Wahl; dagegen verliert der vordringliche Zahler den Regreß wider diejenigen Wechselschuldner, welche durch die verdrängte (bessere) Zahlung eines andern Intervenienten befreit worden wären.

Der Ehrenzahler tritt kraft Gesetzes an die Stelle des von ihm bezahlten Wechselgläubigers gegen Acceptanten, Honoranten und dessen Vormänner, während die Nachmänner des Honoraten frei werden. (A. 62—64 u. 98 Z. 7.)

§ 16. Aval.

1. Aval ist die Mitunterschrift eines Wechselakts, welche vom Unterzeichner in der Absicht vollzogen wird, sich in gleicher Weise wie der an erster Stelle Unterschriebene zu verbinden.

2. Der Name kommt nicht von à valoir, sondern nach der herrschenden Meinung von a valle inferiore, weil sie am unteren Rand (in valle h. e. in loco inferiore) zu stehen pflegt; nach Grasshoff von dem arabischen hawâla, das ursprünglich so viel wie Veränderung bedeutete. Über den Aval als Vorstufe des Indossaments vgl. oben § 2 Z. 2.

3. Der Mitunterzeichner heißt: Avalist, Avalgeber, Wechselbürge; der Hauptunterzeichner: der Avalierte. Avalierbar sind die Unterschriften der Aussteller, Acceptanten, Ehrenacceptanten und Indossanten.

4. Gewöhnlich führt der Aval außer der Unterschrift des Avalisten noch den Zusatz „per aval", „p. a." oder „als Bürge", doch genügt die bloße Namenszeichnung unter, über oder neben dem Namen eines Wechselschuldners, sofern sie nicht erkennbar einen andern Wechselakt enthält oder durch einen Zusatz (z. B. als Zeuge, als Beistand) jede Wechselverpflichtung ausschließt. In Frankreich, Belgien, Holland ist Aval in besonderer Urkunde statthaft.

5. Der Aval ist nur gültig, wenn auch die avalierte Wechselerklärung formal gültig ist; anderseits braucht sie doch nicht materiell gültig, kann vielmehr wegen Wechselunfähigkeit des Avalierten unverbindlich oder selbst gefälscht sein.

6. Der Avalist haftet als prinzipaler Wechselschuldner wechselmäßig in gleichem Umfang, wie der Avalierte haftet oder bei materieller Gültigkeit seiner Wechselerklärung gehaftet haben würde; er übernimmt eine eigene, kumulative solidarische Wechselverpflichtung.

7. Wechselmäßige Regreßansprüche stehen den Avalisten nicht zu[1]. Untereinander haben sie zivilrechtlich (§§ 426, 774 B.G.B.) im Zweifel einen Anspruch auf Ausgleichung.

Der Aval enthält oft, doch keineswegs notwendig zugleich eine zivilrechtliche Verbürgung für den Avalierten. Für Wechselschulden kann auch außerhalb des Wechsels eine nicht-wechselrechtliche Bürgschaft übernommen werden.

Bürgschaften stärkster Form für Wechselschulden (oder andere Schulden) werden im Verkehr von Bürgen häufig „unter ihr Giro genommen", d. h. in die Form des Giros, auch des Accepts oder der Wechselausstellung eingekleidet. Im Gegensatz zu dieser verdeckten oder verkleideten Bürgschaft[2] (fideiussio palliata) bildet der Aval die eigentliche oder offene Wechselbürgschaft.

§ 17. Die Wechselvervielfältigung.

1. Die Vervielfältigung bezweckt teils die Sicherung gegen den Verlust, der insbesondere durch Versendung eines einzigen Exemplars erwachsen kann, teils die Ermöglichung der Begebung und Zirkulation der Tratte während der Einholung des Accepts.

Sie erfolgt entweder durch Duplikate, die nur bei der Tratte statthaft sind, oder durch bloße Abschriften (Wechselkopien). Duplikate sind seit der Mitte des 14. Jahrhunderts nachweisbar. Gefahr des Mißbrauchs ist nicht ausgeschlossen[3].

2. Duplikate sind mehrere genau gleichlautende Originalexemplare von Tratten, die äußerlich durch die Duplikatsklausel als zusammengehörig erkennbar sind. Die Duplikatsklausel lautet in der Regel: Prima, Secunda, Tertia u. s. f. (première, seconde de change); sie muß im Kontext stehen. Fehlt die Klausel, so gilt jedes Originalexemplar (trotz gegenteiliger Absicht des Ausstellers) als ein für sich bestehender oder Solawechsel (im juristischen, nicht kaufmännischen Sinn) mit selbständigen Wechselverpflichtungen.

Nur der Trassant kann Duplikate anfertigen. Er ist nur dem Remittenten zur Ausstellung derselben verpflichtet. Ein Indossant kann nur durch Vermittlung seines unmittelbaren Vormannes, der sich wieder an seinen Vormann zu wenden hat, Duplikate erhalten; jeder Vormann hat sein Indossament auf dem Duplikat zu wiederholen.

---

[1] Anders in Rußland § 59, Italien, Ungarn Z. f. v.R.W. IV S. 145 ff.

[2] Eine ganz andere Bedeutung gibt Wieland S. 250 diesem Ausdruck; er braucht ihn für die außerhalb des Wechsels erfolgte Verbürgung; das bisher als „verdeckte Wechselbürgschaft" bezeichnete Rechtsgeschäft nennt er „Gefälligkeitsunterzeichnung".

[3] Adler, Duplikate und Kopien nach Wechselrecht. 1900. (Sep. Abdr. aus der Allg. Österr. Gerichtszeitung.)

Durch die Bezahlung eines der mehreren Exemplare verlieren alle übrigen ihre Kraft (Art. 67) und zwar nach deutschem Recht von Rechts wegen, in der französischen Gruppe aber nur im Fall der im Duplikat stehenden kassatorischen Klausel (z. B. „gegen diesen Sekundawechsel zahlen Sie, Prima und Tertia nicht"); diese Klausel ist auch in Deutschland üblich, obschon (was Adler bedauert) nicht vorgeschrieben.

Soweit die Identität der Wechselakte reicht, haften auch die Wechselschuldner nur einmal; sind jedoch die mehreren Exemplare von demselben Indossanten an verschiedene Personen indossiert, so haftet der betreffende Indossant seinen Nachmännern aus den mehreren Exemplaren wie aus verschiedenen Wechseln.

Der Acceptant, der wissentlich oder versehentlich mehrere Exemplare acceptiert und nicht alle bei der Zahlung zurückerhalten hat, haftet gutgläubigen legitimierten Inhabern wie aus verschiedenen Wechseln.

In der Regel wird die Prima zum Accept versandt. Auf das zur Begebung bestimmte Exemplar (meist die Sekunda) wird der Vermerk gesetzt, wo das Acceptexemplar abzuholen ist, meist mit den Worten: „Prima zum Accept bei N. N." Fehlen dieses Vermerkes nimmt dem Begebungsexemplar nicht die Wechselkraft; der Nehmer darf es als Solawechsel behandeln. Die Rückseite der nicht girierten Exemplare wird oft durchkreuzt (Adler).

Der Verwahrer des Acceptexemplars ist dem legitimierten Inhaber des andern Exemplars zur Herausgabe, eventuell zum Schadensersatz nach Zivilrecht verpflichtet; der Anspruch erlischt, wenn der Verwahrer vor der Abforderung des Inhabers den Besitz in gutem Glauben aufgegeben hat; nach der Abforderung darf er einer Konterorder des Versenders nicht mehr Folge leisten. — Bei Nichtaushändigung des Acceptexemplars steht dem Inhaber der Regreßanspruch gegen alle Vormänner nur dann zu, wenn sowohl die verweigerte Herausgabe des Acceptexemplars als auch die Nichterlangung der Annahme oder Zahlung auf das Begebungsexemplar durch gehörige (doppelte) Protesterhebung festgestellt ist. (A. 66—69.)

3. Die Wechselkopie kann von jedem Inhaber von Tratte und Eigenwechsel angefertigt werden. Sie muß den Wechsel mit allen Vermerken vollständig wiederholen und mit der Arretierungsklausel („bis hierher Kopie" oder „von hier ab Original") versehen sein. Ein Originalaccept kann die Kopie nicht aufnehmen, dagegen mit voller Rechtswirkung Originalindossamente und Originalavale, auch Quittungsvermerke.

Zur Einholung des Accepts ist der Originalwechsel selbst zu versenden, während auf die Kopie der Vermerk zu setzen ist, wo sich der zur Annahme versendete Originalwechsel befindet; fehlt der Vermerk, so bleibt doch die Kopie gültig. Der legitimierte Inhaber der Kopie hat Anspruch auf Herausgabe des Originalwechsels, genau wie der Inhaber eines Duplikats. Zum Regreß (mangels Annahme oder Zahlung) bedarf er jedoch nicht, wie jener, eines doppelten Protestes; es genügt vielmehr hier der einfache Protest mangels Herausgabe des verwahrten Originalwechsels; der Regreß geht nur gegen die, deren Originalskriptur sich auf der Kopie befindet. (A. 70—72 u. 98 Z. 8.)

§ 18. Die Wechselverjährung.

1. Die strengen und oft weitverzweigten Wechselverbindlichkeiten bedürfen einer kurzen Verjährung; insbesondere gilt dies für die Regreßschuldner, zumal dort, wo, wie in Deutschland, die Gesetzgebung das strenge (englische) Notifikationssystem abgelehnt hat.

2. Die Wechselverjährung ist kein Prozeßinstitut, sondern gehört dem materiellen Rechte an; maßgebend ist daher das Gesetz des Erfüllungsorts: für die direkte Schuld (des Acceptanten oder Eigenwechselausstellers) das Gesetz des Zahlungsorts, für die Regreßschuld das Domizil des einzelnen Regreßpflichtigen. Nach englisch-amerikanischem Recht gilt dagegen die lex fori[1].

[1] Meili II S. 356; Späing S. 224 N. 11.

3. Sie ist keine bloße Präklusivfrist (anders in Rußland, Art. 73), sondern eine Unterart der Verjährung. Sie ist, was streitig, nicht von Amts wegen zu berücksichtigen. Ein im voraus geleisteter Verzicht oder eine Verlängerung ist unzulässig, eine Verkürzung dagegen statthaft.

4. Die Verjährungsfrist ist in der englischen und französischen Gruppe und in Japan (Art. 712) eine einheitliche von sechs resp. fünf oder drei Jahren gegen alle Wechselverpflichteten; jedoch tritt in Frankreich, Belgien und Italien zu den Bedingungen des Regreßrechts neben den Protest noch die Anstellung der Regreßklage binnen einer kurzen, geographisch abgestuften Präklusivfrist[1] von vierzehn Tagen bis acht Monaten.

Die deutsche Gruppe unterscheidet zwischen dem direkten Anspruch und dem Regreßanspruch. (A. 77—80.)

Der direkte Anspruch (gegen Acceptanten und Eigenwechselaussteller) verjährt in drei Jahren vom wechselmäßigen Verfalltage an, (und zwar auch zu Gunsten der Regreßpflichtigen), in Rußland in 5 Jahren.

Der Regreßanspruch verjährt — je nach der geographischen Zone, in welcher (bei dem Regreß des letzten Inhabers) der Zahlungsort resp. (bei dem Remboursregreß des Indossanten) der Wohnort des Regreßnehmers liegt — in 3, 6 oder 18 Monaten (nach Schweizer Recht in 1, 3 oder 12 Monaten, nach skandinavischer W.O. in 6 und 12 Monaten, in Rußland in einem Jahre). Die erste Zone umfaßt Europa mit Ausnahme Islands und der Faröer, die zweite Zone Asiens und Afrikas Küstenländer und Inseln des Mittelländischen und Schwarzen Meeres, die dritte Zone alle übrigen Gebiete; nach Schweizer Recht umfaßt die erste Zone nur die Schweiz, die zweite Zone die sonstigen Länder der ersten und zweiten Zone des deutschen Rechts.

Die Regreßverjährung beginnt gegen den letzten Inhaber mit dem Protesttage, gegen einen bereits in Anspruch genommenen Indossanten mit dem Tage seiner Zahlung oder der Behändigung der Regreßklage resp. Ladung.

Der Anspruch gegen den Ehrenacceptanten verjährt, was freilich sehr bestritten, nicht in drei Monaten, sondern, wie der des gewöhnlichen Acceptanten, in drei Jahren.

5. Unterbrochen wird die Wechselverjährung im Deutschen Reich (nach Aufhebung des Art. 80 der W.O.) in Gemäßheit der §§ 208 und 209 B.G.B., mithin nicht nur durch Klagerhebung (früher durch Klagebehändigung) und deren fünf Surrogate (Zahlungsbefehlzustellung, Anmeldung im Konkurse, Kompensation im Prozesse, Streitverkündigung und Exekutionsantrag), sondern auch, was freilich bestritten ist, durch jegliche Anerkennung, insbesondere auch durch Abschlags- und Zinszahlung und Sicherheitsleistung. In Österreich und der Schweiz unterbricht Anerkennung nicht; in England reicht sie im Fall der Schriftlichkeit oder der Teilzahlung aus[2]; in Frankreich, Belgien, Italien genügt wohl allgemein jede Art Anerkennung[3]. Konkurseröffnung, Mahnung, Protesterhebung unterbrechen nicht.

Die Unterbrechung der Verjährung dauert im Fall der Klagerhebung, der Streitverkündigung und Kompensation, bis der Prozeß entschieden oder anderweit erledigt ist oder in Stillstand gerät (in diesem Fall endigt sie mit der letzten Prozeßhandlung der Parteien oder des Gerichts); im Fall des Konkurses mit dessen Beendigung. Nach der Unterbrechung beginnt eine neue Verjährung.

Die neue Verjährungsfrist ist dieselbe wie die unterbrochene, in der Schweiz stets eine dreijährige (Art. 807). Der rechtskräftig festgestellte Wechselanspruch unterliegt der allgemeinen Verjährungsfrist von 30, in der Schweiz von 10 Jahren.

Die Unterbrechung wirkt nur für und gegen den, von dem oder dem gegenüber der Unterbrechungsakt vorgenommen ist.

6. Hemmungsgründe sind nach §§ 202 ff. B.G.B.: Verhinderungen in der Rechtsverfolgung durch Stillstand der Rechtspflege oder höhere Gewalt innerhalb der letzten sechs

---

[1] Grünhut II S. 539 N. 1a u. 546 N. 13.
[2] Späing S. 226 N. 17 u. 18.
[3] a. a. O. S. 222 ff. N. 6 u. 7 u. Grünhut II S. 552 N. 12.

Monate, Pietätsverhältnis zwischen den Beteiligten und Stundung oder sonstige Berechtigung des Verpflichteten zur vorübergehenden Leistungsverweigerung; doch pflegt Stundung nach Verfall nicht Hemmung, sondern Unterbrechung herbeizuführen (Rehbein).

7. Durch die Verjährung erlischt die wechselmäßige Verbindlichkeit (Art. 83); auch ist der verjährte Wechsel weder Schuldschein noch Anweisung noch kaufmännischer Verpflichtungsschein, sondern höchstens Beweismittel (Staub); dagegen bleibt unter gewissen Voraussetzungen der Bereicherungsanspruch (vgl. unten § 21, III).

§ 19. Die Kraftloserklärung.

Da „gegen" den Wechsel gezahlt werden soll, so nimmt der Verlust des Papiers dem Gläubiger eigentlich jede Möglichkeit der Ausübung seiner wechselrechtlichen Befugnisse. Aus Rücksichten der Billigkeit, um den Schuldner nicht auf Kosten des Gläubigers zu bereichern, gestattet die deutsche Wechselrechtsgruppe (einschließlich Italiens und seiner Tochterrechte) die richterliche Kraftloserklärung (Amortisation) des Wechselbriefs. Die Deutsche W.O. (A. 73) wird dabei durch R.Z.P.O. §§ 947—958 und §§ 1003 ff. ergänzt.

Amortisabel sind alle Arten abhanden gekommener oder vernichteter Wechsel, auch nicht acceptierte, präjudizierte und verjährte Wechsel, selbst unterschriebene Wechselblankette, insbesondere auch Blankoaccepte. Zum Antrage berechtigt ist der bisherige Inhaber des Wechselbriefs unter Glaubhaftmachung seines Gläubigerrechts und des Verlustes. Zuständig ist das Amtsgericht (in Österreich das Handelsgericht) des Zahlungsorts. Es hat den Wechsel in den Zeitungen aufzubieten und, falls darauf keine Anmeldung erfolgt, durch Ausschlußurteil für kraftlos zu erklären. Die Aufgebotsfrist beträgt sechs Monate, in Österreich 45 Tage, in der Schweiz 3—12 Monate.

Bei Anmeldung von Rechten kann das Gericht entweder die Parteien auf den Rechtsweg verweisen und das Aufgebotsverfahren aussetzen oder unter Vorbehalt der angemeldeten Rechte das Ausschlußurteil auf Kraftloserklärung erlassen.

Schon nach Einleitung des Aufgebotsverfahrens kann der Gläubiger bei oder nach Verfall Deposition und, wenn er bis zur Amortisation des Wechsels Sicherheit bestellt, sogar Zahlung der Wechselsumme vom Acceptanten und Eigenwechselaussteller (nicht aber von den Vormännern) fordern.

Durch das Ausschlußurteil wird der aufgebotene Wechselbrief ungültig, selbst wenn er sich in den Händen eines gutgläubigen, legitimierten Inhabers befindet, der ihn ohne Kenntnis der Kraftloserklärung erworben hat. Anderseits wird die Legitimation des Amortisationswerbers (Verlierers) mit dem Ausschlußurteil unanfechtbar; der verlorene Wechselbrief wird als fortexistierend fingiert; das Ausschlußurteil ersetzt ihn.

Der Verlierer kann daher gegen den Acceptanten, den Eigenwechselaussteller, den Avalisten und — was freilich sehr bestritten — auch gegen die Regreßschuldner auf Grund des Ausschlußurteils die Rechte aus dem Wechsel geltendmachen. Er kann diese Rechte auch weiterzedieren; eine weitere Indossierung ist dagegen unstatthaft.

Das englische, französische und russische Recht kennen die Wechselamortisation nicht[1] und gestatten nur die Geltendmachung des Rechts aus dem verlorenen Wechsel mit richterlicher Ermächtigung und gegen Kaution.

Rußland (Art. 78 u. 125) und die Schweiz (Art. 791) geben dem Verlierer auch das Recht, ein richterliches Zahlungsverbot zu erwirken.

§ 20. Wechseleigentum und Wechselvindikation.

In der Regel gibt der Wechselanspruch auch das Wechseleigentum, doch sind immerhin seltene Ausnahmen möglich, in denen der Wechselgläubiger das Papiereigentum nicht erwirbt (z. B. bei dem fiduziarischen Indossament oder kraft besonderen Eigentumsvorbehalts).

[1] Rußland verwirft das Institut, weil die Publikation „bei uns infolge der ungenügenden Verbreitung der Presse in der Masse der Bevölkerung zwecklos geblieben wäre". Amtliche Erläuterungen bei Klibanski S. 65.

Erworben wird der Wechselanspruch und damit (in der Regel) das Wechseleigentum durch redlichen Besitzerwerb und formelle Legitimation (durch geschlossene Girokette, auch Blankoindossament). Es ist weder Tradition, noch Eigentum des Vormanns, noch Echtheit der Indossamente, noch Willensfähigkeit der Indossanten nötig. All dies gilt selbst dann, wenn der Wechsel gestohlen oder verloren war.

Redlicher Besitzerwerb ist vorhanden, wenn dem Erwerber, sei er Indossatar oder Remittent, zur Zeit des Erwerbs weder Bewußtsein der Rechtswidrigkeit noch grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt.

Mit dem redlichen Besitzerwerb des formell Legitimierten erlöschen frühere Eigentums- und sonstige dingliche Rechte am Wechsel.

Die Klage auf Herausgabe des Wechsels (Wechselvindikation) ist keine Wechselklage. Der Kläger hat die Beweislast nicht nur dafür, daß er den Wechsel früher wechselmäßig besessen, sondern auch dafür, daß der Beklagte den Wechsel im bösen Glauben oder mit grober Fahrlässigkeit erworben habe.

An Stelle des Wechsels tritt als Surrogat die deponierte Wechselsumme bezw. der Betrag, den der Verklagte durch Einkassierung oder Weiterbegebung empfangen hat. Das Schweizer O.R. Art. 790 spricht letzteres ausdrücklich aus.

Ausgeschlossen ist hiernach die Vindikation gegenüber dem formell Legitimierten, der im guten Glauben und ohne grobe Fahrlässigkeit den Wechsel erworben hat; das gilt auch gegenüber dem Remittenten, mag der Wechsel acceptiert sein oder nicht.

Es ist hierfür auch gleichgültig, ob der gutgläubige Inhaber den Wechsel ohne Valuta erworben hat; anders im englischen Recht, das übrigens die grobe Fahrlässigkeit dem schlechten Glauben nicht gleichstellt (Späing S. 209 Nr. 5; Rehbein N. 4 zu Art. 74). Das französische Recht beläßt es bei den allgemeinen Grundsätzen der Vindikation.

Der Vindikationsanspruch ist zedierbar.

§ 21. Klagen und Einreden.

I. 1. Wechselklagen sind nur die Klagen des legitimierten Inhabers eines formrichtigen Wechsels gegen Unterzeichner eines Wechselversprechens (Aussteller, Acceptanten, Indossanten, Avalisten). Sie gehen auf Zahlung oder Sicherstellung und haben die Skripturobligation zur Grundlage; eine Aufdeckung des der Skriptur zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses seitens des Klägers ist nicht erforderlich.

2. Die Wechselklage kann nach Wahl des Klägers entweder im ordentlichen Prozesse oder im Wechselprozesse[1] (Z.Pr.O. §§ 602 ff.) angestellt werden. Letzterer ist eine Art des Urkundenprozesses, von dem er sich wesentlich durch die kurze Einlassungsfrist unterscheidet. Sämtliche zur Begründung des Anspruchs erheblichen Tatsachen sind durch liquide Urkunden zu begründen; zur Begründung der Einreden sind nur Urkunden und Eid geeignet. Auch im ordentlichen Prozeß unterliegen die Wechselklagen dem ganzen materiellen Wechselrecht.

Die Vorlegung des Wechsels oder des Amortisationserkenntnisses kann vom Verklagten gefordert werden. Die äußere Formrichtigkeit des Wechsels ist von Amts wegen zu prüfen.

3. Die Wechselklage ist entweder die direkte gegen die Hauptverpflichteten (Acceptant, Aussteller des Eigenwechsels und deren Avalisten) oder die Regreßklage gegen die Wechselgaranten (Indossanten, Traffanten, Ehrenacceptanten und deren Avalisten). Die Regreßklage hat den von Amts wegen auf seine Formrichtigkeit und Rechtsgültigkeit zu prüfenden Protest in der Regel zur Voraussetzung; hierin steht der Regreßklage die direkte Klage aus dem domizilierten Wechsel gleich. (A. 43 u. 99.)

4. Alle Wechselschuldner sind solidarisch verpflichtet; ihre Verpflichtung erstreckt sich auf alles, was der Inhaber wegen Nichterfüllung der Wechselverbindlichkeit zu fordern

[1] Stein, Der Urkunden- u. Wechselprozeß, 1887.

hat. Die Wechselklage kann wegen der ganzen Forderung gegen alle oder auch nur einen oder einige der Wechselverpflichteten angestellt werden; bis zur Bewirkung der ganzen Leistung bleiben alle verpflichtet; es steht in der Wahl des Inhabers, welche Verpflichteten er zuerst in Anspruch nehmen will (Art. 49, 81).

5. Mehrere Wechselverpflichtete können (im Wechselprozeß) am Gericht des Zahlungsorts oder auch an jedem Gericht verklagt werden, bei welchem einer der Beklagten seinen allgemeinen Gerichtsstand hat (§ 603 C.P.O.).

II. Der Verklagte kann die Verteidigung durch bloße Negation, besonders durch Bestreitung der Echtheit der Unterschrift, führen; die nicht bestrittene Unterschrift gilt als echt anerkannt. Die Verteidigung durch *Einreden* ist äußerst beschränkt. Jedem gegenüber wirken nur solche Einreden, welche „aus dem Wechselrecht selbst hervorgehen", d. h. wohl solche, die sich unmittelbar auf die Normen der Wechselordnung gründen, z. B. Wechselunfähigkeit, mangelnde Form, Verjährung, Protestunterlassung, wechselmäßige Quittung, Deposition, unterbrochene Girokette. Dagegen wirken die meisten anderen nur persönlich (Einreden, die dem Schuldner „gegen den jedesmaligen Kläger unmittelbar zustehen", Art. 82), d. h. sie wirken nur gegen denjenigen, im Verhältnis zu welchem sie entstanden sind. Zu diesen nur persönlichen Einreden gehören u. a. Zahlung, Kompensation, Stundung, Gefälligkeitszeichnung, Willensmängel (Simulation, Irrtum, Betrug, Furcht), Einreden aus dem zu Grunde liegenden Geschäfte, wie Wucher, Spiel, Differenzgeschäft. Auch hier ist vieles streitig.

Diese persönlichen Einreden versagen gegenüber dem gutgläubigen Indossatar, dem der gutgläubige Erwerber durch Blankotradition gleichsteht; denn diese erwerben nicht abgeleitete, sondern selbständige Rechte gegen den Wechselschuldner, der durch seine Unterschrift die skripturmäßige Leistung kraft der ausdrücklichen oder gesetzlich subintelligierten Orderklausel auch ihnen direkt versprochen hat. Dagegen wirken sie gegenüber einem etwaigen Zessionar und Erben, auch gegen fiduziarische, nachprotestliche und bösgläubige Erwerber. *Bösgläubigkeit* liegt vor, wenn der Inhaber den Wechsel nicht nur in *Kenntnis* des Bestehens der Einrede aus der Person seines Vormanns erwarb, sondern sich dabei auch (was freilich streitig) dessen *bewußt* war, daß der Wechselschuldner durch die Abschneidung der Einrede geschädigt werden sollte (Kollusion, exceptio doli).

Diese Abschneidung der Einreden aus der Person des Vormanns gegen gutgläubige Inhaber bildet die *materielle Wechselstrenge* (doch wird oft auch die Solidarität der Wechselschuldner unter diesem Namen mitverstanden). Jene Abschneidung befähigt den Wechsel zum Zahlmittel, gefährdet freilich in hohem Maße den Wechselschuldner, der auf die Wechselklage sofort zahlen muß und sich nur durch zivilrechtliche Klagen (condictio, actio doli) vom Indossanten Ersatz verschaffen kann. Es bedarf aber „dieser Härte, wenn der Wechsel selbst so hart werden soll, wie Gold und Silber" (*Munzinger*).

Zur *materiellen* Wechselstrenge tritt im eigentlichen Wechselprozeß noch die *formelle* oder prozessuale. Sie besteht jetzt in der kurzen Einlassungsfrist, in der Ausschließung der Widerklage und des Zeugenbeweises (unter Vorbehalt der Ausführung der Rechte des Beklagten in einem nachfolgenden ordentlichen Verfahren [separatum]), sowie in der vorläufigen Vollstreckbarkeit, früher auch im Personalarrest. In der Schweiz (Art. 812) soll der Richter überdies den Beweis unglaubwürdiger Einreden ganz ablehnen und sofort vorläufige Exekution, nötigenfalls gegen Kautionsauflage, verfügen.

III. *Keine* Wechselklage ist:

a) obwohl dies bestritten[1], die wechselrechtliche *Bereicherungsklage*. Sie steht dem legitimierten Inhaber eines gültigen, aber verjährten oder durch Versäumung der Protesterhebung erloschenen (präjudizierten) Wechsels zu, und zwar nach D.W.O. Art. 83 u. 98 Z. 10 nur gegen Acceptanten und Aussteller, insbesondere nicht gegen die Indossanten, nach Schweizer Obl.R. Art. 813 u. 827 dagegen auch gegen den ersten Indossanten des Eigenwechsels, sowie gegen Trassaten, Domiziliaten und Kommittenten. Gegen die In-

[1] Neuestens *Wieland* S. 46 ff.

dossanten kann sie auch in der Schweiz nicht angestellt werden. Sie geht nur auf den Betrag, um den sich der Verklagte mit dem Schaden des Inhabers infolge der Präjudizierung oder Verjährung bereichern würde; beide Begriffe des Schadens und der Bereicherung sind umstritten. Ersparnis der Deckung oder der Regreßsumme ist noch keine Bereicherung des Trassanten; Bereicherung liegt vielmehr nur insoweit vor, als er Valuta empfangen, Deckung dagegen nicht oder nicht voll gegeben oder die gemachte Deckung wieder zurückempfangen hat. Eine Bereicherung des Acceptanten liegt insoweit vor, als er Deckung empfangen, Zahlung aber nicht geleistet hat, es sei denn, daß er zur Herausgabe der Deckung an den Trassanten verpflichtet ist. Bereicherung des Ausstellers des Eigenwechsels liegt im Empfange der Valuta vom Remittenten ohne Zahlungsleistung. Kläger hat das dem Wechsel unterliegende Verhältnis aufzudecken und das Vorhandensein der Bereicherung zu beweisen. Als Schaden des Inhabers erscheint bis zum Beweise des Gegenteils der Verlust des wechselmäßigen Anspruchs;

b) die Klage aus dem Wechselschluß, d. h. aus der Vereinbarung über Herstellung eines Wechselskripturakts gegen Gegenleistung.

Diese Klage geht auf Lieferung des zugesagten Wechselbriefs bezw. auf die Gegenleistung (Valuta), zuweilen auch auf Provision. Der Wechselgeber hat, sofern nichts anderes bedungen ist, nach seiner Wahl entweder einen neuen, von ihm ausgestellten Wechsel zu geben (Wechsel von der Hand) oder einen von einem andern ausgestellten Wechsel (gemachtes Papier) zu indossieren.

Die Klage aus dem Wechselschluß konnte früher (partikulargesetzlich) im Wechselprozeß geltend gemacht werden. Hat ein Teil später als der andere zu erfüllen, so erfolgt oft zur Sicherung des Vorleistenden die Ausstellung eines Interimsscheins, durch den Wechselnehmer zuweilen in Form eines Interimswechsels über die Valuta;

c) die Klage aus dem zu Grunde liegenden Schuldverhältnis. Sie steht dem Inhaber eines dishonorierten Wechsels zu, der ihn zur Begleichung einer bestehenden Schuld zahlungshalber (salvo incasso)[1] erhalten und ohne eigenes Verschulden bei der Eintreibung der Wechselforderung keine Zahlung gefunden hat. Die Klage geht nur gegen den Wechselgeber selbst und erfolgt nur gegen Herausgabe des nicht präjudizierten Wechsels.

Diese Klage ist ausgeschlossen, wenn der Wechsel unbedingt an Zahlungs Statt oder mit der Absicht unbedingter Novation gegeben worden; im Zweifel ist aber nicht dies, sondern Hingabe zahlungshalber anzunehmen;

d) die Revalierungsklage (vgl. oben § 8 I, 5);

e) die Klage auf Herausgabe (vgl. oben § 20);

f) auf Schadensersatz wegen unterlassener Notifikation;

g) auf Provision des nicht zur Zahlung gelangten Ehrenacceptanten (kontrovers);

h) auf Ausstellung eines Duplikats;

i) auf Herausgabe des Originals oder des Acceptexemplars.

§ 22. Die Wechseltheorie[2].

1. Nach der älteren Theorie galt das Wechselgeschäft als aus verschiedenen Verträgen zusammengesetzt (negotium e variis contractibus conflatum), und zwar aus einem Mandatsvertrage zwischen Trassanten und Trassaten, aus einem constitutum zwischen Präsentanten und Trassaten und aus dem eigentlichen Wechselkontrakt zwischen Trassanten und Remittenten. Diesen eigentlichen Wechselkontrakt konstruierte man romanisierend höchst verschiedenartig, zunächst als Tausch (permutatio pecuniae absentis pro praesenti), dann als Summenkauf, Dienstmiete, Darlehn, Mandat, Depositum, Innominatkontrakt, meist aber als einen kaufähnlichen Konsensualvertrag über Zustellung einer Geldsumme am andern Orte gegen eine Gegenleistung; hierbei galt der

[1] Cohn in Endemann, Handbuch des Handelsrechts III § 449 N. 52 u. 64 a.

[2] Ich folge hauptsächlich Grünhut I S. 237 ff. u. 266 ff. Vgl. auch Kunze in Endemanns Handbuch IV S. 47 ff.

Wechselbrief nur als das übliche, aber nicht unerläßliche Erfüllungs- und Beweismittel des durch die Willensübereinstimmung perfekt gewordenen Vertrages. Diese letztere Theorie der Italiener wurde in Frankreich bis vor kurzer Zeit festgehalten.

2. Seit Gryphiander (1662), Leyser (1723) und Heineccius (1742) verlegte man in Deutschland dagegen den Rechtsgrund in den Wechselbrief selbst, durch dessen bloße Übergabe die von der causa und Gegenleistung des Remittenten unabhängige, einseitige Verpflichtnng des Trassanten entstehe (Theorie des Literalvertrags oder Chirographarkontrakts); der alte kaufähnliche Konsensualvertrag sank damit zu einem bloßen Vorvertrage herab; auch für das Accept wurde die Schrift als allein verpflichtend erklärt.

3. Büttmann (1784) und andere fanden die Eigentümlichkeit des Wechsels in der Wechselstrenge oder in einem Nebenvertrage, durch welchen sich der aus irgend einem Obligationsgrunde Verpflichtete der prozessualen Wechselstrenge, namentlich der Personalhaft unterwarf. Diese Theorie fand ins Preußische Landrecht Eingang.

4. Nachdem schon Schmalz (1805) und andere den Wechsel als Repräsentanten des klingenden Geldes bezeichnet hatten, lehrte Einert (1839), daß es eigentlich gar keinen Wechselkontrakt gäbe; die Wechselverpflichtung beruhe vielmehr auf einem dem Gesamtpublikum schriftlich erteilten, einseitigen, abstrakten Zahlungsversprechen, Einlösungsversprechen des Ausstellers, das jeder rechtmäßige Besitzer des Papiers auf sich beziehen könne (Theorie des einseitigen Literalaktes); der Wechsel sei ein auf dem Kredit von Privaten unter der Einlösungsgarantie des Ausstellers umlaufendes Papiergeld der Kaufleute; dies abstrakte Zahlungsversprechen werde durch die persönlichen Zwischenverhältnisse der Inhaber, durch deren Hände der Wechsel geht, nicht berührt. Diese Theorie wurde trotz der juristisch unzutreffenden Gleichstellung von Wechsel und Papiergeld bahnbrechend.

5. An sie und an die römische Stipulation anknüpfend schuf Liebe unter Betonung der rein formalen Natur und Unabhängigkeit des Wechselversprechens von der materiellen causa die Theorie des (einseitigen?) Formalakts.

6. Im Anschluß hieran führte Thöl scharf zivilistisch aus, daß der Wechsel ein abstraktes Summenversprechen, d. h. von den unterliegenden Verhältnissen losgerissen sei. Anderseits aber machte er mit besonderem Nachdruck, im Gegensatz zu Einert, den Vertragscharakter der Wechselverpflichtung geltend; dieser eigentliche Wechselvertrag gehe nicht der Skriptur voran, sondern folge ihr nach; er sei ein Formvertrag, und zwar werde er durch das Geben und Nehmen des Wechsels (Begebung) geschlossen; er sei einseitig: nur der Wechselgeber werde verpflichtet, der Wechselnehmer dagegen nicht verpflichtet, sondern nur (bedingt) berechtigt. Dieser Begebungsvertragstheorie haben sich zahlreiche deutsche Juristen angeschlossen, indem sie als Gegenkontrahenten des Ausstellers teils eine incerta persona, zumeist aber den ersten Nehmer ansehen, der den Vertrag dann mit den späteren Inhabern als Bote, Mandatar oder Delegant vermittele resp. den Vertrag zu Gunsten Dritter oder zu eigenen Gunsten und zu Gunsten Dritter abschließe. Manche verlangen, daß durch das Geben und Nehmen das Eigentum übertragen werde, andere begnügen sich mit Besitzübertragung.

7. Den Vertragscharakter bekämpft dagegen unter Wiederanknüpfung an Einert energisch die von Kuntze (1857) geschaffene und von zahlreichen neueren Schriftstellern in verschiedener Graduierung angenommene Theorie des einseitigen Akts (Kreationstheorie): „Der Aussteller des Papiers ist der einseitige Schöpfer des nomen"; „der Nehmer . . . ist Empfänger, nicht aber Mitschöpfer desselben, wenn es auch in seiner Person zuerst zur Perfektion gelangt." Geben und Nehmen des Papiers ist zwar üblich, doch besteht schon zuvor die Wechselverbindlichkeit. Nur diese Annahme des einseitigen Akts erklärt ungezwungen das vom Verkehrsinteresse erforderte Wechselrecht des späteren redlichen Wechselerwerbers in einer Reihe von Fällen, in denen ein Vertrag des Ausstellers gar nicht vorhanden ist, so, wenn der Remittent geschäftsunfähig oder wenn der Wechsel dem Aussteller gestohlen oder verloren gegangen oder nach seinem Tode in den Verkehr gebracht worden ist.

Diese Theorie erscheint, von Einert selbst abgesehen, in folgenden vier Hauptgestaltungen:

a) als Personifikationstheorie: die bloße Unterschrift genügt; der Wechsel ist der Gläubiger (Bekker, Volkmann und Loewy). Der Wechsel ist aber nicht Rechtssubjekt, sondern Rechtsobjekt;

b) als Erwerbs- oder sog. reine Kreationstheorie: es bedarf außer der Skriptur nur noch der Erwerbshandlung (Nehmens) des Wechsels seitens eines formell Legitimierten (Kuntze). Nach dieser Theorie ist auch der unredliche Besitzer, selbst der Dieb Wechselgläubiger, und es ist seine Abweisung erst durch eine vom Aussteller zu beweisende Einrede (exceptio doli) zu erzielen. Diesen Umweg vermeidet die dritte Gestaltung;

c) als Redlichkeitstheorie: es bedarf außer der Skriptur noch des gutgläubigen Besitzerwerbs seitens eines formell Legitimierten (Bluntschli bez. des Inhaberpapiers, Grünhut bez. des Wechsels, denen wir uns anschließen)[1];

d) als Emissionstheorie: es bedarf außer der Skriptur und außer der Erwerbshandlung noch eines freiwilligen Aufgebens der Detention, m. a. W. einer Entäußerungshandlung, durch welche der Aussteller Besitz (Jolly, Stobbe, Windscheid) oder Eigentum (Lehmann) aufgibt; diese Entäußerungshandlung kann zweiseitig (Tradition) und auch nur einseitig (Dereliktion) sein. Nach dieser Theorie bliebe der dem Aussteller gestohlene oder verlorene Wechsel auch in den Händen des dritten redlichen Erwerbers wirkungslos.

Während die Deutsche W.O. zur Frage der Wechseltheorien keine unzweideutige Stellung genommen hat, hat das B.G.B. nicht nur bezüglich der Quittungen (§ 370) die Kreationstheorie anerkannt, sondern auch bezüglich der Schuldverschreibungen auf den Inhaber die Begebungs- und auch die Emissionstheorie ausdrücklich verworfen (§ 794) und durch § 793 die Redlichkeitstheorie sanktioniert. „Gleiches muß auch für den Wechsel angenommen werden. Es wäre zwecklos, wenn die Gegner den Kampf noch fortsetzen wollten" (Dernburg S. 238). Daran vermag auch die Bezugnahme von Lehmann[2] auf das Recht der Anweisung (B.G.B. § 783) nichts zu ändern; denn bei dem Eigenwechsel versagt die Analogie ganz, während bei der Tratte die Unterschiede die Ähnlichkeiten bei weitem überwiegen, der Blankowechsel aber dem Inhaberpapier ganz nahekommt.

8. Die englische Act s. 21 und russische W.O. Art. 15 und 89 haben die Kreationstheorie ausdrücklich abgelehnt, indem sie erst mit der delivery resp. Aushändigung die Verbindlichkeit des Ausstellers entstehen lassen; immerhin präsumieren sie die richtige Übergabe unter gewissen Voraussetzungen. Ebenso das amerikanische Negotiable Instr. Law § 35.

9. Die französische Theorie steht zumeist auf dem alten Boden des Kaufs oder kaufähnlichen Konsensualvertrags oder sieht im Wechsel einen contrat de transport fictif d'argent oder eine Schuldurkunde über das Kausalverhältnis (reconnaissance de dette)[3]. Neuerdings erklärt Thaller den Wechsel als eine solenne schriftliche Zession einer nicht abstrakten Geldforderung (Übertragung der Deckung mit Garantie aller Zedenten und strengen Säumnisfolgen[4]).

---

[1] Im Grunde auch Staub, Einl. 3 ff.; vgl. Gorski in Grünhuts Zeitschr. Bd. 30 S. 403 ff.

[2] Deutsche Juristen-Zeitung V S. 170 ff., 1901.

[3] Wieland S. 126.

[4] Thaller, Traité élementaire de dr. comm. S. 624:

La lettre de change est „la cession d'une créance d'argent, négociable et commerciale, cession contractée sous une forme solennelle écrite, emportant garantie implicite de la part de tous les cédants successifs, et productive de conséquences juridiques sévères, ainsi que de déchéances et d'une prescription spéciale contre le titulaire du droit, s'il est négligent".

On verra plus bas que la lettre de change repose sur une cession (transport de provision) . .

De ces variétes d'applications, on n'a jamais conclu que la cession de créance fût dépourvue de cause contingente: la lettre de change n'en sera pas dépourvue d'avantage. Mais il arrivera, par le jeu de l'endossement, que l'on ne pourra pas toujours se prévaloir de l'absence de cause.

Vgl. noch oben §§ 8 u. 9. Über das internationale Wechselrecht vgl. oben §§ 6, 7, F. 12, 18 Z. 2.

§ 23. Der Scheck.

I. Begriff: Der Scheck ist nach englisch-amerikanischem und japanischem Recht eine Unterart des Sichtwechsels, nämlich ein auf einen banker gezogener, auf Anfordern zahlbarer Wechsel. Nach kontinentalem Recht ist er dagegen kein Wechsel — in den Ländern der Deutschen Wechselordnung schon wegen des Fehlens der Wechselklausel —, vielmehr eine Art der Anweisung, deren Wesen von Land zu Land verschieden ist, und deren Wirkungen in manchen Gebieten dem Wechselrecht mehr oder minder unterworfen, in Deutschland aber vielfach bestritten sind.

In der Regel pflegt der Scheck eine formularmäßige Bankdepotsichtanweisung zu sein, d. h. eine Urkunde, mittels deren der Aussteller (der Bankkunde) seinen Bankier, bei dem er Geld deponiert hat, anweist, gegen Aushändigung des Papiers bei Sicht eine bestimmte Geldsumme zu zahlen. Diese Urkunde wird üblicherweise auf ein Formular (Blankett) gesetzt, welches der Aussteller einem von dem Bankier übergebenen Hefte (Scheckbuch) entnimmt. Auch pflegt die Urkunde sich selbst als Scheck zu bezeichnen. Unerläßlich ist aber weder die Bankierseigenschaft (denn der Scheck kann in Frankreich, Belgien, der Schweiz, Spanien und Rumänien auf jedermann, in Italien und Portugal auf jeden Kaufmann, in Holland und Malta auf einen Kassierer gezogen werden), noch das Erfordernis des Depots (denn das englische Recht und seine Tochterrechte gestatten Schecks auch ohne Depot auf Kredit zu ziehen, während freilich die französische Rechtsgruppe ein Depot oder doch eine sonstige ausreichende Deckung für unerläßlich erklärt), noch die Sichtstellung (denn Italien, Portugal, Rumänien erkennen — freilich im Gegensatz zu England, der Schweiz, Skandinavien und Peru — auch Nichtsichtschecks gesetzlich an), noch die Benutzung eines Blanketts (denn nur Argentinien und das österreichische Stempelgesetz schreiben sie vor), noch endlich die Selbstbezeichnung (denn nur in der Schweiz und Skandinavien ist sie obligatorisch).

In der Gesetzgebung des Deutschen Reichs findet sich — von Elsaß-Lothringen abgesehen — eine gesetzliche Begriffsbestimmung nur im Wechselstempelgesetz vom 10. Juni 1869, § 24 Abs. 2; danach sind steuerfrei die „statt der Bezahlung dienenden, auf Sicht zahlbaren Platzanweisungen und Checks, d. i. Anweisungen auf das Guthaben des Ausstellers bei dem die Zahlungen desselben besorgenden Bankhause oder Geldinstitute, wenn sie ohne Accept bleiben".

Für eine allgemeine juristische (nicht bloß wirtschaftliche oder territoriale) Begriffsbestimmung ergibt sich die Notwendigkeit, das den verschiedenen Gesetzgebungen zu Grunde liegende gemeinschaftliche Kriterium aufzusuchen, welches den Scheck von den übrigen Anweisungen unterscheidet. Als ein solches Merkmal erscheint, obwohl dies bestritten ist, die dem Aussteller erteilte Ermächtigung des Bezogenen, von ihm einzulösende Schecks auf ihn zu ziehen. Der Scheck ist sonach eine schriftliche Anweisung, die auf Grund einer Ermächtigung des Bezogenen ausgestellt ist oder doch mit der Behauptung auftritt, auf Grund einer solchen Ermächtigung ausgestellt zu sein.

Die Ermächtigung wird in einem Scheckvertrage erteilt; dieser bedarf keiner Form, wird aber meist schriftlich und unter Übergabe des Scheckbuchs geschlossen und tritt oft als Nebenabrede einem Depositalkrediteröffnungs- oder Kontokorrentvertrage hinzu. Der Scheckvertrag bestimmt die Art und die Grenzen der Scheckziehung; im Zweifel kann der Aussteller über sein ganzes Depot oder sonstiges Guthaben Schecks ziehen, und zwar in beliebigen Raten (Zerstücklungsbefugnis). Erhaltung einer unangreifbaren Reserve (a good balance) oder Überschreitung des Guthabens (Überziehung, Ziehung auf Kredit) muß vereinbart sein.

II. Geschichtliches. Es fehlt nicht an Versuchen, wie dem Wechsel auch dem Scheck ein sehr hohes Alter zuzuschreiben. Nur als Vorläufer kann man die vielfach als Zahlung gegebenen Anweisungen und Quittungen der öffentlichen Machthaber (englischer, sizilianischer und deutscher Könige, Fürsten, Städte)[1] auf ihre Schuldner und Schatzkammer-

[1] Vgl. Freundt a. a. O. S. 28 u. 32, Z. f. v. R.W. II S. 132. In den Züricher Stadt-

beamten betrachten; wirkliche Anweisungen von Privaten auf ihr Bankdepot begegnen zuerst in Palermo 1416, Messina 1543, Neapel 1573; Girierung seit 1560 nachweisbar. Von Italien scheint das Institut zunächst nach den Niederlanden, Antwerpen 1608 (bewijsinge) und Amsterdam (kassiersbriefje), von da nach England gelangt zu sein. Dort deponierten die Kaufleute nach 1640 ihr Metallgeld bei den Goldschmieden, die zugleich den Geldwechsel betrieben. Die von den Deponenten schriftlich erteilten Geldzahlungsaufträge (die ältesten auf uns gekommenen sind vom Jahre 1683) hießen anfangs cash-notes, erst im 18. Jahrhundert chequer, cheques, checks; der Name ist wohl von exchequer, franz. échiquier abzuleiten. Nach Trennung des Bankiergewerbes von der Goldschmiedkunst wird die Goldschmiedsanweisung zur Anweisung auf den Bankier, und zwar zunächst auf den Privatbankier, nach 1828 auch auf Aktienbanken. Der Scheck wird in England und den Vereinigten Staaten zum Hauptzahlungsmittel erst der Gentlemen, bald auch der tieferen Gesellschaftsschichten; der Jahresumsatz steigt auf Milliarden. Das englische Vorbild findet auf dem Kontinent Nachahmung; auch in Deutschland (wo es schon zuvor an scheckähnlichen Papieren, z. B. kaufmännischen Kassenanweisungen, nicht ganz gefehlt hatte) entfaltet sich (seit dem Ende des 19. Jahrhunderts), insbesondere unter Pflege der Reichsbank, der Scheckverkehr in großartiger Weise. In Japan waren Schecks angeblich schon vor 1650 bekannt[1].

III. Gesetzgebung. Die Regelung des Scheckrechts blieb lange dem Gewohnheitsrecht überlassen. Für die scheckähnliche Kassiersbriefje (in Quittungs-, nicht Anweisungsform) erging 1776 in Amsterdam die Keure vom 30. Januar 1776. Lückenhafte Normen über den „cheque“ oder „mandato sobre banqueiro“ enthält das (alte) H.G.B. von Portugal von 1833. In Frankreich wurde zur Förderung des Scheckverkehrs das Gesetz vom 14. Juni 1865 erlassen, das (aus Furcht vor Mißbrauch des Schecks zur Hinterziehung des Wechselstempels) engherzige Bestimmungen enthielt, die durch die Novelle vom 19. Februar 1874 noch vermehrt wurden; das französische Gesetz von 1865 gilt nach Einf.Ges. z. H.G.B. Art. 17 noch in Elsaß-Lothringen fort. Dem französischen Gesetz schließen sich andere Staaten an: am engsten das Spezialgesetz Belgiens (20. Juni 1873), ferner die Schweiz (Obligationenrecht vom 14. Juni 1881 Art. 830 bis 837) und die Handelsgesetzbücher Italiens (1882) nebst dessen Tochterrechten [Rumänien (1877), Portugal (1888)] und Spaniens (1885); noch engherziger aber sind das Spezialgesetz von Peru (1888) und das argentinische H.G.B. (1889). Guatemala ächtete den Scheck (quédane) im H.G.B. von 1877 um seiner Mißbräuche willen ganz.

In England waren lange Zeit nur wenige Spezialfragen und die Stempelpflicht gesetzlich geregelt; erst die Bills of Exchange Act von 1882 regelte ohne erhebliche Neuerungen in s. 73—82 den Scheck (als Bankſichtwechsel); für Schottland bestehen nur zwei Abweichungen. Dem englischen Recht schließen sich das amerikanische Gewohnheitsrecht, sowie das Neg. Instr. Law §§ 321—325 und zum großen Teil das japanische H.G.B. von 1890 an. Von den englischen Kolonien besitzen Malta (1887), Canada (16. Mai 1890 Kap. 23 Art. 72—81), Ostindien (1881) und Mauritius (1886) Spezialvorschriften über den Scheck.

Die skandinavischen Staaten, Dänemark, Norwegen und Schweden erließen 1897 und 1898 ein übereinstimmendes Scheckgesetz. Es hat ganz besonderen Charakter, da jede Sichtanweisung mit der Selbstbezeichnung „Scheck“ als Scheck gilt.

In Deutschland sind, von Elsaß-Lothringen abgesehen, das Handelsgesetzbuch und das Anweisungsrecht des B.G.B. §§ 783—792 maßgebend; das seit 1879 geplante Reichsscheckgesetz (amtlicher Entwurf von 1892) ist leider noch nicht zu stande gekommen[2].

---

büchern II S. 405 ist ein sog. Quitbrief des römischen Königs Siegismund zu Gunsten seines Protonotars erwähnt.

[1] Z. f. H.R. 43 S. 395.

[2] Gegen ein solches neuestens Staub in der D.J.Z., 1903, S. 288; anscheinend auch Dernburg S. 218; seine Behauptung, daß das Schweizer Scheckgesetz sich nicht bewährt habe, ist schwerlich

weise Gläubiger und Schuldner anders kontrahieren, als dies nach den Bestimmungen über die Regelung des Verhältnisses zwischen Gläubiger und Schuldner zulässig ist, so sind die Verträge nicht ungültig. Es ist z. B. gemäß § 18 des Gesetzes dem Schuldner urkundlich das Recht einzuräumen, die Hypothek ganz oder teilweise zu kündigen oder zurückzuzahlen. Aber ein klagbares Recht auf urkundliche Einräumung des fraglichen Rechts ist damit nicht gegeben. Es sind Ordnungsvorschriften. Die staatliche Aufsichtsbehörde hat genügende Zwangsmittel, um die Befolgung der Vorschriften zu erreichen, aber diese Zwangsmittel liegen nicht auf dem Gebiet des Privatrechts. Nur für einzelne prägnante Fälle sind im Gesetz Strafbestimmungen gegeben, §§ 36—39.

Das Hypothekenbankgesetz gibt eine Legaldefinition der Hypothekenbanken. Hiernach müssen folgende Voraussetzungen zutreffen, damit eine Hypothekenbank vorhanden ist: der Gegenstand des Unternehmens muß in der hypothekarischen Beleihung von Grundstücken bestehen und in der Ausgabe von Schuldverschreibungen auf Grund der erworbenen Hypotheken, und das Unternehmen muß eingekleidet sein in die Form einer Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien. Hypothekenbanken in der Form von Kommanditgesellschaften auf Aktien bestehen derzeit nicht. Die Bayerische Landwirtschaftsbank ist eine G. m. b. H. Es begründet für die Anwendung des Gesetzes keinen Unterschied, ob die Schuldverschreibungen, die eine Bank ausgibt, auf den Inhaber lauten oder nicht.

Auf welche Grundstücke eine hypothekarische Beleihung stattfinden kann, ergibt sich aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Den Hypotheken im Sinn des Hypothekenbankgesetzes stehen die Grundschulden gleich[1]. H.B.G. § 40. Die hypothekarische Belastung von Bauten auf Grund von Erbbaurechten, B.G.B. § 1012 ff., und auf Grund von diesen gleichgestellten Rechten, insbesondere Erbpachtrecht, E.G. zum B.G.B., Art. 63 ist durchaus unbedenklich[2]. Und sonach können solche Hypotheken die Grundlage für die Ausgabe von Schuldverschreibungen bilden. Die Frage ist meines Wissens noch nicht praktisch geworden. Bei der vielleicht nicht unerheblichen sozialpolitischen Bedeutung der Institution des Erbbaurechts und des Erbpachtrechts ist sie von Wichtigkeit. Doch wird man bei der Bejahung der Frage selbstverständlich die Dauer dieser Rechte bei der Konstituierung einer Hypothek mit in Betracht ziehen und daher für die Regel oder ausnahmslos nur die Annuitätenhypothek zulassen.

Durch die Legaldefinition der Hypothekenbank ist nicht der Geschäftskreis der Hypothekenbanken erschöpfend gekennzeichnet, sondern es sind die charakteristischen Voraussetzungen des Konzessionszwangs präzisiert und die Anwendbarkeit der im Gesetz enthaltenen rechtlichen und wirtschaftlichen Normen des Geschäftsbetriebs, es sind die Grundgeschäfte der Hypothekenbanken darin angegeben, und es ist nur die bisher übliche Unterscheidung zwischen Instituten, die Inhaberpapiere ausgeben und solchen, die in anderer Weise ihren Hypothekenbestand mobilisieren, mit Recht eliminiert. Das Gesetz wollte aber durchweg der historischen Entwicklung des Hypothekenbankwesens in den einzelnen deutschen Staaten tunlichst gerecht werden und nur insoweit eingreifen, als es zum Schutze der Pfandbriefgläubiger und der Hypothekenschuldner notwendig erschien. Aus anderen Paragraphen ergibt sich der zulässige Kreis der Nebengeschäfte, während eine besondere Erwähnung der Hilfsgeschäfte füglich unterbleiben konnte: insbesondere §§ 5, 46.

Während in Preußen auf Grund der alten und neuen Normativbestimmungen ausschließlich oder nahezu ausschließlich reine Hypothekenbanken bestanden, gab es in einer größeren Anzahl von Staaten, namentlich aber in Bayern, Institute mit kombiniertem Geschäftsbetrieb. Bei ihnen war die Tätigkeit der reinen Hypothekenbank in eine Zweigabteilung verlegt, die nicht einmal immer organisch ausgeschieden war. Der Betrieb des reinen Hypothekenbankgeschäfts war die Hauptquelle oder eine Nebenquelle des Gesamtgewinns. Aus politischen und sachlichen Gründen mußte hierauf Rücksicht genommen

[1] S. auch Rießer, Zur Kritik der Gesetzentwürfe betreffend das Hypothekenbankwesen und die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Band 47, Beilageheft, S. 50 ff.

[2] S. auch Gesetz zur Abänderung der Gesetze, betr. die Landesbank in Wiesbaden § 2, I, § 11, v. 16. April 1902.

werden. Um aber dem vorzubeugen, daß etwa in letzter Stunde, vor dem Inkrafttreten des Hypothekenbankgesetzes, reine Hypothekenbanken in gemischte sich umwandelten, mußte ein Zeitpunkt fixiert werden, der den gemäß den Bestimmungen ihrer Satzung tatsächlich bestehenden Geschäftskreis zu Gunsten der vorhandenen Hypothekenbanken auch für die Zukunft legalisierte. Als solcher ist der 1. Mai 1898 im Gesetz (§ 46) angegeben.

Es gibt sonach auf Grund des Hypothekenbankgesetzes auch seit dem 1. Januar 1900, wie früher reine und gemischte Hypothekenbanken. Reine Hypothekenbanken sind diejenigen, deren Geschäftskreis dem § 5 des H.G.B. entspricht, jedenfalls nicht darüber hinausgeht. Gemischte Hypothekenbanken sind diejenigen, die von dem Rechte des erweiterten Geschäftsbetriebs gemäß § 46 Absatz 1 Gebrauch gemacht haben. Sie haben im Hinblick auf den ihnen zugestandenen erweiterten Geschäftskreis ein Monopol, denn gemischte Hypothekenbanken können künftighin nicht mehr entstehen. In Rücksicht hierauf ist ihre Befugnis zur Ausgabe von Hypothekenpfandbriefen beschränkt worden, § 46 Absatz 2, 3.

Auch die reinen Hypothekenbanken hatten nicht durchweg denselben Geschäftskreis oder sie haben wenigstens, wie auch heutzutage, den satzungsgemäß ihnen zustehenden Geschäftskreis nicht tatsächlich fruktifiziert. Als zulässiges Nebengeschäft kam und kommt vorzugsweise in Betracht das Kommunaldarlehensgeschäft: die Gewährung nicht hypothekarischer Darlehen an inländische Körperschaften des öffentlichen Rechts oder gegen Übernahme der vollen Gewährleistung durch eine solche Körperschaft und die Ausgabe von Schuldverschreibungen auf Grund der so erworbenen Forderungen, § 5 Z. 2. (Die älteren Satzungen gingen vielfach über diese Begrenzung des sogenannten Kommunaldarlehensgeschäfts oder Korporationskredits hinaus.) Tatsächlich betrieben wird dieses Nebengeschäft, allerdings meist nur im geringen Umfang, von der Preußischen Zentral-Bodenkredit-Aktiengesellschaft, der Schlesischen Bodenkredit-Aktiengesellschaft, der Aktiengesellschaft für Boden- und Kommunalkredit in Straßburg i. E., der Preußischen Pfandbriefbank, der Rheinischen und der Pfälzischen Hypothekenbank, der Mecklenburgischen Hypotheken- und Wechselbank und der Mitteldeutschen Bodenkreditanstalt in Greiz. (Auf die letztere bezieht sich H.B.G. § 52 als durchaus singuläre, lediglich für sie gegebene Gesetzesbestimmung. Siehe auch Begründung des Gesetzentwurfs zum damaligen § 50 des Entwurfes). Das Kommunaldarlehnsgeschäft betreiben neuerdings auch die Bayerische Vereinsbank und die Bayerische Landwirtschaftsbank in München.

Gemäß § 5 Z. 3 ist den Hypothekenbanken die Gewährung von Darlehen an inländische Kleinbahnunternehmungen gegen Verpfändung der Bahn gestattet. Darlehen an Kleinbahnunternehmungen können übrigens nicht ausschließlich gegen Verpfändung der Bahn, sondern auch gegen Übernahme einer Garantie seitens einer Gemeinde oder eines größeren Kommunalverbandes gegeben werden. Eine Hypothekenbank, die beide Arten von Darlehen an Kleinbahnunternehmungen gewährt, braucht aber dann, wenn die Satzung der Bank eine entsprechende Bestimmung enthält, nicht mehr verschiedene Gattungen von Schuldverschreibungen, nämlich teils eigentliche Kleinbahnobligationen, teils Kommunalobligationen, auszugeben, sondern sie kann auf Grund der beiden Arten von Darlehensforderungen ein und dieselbe Gattung von Schuldverschreibungen ausgeben, nämlich Kleinbahnobligationen. Jedoch ist in dem Geschäftsbericht oder in der Bilanz der Gesamtbetrag der Forderungen der einen und der anderen Art ersichtlich zu machen, § 42 Absatz 1. Die für die Gewährung von Darlehen an Kleinbahnunternehmungen maßgebenden Grundsätze werden von der Bank festgestellt, bedürfen aber der Genehmigung der Aufsichtsbehörde. S. auch § 13 Absatz 2. Die Aufsichtsbehörde hat für die Festsetzung sachgemäßer Bestimmungen über die Ermittelung des Werts und der Ertragsfähigkeit der Bahnunternehmungen und für eine bestimmte Beleihungsgrenze, welche nicht überschritten werden darf, Sorge zu tragen, § 42 Absatz 3. Nach der Begründung des Entwurfs fallen unter Kleinbahnunternehmungen „diejenigen Bahnen, die zwar dem öffentlichen Verkehr dienen, aber wegen ihrer rein örtlichen Bedeutung kein allgemeines Interesse bieten". Dieser Geschäftszweig wird nur von einer einzigen Hypothekenbank, der Preußischen Pfandbriefbank, kultiviert. S. Preußische Pfandbrief-

IX. Die Zahlung braucht nur gegen Aushändigung des Schecks zu erfolgen (§ 785). Eine Avisierungspflicht pflegt nur bei Schecks, die einen bestimmten Höchstbetrag überschreiten, im Scheckvertrage übernommen zu werden[1]. Zur Zahlung ist der Angewiesene, sofern er nicht acceptiert hat, selbst dann nicht verpflichtet, wenn er Schuldner des Ausstellers ist (§ 787 B.G.B.).

X. Unverzügliche Notifikationspflicht bei Schadensersatz besteht, falls der Angewiesene Accept oder Zahlung weigert (§ 789), nur für den ersten Empfänger, für diesen aber generell, also wohl auch, wenn er den Scheck schenkungsweise empfangen (kontrovers). Auch für den Fall, daß er den Scheck nicht geltend machen will oder kann, ist er zur Benachrichtigung verpflichtet.

XI. Regreß. Während in allen Scheckgesetzen Aussteller und Indossanten wechselmäßig für die Einlösung des Schecks bei rechtzeitiger Präsentation (und Protestation) haftbar erklärt werden, begründet weder die bürgerliche noch die kaufmännische Orderanweisung in Deutschland an und für sich einen Rückgriff gegen den Aussteller; selbst dem Indossament der Orderanweisung fehlt die Garantiefunktion. Ob der Scheck in dieser Frage von den sonstigen Anweisungen nach Maßgabe des geltenden Rechts abweiche, ist höchst zweifelhaft. Ein wechselähnliches Regreßversprechen subintelligierten das O.G. Hamburg (1877) Birnbaum u. A., verneinen dagegen mit Recht das O.L.G. Köln (1883) und das Reichsgericht[2]. Dernburg nimmt Schadensersatzpflicht des Ausstellers an wegen Unrichtigkeit seiner in der Scheckausstellung „verkehrsüblicherweise", also präsumtiv liegenden Versicherung, daß er bei dem Angewiesenen ein entsprechendes offenes Gelddepot oder wenigstens entsprechenden Kredit besitze. Die gesetzliche Übertragung der wechselrechtlichen Haftung mit Sprungregreß ist Bedürfnis. — Wurde der Scheck zur Tilgung einer Forderung gegeben, so besteht, falls der Scheck trotz rechtzeitiger Präsentation dishonoriert worden, die Klage aus dem ursprünglichen Schuldverhältnis, und zwar nur gegen den unmittelbaren Vormann. Wie der Wechsel gilt der Scheck im Zweifel nur als zahlungshalber, nicht als an Zahlungs Statt gegeben. Verspätete Präsentation befreit den Aussteller nur so weit, als er durch die Verspätung geschädigt worden ist. Die Verjährungsfrist gegen den Acceptanten beträgt 3 Jahre (§ 786), Accept und Certifying befreit Aussteller und Indossanten nach N.I.L. § 324. Ausstellung ungedeckter Schecks ist in Frankreich, Italien, Japan mit Geldstrafen, in der Schweiz mit Buße an den Inhaber bedroht.

XII. Die Gefahr der Fälschung und Verfälschung des Schecks trifft den Angewiesenen, und zwar nicht nur, wenn er es an der erforderlichen Sorgfalt fehlen ließ, sondern, was streitig, ohne seine Schuld (trotz §§ 670 und 675 B.G.B.; vgl. Cosack S. 281; a. M. Dernburg S. 228). Dem Angewiesenen schuldet jedoch der Aussteller Schadensersatz, sofern er sich eines die Fälschung ermöglichenden Versehens bei Ausstellung des Schecks oder bei vertragswidriger Aufbewahrung des Scheckbuchs schuldig gemacht hat. Ob ohne besonders übernommene Vertragspflicht Nachlässigkeit in der Aufbewahrung des Scheckbuchs schadensersatzpflichtig macht, ist streitig[3].

XIII. Zur Verhütung der Auszahlung des Schecks an einen Unberechtigten dient hauptsächlich in England das sog. „crossing". Es besteht in der Ziehung zweier paralleler Querlinien (durch die Vorderseite des Schecks), zwischen welche meist noch ein Zusatz („& Co." oder Name eines Bankiers oder „not negotiable") geschrieben wird.

---

ohne Verzug zu präsentieren ist, besteht nicht." (21. Dez. 1898). Ebenso alle sächsischen Handels- und Gewerbekammern.

[1] Cosack S. 284. Vgl. auch noch Z. f. H.R. XXXII S. 202.

[2] R.G. 44 S. 158 ff. (4. Okt. 1899) und die dort Genannten. So auch O.L.G. Hamburg (27. Okt. 1897) in D.J.Z. 1899 No. 8.

[3] Für die Bejahung das Schweizer Bundesgericht v. 22. September 1898; vgl. Keyßner in Z. f. H.R. XLVIII S. 299 ff. u. 320. Vgl. auch O.L.G. Celle v. 18. November 1886; anderer Meinung O.L.G. Hamburg v. 30. Oktober 1887 u. Meili in Holdheims Monatsschrift VII S. 202, VIII S. 85 ff. — Schadensteilung bei beiderseitigem Verschulden (O.L.G. Kolmar, 23. Dez. 1898 in Holdheims Monatsschr. VIII S. 86 ff.).

Zahlung an einen andern als einen Bankier (resp. als den genannten Bankier) macht schadensersatzpflichtig.

Verwandt, nicht identisch mit dem crossed chek ist der Verrechnungsscheck. Er trägt quer durch die Vorderseite den Vermerk „nur zur Verrechnung". Zur Beifügung ist der Aussteller und jeder Inhaber befugt. Der Vermerk verbietet bei Schadensersatz jede Barzahlung, gibt dem Scheck mithin den Charakter einer Buchungsanweisung (Koch).

XIV. In Österreich ist 1883 ein Postscheckverkehr eingeführt, der ungeahnt große Dimensionen angenommen hat. Die Einführung des Postschecks ist im Deutschen Reich und in der Schweiz (seit 1900) geplant; der Reichspostscheckgesetz-Entwurf von 1898 ist jedoch noch nicht zur Geltung gelangt.

XV. Literatur: R. Koch, Vorträge u. Aufsätze, 1892, S. 140 ff.; Kuhlenbeck, Der Check, 1890; Pawlicek, Der Check, 1898; Fr. Fick, Die Frage der Chekgesetzgebung, 1897; Dernburg II 2 S. 217 ff., 223; Cosack, 6. Aufl., § 58 u. passim; Georg Cohn in Z. f. vgl. R.W. I S. 117 ff., 424 ff., II S. 131 ff., III S. 69 ff., XI S. 365 ff., XII S. 96 ff., XIV S. 395; im Jahrb. f. Nat.-Ök. XXXIII S. 471 ff.; im Handelsmuseum IX Nr. 29 und 30 und XI Nr. 8; in Holdheims Monatsschrift V S. 1 ff.; in Endemanns Handb. III S. 1135 ff.; im Handwörterb. der Staatswiss. 2. Aufl. III S. 20 ff. und im Handwörterb. der Volkswirthschaft, Bern 1902, I S. 717 ff.; Rießer, Zur Revision des H.G.B., 1884 S. 232 ff.; Hanausek in Juristi. Blättern, Wien 1889, Nr. 20 u. 21; v. Canstein, Check, Wechsel und Deckung, 1890; Hammerschlag, Der Checkgesetzentwurf, 1876; Schuster im Jahresbericht der Berliner Jur. Gesellschaft, 1899, S. 46 ff.; Actes du congrès intern. de dr. comm. de Bruxelles, 1889, p. 435 ff.; Lyon-Caen et Renault IV p. 364 ff.; Thaller p. 755 ff.; Nouguier et Espinas, Des chèques, 2 ed 1874; Hulshoff, De cheque, Amsterdam 1870; Franchi, L'assegno bancario (check), Milano 1892; Carnazza, L'assegno bancario (check), Catania 1896; Vivante, Trattato di dir. comm. IV, 1901, S. 259 ff. Neuestens Verhandlungen des 1. Allg. Bankiertages, 1902, S. 66 ff.; Franz Klein in d. Jur. Z. VIII S. 37 ff. (1903); Köchlin, Postcheque u. Postgiro, Basel; Watson, The Law relating to cheques, 1902.

Zahlreiche andere Nachweise im Handw. d. Staatswiss. a. a. O.

8.

Das Hypothekenbankrecht.

Von

Dr. Felix Hecht.

§ 1. Begriffsbestimmung einer Hypothekenbank. Die Normen des Hypothekenbankgesetzes. Arten der Hypothekenbanken. Zulässige Nebengeschäfte.

Die deutschen Bodenkreditinstitute zerfallen in drei Kategorieen: die erste Kategorie umfaßt die genossenschaftlich organisierten Institute (die Landschaften und landschaftsähnlichen Institute, die man auch als öffentlich-rechtliche bezeichnet, und die privatgenossenschaftlichen). Die zweite Kategorie umfaßt die Bodenkreditinstitute mit staatlicher oder provinzieller Haftbarkeit. Hierher gehören auch diejenigen Institute, für welche nicht eine ganze Provinz, sondern nur ein Teil einer Provinz haftet, und dieser Kategorie kann man die wenigen korporativen städtischen Bodenkreditinstitute beizählen: das städtische Pfandbriefamt in Berlin, die Grundrenten- und Hypothekenanstalt der Stadt Dresden. In diese Kategorie gehört auch die Hessische Landeshypothekenbank, obwohl sie in der Form der Aktiengesellschaft konstituiert ist. (Die Verwaltung der Hypothekengeschäfte der Stadt Düsseldorf hat eine besondere rechtliche Ausgestaltung nicht gefunden. Der Hypothekenverein in Danzig gehört in die erste Kategorie). Die dritte Kategorie begreift die in der Form der Aktiengesellschaften (oder Kommanditgesellschaften auf Aktien) gebildeten Hypothekenbanken.

Die Hauptquelle des Hypothekenbankrechts ist das Hypothekenbankgesetz vom 13. Juli 1899. Dem Vollzug des H.B.G. sind mannigfache Verordnungen der Einzelstaaten und Reskripte der zuständigen staatlichen Ressorts an die Hypothekenbanken (bezw. an die Staatskommissäre dieser Institute) gewidmet[1].

Die Normen des H.B.G. sind teils Rechtsnormen, teils Wirtschaftsnormen. Sie sind gegeben zum Teil zum Schutz aller Gläubiger, zum Teil zum Schutz der Pfandbriefgläubiger, der Gläubiger aus Kommunal- und aus Kleinbahnobligationen, endlich auch zum Teil im Interesse der Hypothekenschuldner (§§ 14—21). Die Übergangsbestimmungen des H.B.G. können aus der Erörterung ausscheiden. Die auf das Kommunal- und Kleinbahn-Darlehenswesen bezw. auf die hierauf fundierten Obligationen bezüglichen Bestimmungen sind dem Hypothekendarlehens- und Pfandbriefwesen nachgebildet.

Bei denjenigen Bestimmungen des Gesetzes, die sich auf den Geschäftsbetrieb der Banken beziehen, handelt es sich um Gebote des öffentlichen Rechts, deren Beobachtung von der Aufsichtsbehörde zu überwachen ist, durch deren Verletzung sich die Verwaltungsorgane der Bank haftbar machen. In privatrechtlicher Beziehung bewendet es, soweit nicht, wie durch § 17 ein anderes bestimmt ist, bei den Vorschriften der allgemeinen bürgerlichen Gesetze. Begr. zu § 5. Klagbare Rechte entstehen für die Regel nicht, wenn gegen die Normativbestimmungen des Gesetzes verfehlt wird. Wenn beispiels-

---

[1] S. auch Dr. Hecht im Handwörterbuch der Staatswissenschaften, 2. Aufl., Art. Hypothekenbanken, die Kommentare von Göppert, Berlin 1900, Merzbacher, München 1900, Hillig, Leipzig 1900, Bonschab, München 1900, ferner die Kommentare zum Gesetz betreffend die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen, von Göppert, Berlin 1900, von Bonschab, München 1900, Koenige, Tübingen 1900 — sowie Deutscher Ökonomist, herausgegeben von Christians, Jahrg. 1900, 1901, 1902, Handelsblatt der Frankfurter Zeitung und die Handelsblätter der anderen großen Zeitungen, sowie die gelegentlich unten zitierten Autoren, neuerdings auch Dr. R. Müller-Führer, Die Hypothekenbanken und die Sicherheit der Hypotheken-Pfandbriefe, Berlin 1902 und mein Werk, „Die deutschen Hypothekenbanken", Bd. 1, Leipzig 1903.

weise Gläubiger und Schuldner anders kontrahieren, als dies nach den Bestimmungen über die Regelung des Verhältnisses zwischen Gläubiger und Schuldner zulässig ist, so sind die Verträge nicht ungültig. Es ist z. B. gemäß § 18 des Gesetzes dem Schuldner urkundlich das Recht einzuräumen, die Hypothek ganz oder teilweise zu kündigen oder zurückzuzahlen. Aber ein klagbares Recht auf urkundliche Einräumung des fraglichen Rechts ist damit nicht gegeben. Es sind Ordnungsvorschriften. Die staatliche Aufsichtsbehörde hat genügende Zwangsmittel, um die Befolgung der Vorschriften zu erreichen, aber diese Zwangsmittel liegen nicht auf dem Gebiet des Privatrechts. Nur für einzelne prägnante Fälle sind im Gesetz Strafbestimmungen gegeben, §§ 36—39.

Das Hypothekenbankgesetz gibt eine Legaldefinition der Hypothekenbanken. Hiernach müssen folgende Voraussetzungen zutreffen, damit eine Hypothekenbank vorhanden ist: der Gegenstand des Unternehmens muß in der hypothekarischen Beleihung von Grundstücken bestehen und in der Ausgabe von Schuldverschreibungen auf Grund der erworbenen Hypotheken, und das Unternehmen muß eingekleidet sein in die Form einer Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien. Hypothekenbanken in der Form von Kommanditgesellschaften auf Aktien bestehen derzeit nicht. Die Bayerische Landwirtschaftsbank ist eine G. m. b. H. Es begründet für die Anwendung des Gesetzes keinen Unterschied, ob die Schuldverschreibungen, die eine Bank ausgibt, auf den Inhaber lauten oder nicht.

Auf welche Grundstücke eine hypothekarische Beleihung stattfinden kann, ergibt sich aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Den Hypotheken im Sinn des Hypothekenbankgesetzes stehen die Grundschulden gleich[1]. H.B.G. § 40. Die hypothekarische Belastung von Bauten auf Grund von Erbbaurechten, B.G.B. § 1012 ff., und auf Grund von diesen gleichgestellten Rechten, insbesondere Erbpachtrecht, E.G. zum B.G.B., Art. 63 ist durchaus unbedenklich[2]. Und sonach können solche Hypotheken die Grundlage für die Ausgabe von Schuldverschreibungen bilden. Die Frage ist meines Wissens noch nicht praktisch geworden. Bei der vielleicht nicht unerheblichen sozialpolitischen Bedeutung der Institution des Erbbaurechts und des Erbpachtrechts ist sie von Wichtigkeit. Doch wird man bei der Bejahung der Frage selbstverständlich die Dauer dieser Rechte bei der Konstituierung einer Hypothek mit in Betracht ziehen und daher für die Regel oder ausnahmslos nur die Annuitätenhypothek zulassen.

Durch die Legaldefinition der Hypothekenbank ist nicht der Geschäftskreis der Hypothekenbanken erschöpfend gekennzeichnet, sondern es sind die charakteristischen Voraussetzungen des Konzessionszwangs präzisiert und die Anwendbarkeit der im Gesetz enthaltenen rechtlichen und wirtschaftlichen Normen des Geschäftsbetriebs, es sind die Grundgeschäfte der Hypothekenbanken darin angegeben, und es ist nur die bisher übliche Unterscheidung zwischen Instituten, die Inhaberpapiere ausgeben und solchen, die in anderer Weise ihren Hypothekenbestand mobilisieren, mit Recht eliminiert. Das Gesetz wollte aber durchweg der historischen Entwicklung des Hypothekenbankwesens in den einzelnen deutschen Staaten tunlichst gerecht werden und nur insoweit eingreifen, als es zum Schutze der Pfandbriefgläubiger und der Hypothekenschuldner notwendig erschien. Aus anderen Paragraphen ergibt sich der zulässige Kreis der Nebengeschäfte, während eine besondere Erwähnung der Hilfsgeschäfte füglich unterbleiben konnte: insbesondere §§ 5, 46.

Während in Preußen auf Grund der alten und neuen Normativbestimmungen ausschließlich oder nahezu ausschließlich reine Hypothekenbanken bestanden, gab es in einer größeren Anzahl von Staaten, namentlich aber in Bayern, Institute mit kombiniertem Geschäftsbetrieb. Bei ihnen war die Tätigkeit der reinen Hypothekenbank in eine Zweigabteilung verlegt, die nicht einmal immer organisch ausgeschieden war. Der Betrieb des reinen Hypothekenbankgeschäfts war die Hauptquelle oder eine Nebenquelle des Gesamtgewinns. Aus politischen und sachlichen Gründen mußte hierauf Rücksicht genommen

[1] S. auch Rießer, Zur Kritik der Gesetzentwürfe betreffend das Hypothekenbankwesen und die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Band 47, Beilageheft, S. 50 ff.

[2] S. auch Gesetz zur Abänderung der Gesetze, betr. die Landesbank in Wiesbaden § 2, I, § 11, v. 16. April 1902.

werden. Um aber dem vorzubeugen, daß etwa in letzter Stunde, vor dem Inkrafttreten des Hypothekenbankgesetzes, reine Hypothekenbanken in gemischte sich umwandelten, mußte ein Zeitpunkt fixiert werden, der den gemäß den Bestimmungen ihrer Satzung tatsächlich bestehenden Geschäftskreis zu Gunsten der vorhandenen Hypothekenbanken auch für die Zukunft legalisierte. Als solcher ist der 1. Mai 1898 im Gesetz (§ 46) angegeben.

Es gibt sonach auf Grund des Hypothekenbankgesetzes auch seit dem 1. Januar 1900, wie früher reine und gemischte Hypothekenbanken. Reine Hypothekenbanken sind diejenigen, deren Geschäftskreis dem § 5 des H.G.B. entspricht, jedenfalls nicht darüber hinausgeht. Gemischte Hypothekenbanken sind diejenigen, die von dem Rechte des erweiterten Geschäftsbetriebs gemäß § 46 Absatz 1 Gebrauch gemacht haben. Sie haben im Hinblick auf den ihnen zugestandenen erweiterten Geschäftskreis ein Monopol, denn gemischte Hypothekenbanken können künftighin nicht mehr entstehen. In Rücksicht hierauf ist ihre Befugnis zur Ausgabe von Hypothekenpfandbriefen beschränkt worden, § 46 Absatz 2, 3.

Auch die reinen Hypothekenbanken hatten nicht durchweg denselben Geschäftskreis oder sie haben wenigstens, wie auch heutzutage, den satzungsgemäß ihnen zustehenden Geschäftskreis nicht tatsächlich fruktifiziert. Als zulässiges Nebengeschäft kam und kommt vorzugsweise in Betracht das Kommunaldarlehensgeschäft: die Gewährung nicht hypothekarischer Darlehen an inländische Körperschaften des öffentlichen Rechts oder gegen Übernahme der vollen Gewährleistung durch eine solche Körperschaft und die Ausgabe von Schuldverschreibungen auf Grund der so erworbenen Forderungen, § 5 Z. 2. (Die älteren Satzungen gingen vielfach über diese Begrenzung des sogenannten Kommunaldarlehensgeschäfts oder Korporationskredits hinaus.) Tatsächlich betrieben wird dieses Nebengeschäft, allerdings meist nur im geringen Umfang, von der Preußischen Zentral-Bodenkredit-Aktiengesellschaft, der Schlesischen Bodenkredit-Aktiengesellschaft, der Aktiengesellschaft für Boden- und Kommunalkredit in Straßburg i. E., der Preußischen Pfandbriefbank, der Rheinischen und der Pfälzischen Hypothekenbank, der Mecklenburgischen Hypotheken- und Wechselbank und der Mitteldeutschen Bodenkreditanstalt in Greiz. (Auf die letztere bezieht sich H.B.G. § 52 als durchaus singuläre, lediglich für sie gegebene Gesetzesbestimmung. Siehe auch Begründung des Gesetzentwurfs zum damaligen § 50 des Entwurfes). Das Kommunaldarlehnsgeschäft betreiben neuerdings auch die Bayerische Vereinsbank und die Bayerische Landwirtschaftsbank in München.

Gemäß § 5 Z. 3 ist den Hypothekenbanken die Gewährung von Darlehen an inländische Kleinbahnunternehmungen gegen Verpfändung der Bahn gestattet. Darlehen an Kleinbahnunternehmungen können übrigens nicht ausschließlich gegen Verpfändung der Bahn, sondern auch gegen Übernahme einer Garantie seitens einer Gemeinde oder eines größeren Kommunalverbandes gegeben werden. Eine Hypothekenbank, die beide Arten von Darlehen an Kleinbahnunternehmungen gewährt, braucht aber dann, wenn die Satzung der Bank eine entsprechende Bestimmung enthält, nicht mehr verschiedene Gattungen von Schuldverschreibungen, nämlich teils eigentliche Kleinbahnobligationen, teils Kommunalobligationen, auszugeben, sondern sie kann auf Grund der beiden Arten von Darlehensforderungen ein und dieselbe Gattung von Schuldverschreibungen ausgeben, nämlich Kleinbahnobligationen. Jedoch ist in dem Geschäftsbericht oder in der Bilanz der Gesamtbetrag der Forderungen der einen und der anderen Art ersichtlich zu machen, § 42 Absatz 1. Die für die Gewährung von Darlehen an Kleinbahnunternehmungen maßgebenden Grundsätze werden von der Bank festgestellt, bedürfen aber der Genehmigung der Aufsichtsbehörde. S. auch § 13 Absatz 2. Die Aufsichtsbehörde hat für die Festsetzung sachgemäßer Bestimmungen über die Ermittelung des Werts und der Ertragsfähigkeit der Bahnunternehmungen und für eine bestimmte Beleihungsgrenze, welche nicht überschritten werden darf, Sorge zu tragen, § 42 Absatz 3. Nach der Begründung des Entwurfs fallen unter Kleinbahnunternehmungen „diejenigen Bahnen, die zwar dem öffentlichen Verkehr dienen, aber wegen ihrer rein örtlichen Bedeutung kein allgemeines Interesse bieten". Dieser Geschäftszweig wird nur von einer einzigen Hypothekenbank, der Preußischen Pfandbriefbank, kultiviert. S. Preußische Pfandbrief-

bank, Grundsätze für die Gewährung von Darlehen an Kleinbahnunternehmungen, genehmigt vom Preußischen Landwirtschaftsministerium am 23. April 1900, auch die Schrift der Bank „Entstehung und Sicherung der von der Bank zur Ausgabe gelangenden Kleinbahn-Obligationen". Ausgabe 1901.

Als drittes Nebengeschäft hat sich bei einzelnen Instituten der bankmäßige Betrieb des Depositengeschäfts herausgebildet. Bei der Mecklenburgischen Hypotheken- und Wechselbank kann es als Hauptgeschäft betrachtet werden. Auch dies ist, jedoch unter wesentlicher Einschränkung, für reine Hypothekenbanken als Nebengeschäft weiter zugelassen, § 5 Z. 5.

Der Erwerb, die Veräußerung und die Beleihung von Hypotheken § 5 Z. 1 ist, wie leicht ersichtlich, ein im Betrieb des Hypothekendarlehenswesens unumgänglich notwendiges „Nebengeschäft" — ein gerade für diesen Erwerbszweig nicht glücklich gewählter Ausdruck. — Die anderen zugelassenen Nebengeschäfte stehen in enger Beziehung zum Pfandbriefgeschäft, und die Begrenzung bezweckt namentlich den Ausschluß spekulativer Tätigkeit. (Der letzte Absatz des § 5: Erwerb von Grundstücken, war notwendig in Rücksicht auf Art. 86 des E.G. zum B.G.B.) Zu § 5 Z. 3 Begriff der Wertpapiere, vgl. Jacobi, Die Wertpapiere im bürgerlichen Recht des Deutschen Reichs, § 5, 1901, Verlag von Gustav Fischer. Zu § 5 Z. 1 Göppert, Kommentar zum H.B.G. § 5, Anm. 1. S. auch Braun, Deutscher Ökonomist 1900, S. 864 und die Juristische Wochenschrift 1900, S. 457.

Man kann die Hypothekenbanken auch nach anderen Gesichtspunkten noch unterscheiden, aber diese Unterscheidung hat nicht rechtliche, sondern wirtschaftliche Bedeutung. Zunächst gibt es Hypothekenbanken, die ausschließlich städtische Darlehen gewähren, andere die städtische und ländliche, letztere wieder in ganz verschiedenem Umfang gewähren, ferner haben wir Hypothekenbanken, die ausschließlich Bardarlehen gewähren, während andere ausschließlich oder vorzugsweise Pfandbriefdarlehen geben. S. hierfür § 14 des H.B.G.

Der Geschäftskreis der meisten Hypothenbanken erstreckt sich auf ganz Deutschland. S. jedoch Allg. Deutsche Kreditanstalt in Leipzig, Statuten § 2 Abs. 2, Hannoversche Bodenkreditbank, Statuten § 2, Abs. 2., Gesetz betr. Hessische Hypothekenbank v. 12. Juli 1902 Art. 1 und Statuten dieser Bank § 2.

§ 2. Der Konzessionszwang.

Zur Ausübung ihres Geschäftsbetriebes bedürfen die Hypothekenbanken einer Genehmigung gewerberechtlicher Natur (Konzessionszwang). Die Genehmigung ist beim Bundesrat nachzusuchen. Ist in der Satzung einer Hypothekenbank bestimmt, daß die hypothekarischen Beleihungen nur im Gebiete desjenigen Bundesstaats erfolgen dürfen, in welchem die Bank ihren Sitz hat, so steht die Erteilung der Genehmigung der Zentralbehörde dieses Bundesstaats zu. H.B.G. § 1 Absatz 1, 2.

Nach § 45 Absatz 1 H.B.G. findet der Konzessionszwang auf bestehende Hypothekenbanken keine Anwendung. Anscheinend hat sonach die Forderung des Konzessionszwanges nur für neu zu gründende Hypothekenbanken Bedeutung. Indessen ist dies nicht zutreffend. Jede bestehende Hypothekenbank kann nur bis zu einer aus dem Hypothekenbankgesetz sich ergebenden Maximalziffer Schuldverschreibungen begeben. Ist diese Maximalziffer annähernd erreicht, so muß sie, wenn sie anders nicht ihren Geschäftsbetrieb sistieren will, eine Erhöhung ihres Aktienkapitals vornehmen. Die Erhöhung des Aktienkapitals ist als Änderung der Satzung zu betrachten. Satzungsänderungen bedürfen aber nach § 1 Absatz 3 H.B.G. der Genehmigung des Bundesrats, bezw. der Zentralbehörde des betreffenden Bundesstaats (H.B.G. § 1 Absatz 2). Die Gesuche um Genehmigung der Satzungsänderung sind nach einem vom Reichsjustizamt bekanntgegebenen Wunsche von den Banken an die betreffenden Zentralbehörden des Bundesstaats zu richten und von diesen werden sie dem Bundesrat übermittelt. Die Zentralbehörden fügen den Gesuchen ihr eigenes Votum bei. Die Notwendigkeit dieses Votums und der Entschließung des Bundesrats in Rücksicht auf jede erforderliche Kapitalerhöhung hat die tatsächliche Tragweite eines periodisch zu erneuernden Konzessionsgesuchs. Sie erstrecken tatsächlich den Konzessionszwang auch auf

die bestehenden Institute, wenn auch die stattfindenden Vorprüfungen anderer Natur sind und von anderen Gesichtspunkten geleitet werden, als bei der Konzessionierung einer neuen Hypothekenbank.

Gilt der Konzessionszwang des § 1 auch für ausländische Hypothekenbanken? Die Motive des Gesetzes bemerken: Hinsichtlich der Zulassung der auswärtigen Hypothekenbanken zum Gewerbebetrieb verbleibt es bei den nach § 12 Absatz 1 der Gewerbeordnung maßgebenden Bestimmungen der Landesgesetze. Diese in den Motiven zum Ausdruck gebrachte Ansicht kann als eine genügende Beantwortung der dem internationalen Privatrecht angehörigen Frage nicht erachtet werden.

Unzweifelhaft wäre es zweckmäßig gewesen, in Rücksicht auf die Konzessionspflicht eine Bestimmung aufzunehmen, ähnlich derjenigen, die in § 85 des Reichsgesetzes über die privaten Versicherungsunternehmungen gegeben ist: Ausländische Hypothekenbanken, die im Inland durch Vertreter, Bevollmächtigte, Agenten oder sonstige Vermittler das Hypothekenbankgeschäft betreiben wollen, bedürfen hierzu der Erlaubnis. In einem Gutachten vom 24. Dezember 1898 zu dem Entwurf des Hypothekenbankgesetzes habe ich bereits die Anregung zu einem solchen Paragraphen, allerdings erfolglos, gegeben. Sachdienlich sei bemerkt, daß keine deutsche Hypothekenbank nach dem Ausland Hypothekendarlehen gewährt, und daß derzeit nur einige wenige ausländische Hypothekenbanken nach Deutschland Darlehen gewähren. In Bezug auf die Einführung von Schuldverschreibungen ausländischer Hypothekenbanken an deutschen Börsen sind Kautelen durch das Börsengesetz und die auf Grund des Börsengesetzes hergestellten Vorschriften der Zulassungsstellen für Wertpapiere allerdings gegeben. Aber diese Kautelen sind für ausreichend nicht zu erachten. S. auch Gesetz über die privaten Versicherungsunternehmungen § 108 und H.B.G. § 39.

§ 3. Die Staatsaufsicht.

In den alten preußischen Normativbestimmungen ist irgend welche Bestimmung über die staatliche Aufsicht bei Bodenkredit-Aktienbanken, über den Inhalt und die Form der Handhabung der Staatsaufsicht nicht enthalten. Indessen hat die preußische Staatsregierung die Befugnis der Staatsaufsicht doch stets für sich in Anspruch genommen. Sie leitete dieses Recht wohl aus der Erwägung her, daß nach dem Gesetz über Inhaberpapiere vom 17. Juni 1833 solche Papiere nur auf Grund eines landesherrlichen Privilegs ausgegeben werden dürfen. Die Ausübung eines Privilegs aber unterlag einer Beaufsichtigung der Staatsgewalt, und wenn dieser eine Beaufsichtigung zustehe, so seien ihr auch die Mittel zur Ausübung der Beaufsichtigung zu gewähren. Die Befugnisse der staatlichen Aufsichtsbehörde aber waren damit im einzelnen nicht festgestellt. In konkreten Fällen hat gleichwohl die staatliche Aufsichtsbehörde bis zum Recht der Dividendensperre das Aufsichtsrecht geltend gemacht, und die betreffenden Institute haben sich dem aus wohl erwogenen Gründen gefügt.

In dem Entwurf eines Gesetzes über die Errichtung von Kreditanstalten für den ländlichen und städtischen Grundbesitz von 1868 ist der Inhalt des staatlichen Aufsichtsrechts tunlichst eng begrenzt. Nach dem Entwurf sind die Staatsregierungen befugt, dauernd oder für den einzelnen Fall Kommissäre zu bestellen. Dieselbe Befugnis steht der Bundeszentralverwaltung zu. Die Bundes- sowie die Staatskommissäre haben das Recht, die Organe der Anstalten, einschließlich der Generalversammlungen, gültig zu berufen, ihren Beratungen beizuwohnen und jederzeit von den Kassenbüchern, Rechnungen und sonstigen Schriftstücken der Anstalten Einsicht zu nehmen. Sie sind insbesondere berechtigt, zu kontrollieren, ob die Bestimmungen über den Betrag der auszugebenden Pfandbriefe innegehalten werden. Innerhalb bestimmter Fristen sind die Monatsübersichten, die Bilanzen und Geschäftsberichte auch den bestellten Kommissären einzureichen.

In dem Entwurf eines Reichshypothekenbankgesetzes von 1886 ist, der Tendenz dieses Entwurfs entsprechend, das staatliche Aufsichtsrecht schärfer ausgeprägt und weiter ausgedehnt. Ein Aufsichtsrecht der Bundeszentralverwaltung ist nicht vorgesehen.

bank, Grundsätze für die Gewährung von Darlehen an Kleinbahnunternehmungen, genehmigt vom Preußischen Landwirtschaftsministerium am 23. April 1900, auch die Schrift der Bank „Entstehung und Sicherung der von der Bank zur Ausgabe gelangenden Kleinbahn-Obligationen". Ausgabe 1901.

Als drittes Nebengeschäft hat sich bei einzelnen Instituten der bankmäßige Betrieb des Depositengeschäfts herausgebildet. Bei der Mecklenburgischen Hypotheken- und Wechselbank kann es als Hauptgeschäft betrachtet werden. Auch dies ist, jedoch unter wesentlicher Einschränkung, für reine Hypothekenbanken als Nebengeschäft weiter zugelassen, § 5 Z. 5.

Der Erwerb, die Veräußerung und die Beleihung von Hypotheken § 5 Z. 1 ist, wie leicht ersichtlich, ein im Betrieb des Hypothekendarlehenswesens unumgänglich notwendiges „Nebengeschäft" — ein gerade für diesen Erwerbszweig nicht glücklich gewählter Ausdruck. — Die anderen zugelassenen Nebengeschäfte stehen in enger Beziehung zum Pfandbriefgeschäft, und die Begrenzung bezweckt namentlich den Ausschluß spekulativer Tätigkeit. (Der letzte Absatz des § 5: Erwerb von Grundstücken, war notwendig in Rücksicht auf Art. 86 des E.G. zum B.G.B.) Zu § 5 Z. 3 Begriff der Wertpapiere, vgl. Jacobi, Die Wertpapiere im bürgerlichen Recht des Deutschen Reichs, § 5, 1901, Verlag von Gustav Fischer. Zu § 5 Z. 1 Göppert, Kommentar zum H.B.G. § 5, Anm. 1. S. auch Braun, Deutscher Ökonomist 1900, S. 864 und die Juristische Wochenschrift 1900, S. 457.

Man kann die Hypothekenbanken auch nach anderen Gesichtspunkten noch unterscheiden, aber diese Unterscheidung hat nicht rechtliche, sondern wirtschaftliche Bedeutung. Zunächst gibt es Hypothekenbanken, die ausschließlich städtische Darlehen gewähren, andere die städtische und ländliche, letztere wieder in ganz verschiedenem Umfang gewähren, ferner haben wir Hypothekenbanken, die ausschließlich Bardarlehen gewähren, während andere ausschließlich oder vorzugsweise Pfandbriefdarlehen geben. S. hierfür § 14 des H.B.G.

Der Geschäftskreis der meisten Hypothenbanken erstreckt sich auf ganz Deutschland. S. jedoch Allg. Deutsche Kreditanstalt in Leipzig, Statuten § 2 Abs. 2, Hannoversche Bodenkreditbank, Statuten § 2, Abs. 2., Gesetz betr. Hessische Hypothekenbank v. 12. Juli 1902 Art. 1 und Statuten dieser Bank § 2.

§ 2. Der Konzessionszwang.

Zur Ausübung ihres Geschäftsbetriebes bedürfen die Hypothekenbanken einer Genehmigung gewerberechtlicher Natur (Konzessionszwang). Die Genehmigung ist beim Bundesrat nachzusuchen. Ist in der Satzung einer Hypothekenbank bestimmt, daß die hypothekarischen Beleihungen nur im Gebiete desjenigen Bundesstaats erfolgen dürfen, in welchem die Bank ihren Sitz hat, so steht die Erteilung der Genehmigung der Zentralbehörde dieses Bundesstaats zu. H.B.G. § 1 Absatz 1, 2.

Nach § 45 Absatz 1 H.B.G. findet der Konzessionszwang auf bestehende Hypothekenbanken keine Anwendung. Anscheinend hat sonach die Forderung des Konzessionszwanges nur für neu zu gründende Hypothekenbanken Bedeutung. Indessen ist dies nicht zutreffend. Jede bestehende Hypothekenbank kann nur bis zu einer aus dem Hypothekenbankgesetz sich ergebenden Maximalziffer Schuldverschreibungen begeben. Ist diese Maximalziffer annähernd erreicht, so muß sie, wenn sie anders nicht ihren Geschäftsbetrieb sistieren will, eine Erhöhung ihres Aktienkapitals vornehmen. Die Erhöhung des Aktienkapitals ist als Änderung der Satzung zu betrachten. Satzungsänderungen bedürfen aber nach § 1 Absatz 3 H.B.G. der Genehmigung des Bundesrats, bezw. der Zentralbehörde des betreffenden Bundesstaats (H.B.G. § 1 Absatz 2). Die Gesuche um Genehmigung der Satzungsänderung sind nach einem vom Reichsjustizamt bekanntgegebenen Wunsche von den Banken an die betreffenden Zentralbehörden des Bundesstaats zu richten und von diesen werden sie dem Bundesrat übermittelt. Die Zentralbehörden fügen den Gesuchen ihr eigenes Votum bei. Die Notwendigkeit dieses Votums und der Entschließung des Bundesrats in Rücksicht auf jede erforderliche Kapitalerhöhung hat die tatsächliche Tragweite eines periodisch zu erneuernden Konzessionsgesuchs. Sie erstrecken tatsächlich den Konzessionszwang auch auf

die bestehenden Institute, wenn auch die stattfindenden Vorprüfungen anderer Natur sind und von anderen Gesichtspunkten geleitet werden, als bei der Konzessionierung einer neuen Hypothekenbank.

Gilt der Konzessionszwang des § 1 auch für ausländische Hypothekenbanken? Die Motive des Gesetzes bemerken: Hinsichtlich der Zulassung der auswärtigen Hypothekenbanken zum Gewerbebetrieb verbleibt es bei den nach § 12 Absatz 1 der Gewerbeordnung maßgebenden Bestimmungen der Landesgesetze. Diese in den Motiven zum Ausdruck gebrachte Ansicht kann als eine genügende Beantwortung der dem internationalen Privatrecht angehörigen Frage nicht erachtet werden.

Unzweifelhaft wäre es zweckmäßig gewesen, in Rücksicht auf die Konzessionspflicht eine Bestimmung aufzunehmen, ähnlich derjenigen, die in § 85 des Reichsgesetzes über die privaten Versicherungsunternehmungen gegeben ist: Ausländische Hypothekenbanken, die im Inland durch Vertreter, Bevollmächtigte, Agenten oder sonstige Vermittler das Hypothekenbankgeschäft betreiben wollen, bedürfen hierzu der Erlaubnis. In einem Gutachten vom 24. Dezember 1898 zu dem Entwurf des Hypothekenbankgesetzes habe ich bereits die Anregung zu einem solchen Paragraphen, allerdings erfolglos, gegeben. Sachdienlich sei bemerkt, daß keine deutsche Hypothekenbank nach dem Ausland Hypothekendarlehen gewährt, und daß derzeit nur einige wenige ausländische Hypothekenbanken nach Deutschland Darlehen gewähren. In Bezug auf die Einführung von Schuldverschreibungen ausländischer Hypothekenbanken an deutschen Börsen sind Kautelen durch das Börsengesetz und die auf Grund des Börsengesetzes hergestellten Vorschriften der Zulassungsstellen für Wertpapiere allerdings gegeben. Aber diese Kautelen sind für ausreichend nicht zu erachten. S. auch Gesetz über die privaten Versicherungsunternehmungen § 108 und H.B.G. § 39.

§ 3. Die Staatsaufsicht.

In den alten preußischen Normativbestimmungen ist irgend welche Bestimmung über die staatliche Aufsicht bei Bodenkredit-Aktienbanken, über den Inhalt und die Form der Handhabung der Staatsaufsicht nicht enthalten. Indessen hat die preußische Staatsregierung die Befugnis der Staatsaufsicht doch stets für sich in Anspruch genommen. Sie leitete dieses Recht wohl aus der Erwägung her, daß nach dem Gesetz über Inhaberpapiere vom 17. Juni 1833 solche Papiere nur auf Grund eines landesherrlichen Privilegs ausgegeben werden dürfen. Die Ausübung eines Privilegs aber unterlag einer Beaufsichtigung der Staatsgewalt, und wenn dieser eine Beaufsichtigung zustehe, so seien ihr auch die Mittel zur Ausübung der Beaufsichtigung zu gewähren. Die Befugnisse der staatlichen Aufsichtsbehörde aber waren damit im einzelnen nicht festgestellt. In konkreten Fällen hat gleichwohl die staatliche Aufsichtsbehörde bis zum Recht der Dividendensperre das Aufsichtsrecht geltend gemacht, und die betreffenden Institute haben sich dem aus wohl erwogenen Gründen gefügt.

In dem Entwurf eines Gesetzes über die Errichtung von Kreditanstalten für den ländlichen und städtischen Grundbesitz von 1868 ist der Inhalt des staatlichen Aufsichtsrechts tunlichst eng begrenzt. Nach dem Entwurf sind die Staatsregierungen befugt, dauernd oder für den einzelnen Fall Kommissäre zu bestellen. Dieselbe Befugnis steht der Bundeszentralverwaltung zu. Die Bundes- sowie die Staatskommissäre haben das Recht, die Organe der Anstalten, einschließlich der Generalversammlungen, gültig zu berufen, ihren Beratungen beizuwohnen und jederzeit von den Kassenbüchern, Rechnungen und sonstigen Schriftstücken der Anstalten Einsicht zu nehmen. Sie sind insbesondere berechtigt, zu kontrollieren, ob die Bestimmungen über den Betrag der auszugebenden Pfandbriefe innegehalten werden. Innerhalb bestimmter Fristen sind die Monatsübersichten, die Bilanzen und Geschäftsberichte auch den bestellten Kommissären einzureichen.

In dem Entwurf eines Reichshypothekenbankgesetzes von 1886 ist, der Tendenz dieses Entwurfs entsprechend, das staatliche Aufsichtsrecht schärfer ausgeprägt und weiter ausgedehnt. Ein Aufsichtsrecht der Bundeszentralverwaltung ist nicht vorgesehen.

Die neuen preußischen Normativbestimmungen lehnten sich für die Staatsaufsicht an den Entwurf von 1868 an, jedoch ist selbstverständlich hier von einem Aufsichtsrecht der Bundeszentralverwaltung keine Rede.

Über die Preußische Zentral-Bodenkredit-Aktiengesellschaft hat von Anfang an ein Regierungskommissär die Aufsicht der Staatsregierung ausgeübt. Er hatte nach den Statuten, § 60, die Befugnis, die Ausgabe der Zentral-Pfandbriefe und Schuldverschreibungen der Gesellschaft und die Einhaltung der hierfür und für die Sicherheit der Darlehen auf Hypotheken oder an Gemeinden in den Statuten vorgesehenen Bestimmungen zu überwachen. Derselbe hatte das Recht, die Gesellschaftsorgane einschließlich der Generalversammlung, gültig zu berufen und an ihren Beratungen teilzunehmen. Er hatte auch das Recht, von den Kassenbüchern, Rechnungen und sonstigen Schriftstücken der Gesellschaft im Geschäftslokal Einsicht zu nehmen. Er bezeugte unter den auszugebenden Pfandbriefen, daß die statutenmäßigen Bestimmungen über den Gesamtbetrag der auszugebenden Pfandbriefe beobachtet sind. Das Zeugnis wurde mit einer Faksimile-Unterschrift des Regierungskommissärs ausgefertigt, welche nicht bei der Anfertigung der Pfandbrief- und Obligationen-Formulare eingedruckt, sondern erst bei der Ausfertigung mittelst des von dem Regierungskommissär unter Verschluß zu haltenden Stempels unter seiner Aufsicht hinzugefügt werden durfte. (Reskript der Minister für Handel, Gewerbe und öffentliche Arbeiten und für die landwirtschaftlichen Angelegenheiten vom 31. Juli 1872).

Insoweit die Regierung es für angemessen befand, dem Regierungskommissär für dieses Geschäft eine fortlaufende Remuneration zu bewilligen, mußte dieselbe der Staatskasse aus der Einnahme der Gesellschaft erstattet werden.

Es war von Anfang an vorgesehen und wurde demgemäß verfahren, daß dieses Aufsichtsrecht gegenüber der Gesellschaft auch in Kraft bleiben sollte, „wenn das den Aktiengesellschaften als solchen gegenüber geltende Aufsichtsrecht gesetzlich aufgehoben werden sollte", und es wurde dies mit der Rücksicht auf die der Gesellschaft gestattete Ausgabe von Inhaberpapieren motiviert.

In denjenigen deutschen Staaten, in denen die Befugnis zu Ausgabe von Inhaberpapieren, also auch zur Ausgabe von Pfandbriefen auf den Inhaber, von einer Konzession nicht abhängig war, bestand lange Zeit auch kein staatliches Aufsichtsrecht gegenüber den in denselben domizilierten Pfandbriefinstituten. Nur dann, wenn den Pfandbriefen auch pupillarische Qualität verliehen wurde, ist das staatliche Aufsichtsrecht diesen Instituten gegenüber gewahrt worden und zwar überwiegend in der Form, daß die Staatsregierung ihr Aufsichtsrecht durch einen Regierungskommissär wahrnehmen ließ, dessen Befugnisse des näheren präzisiert wurden. Aber selbst die Verleihung der pupillarischen Qualität für die Pfandbriefe gab nicht durchweg Veranlassung, ein staatliches Aufsichtsrecht zu statuieren.

Die Pfandbriefe der Württembergischen Hypothekenbank in Stuttgart haben pupillarische Qualität gehabt, ohne daß ein staatliches Aufsichtsrecht bestand. Aber infolge des Reichsstempelgesetzes vom 29. Mai 1885 erschien es dem Institut empfehlenswert, die Staatsregierung um Übernahme der staatlichen Beaufsichtigung der Bank zu bitten. Der König ermächtigte durch Entschließung vom 8. März 1892 das Ministerium des Innern, die Beaufsichtigung der Bank durch Prüfung und Genehmigung von Änderungen ihrer Statuten und allgemeine Überwachung ihrer Verwaltung zu übernehmen. Die erforderlichen statutarischen Festsetzungen erfolgten in der außerordentlichen Generalversammlung vom 20. April 1892. Die Übernahme der staatlichen Aufsicht erfolgte mit Dekret vom 10. Mai 1892.

Auch in den Statuten der Hamburger Hypothekenbank von 1871 ist keinerlei staatliche Aufsicht vorgesehen. Sie wurde ebenfalls hergestellt in Rücksicht auf das Reichsstempelgesetz, wonach die Steuersätze für inländische Pfandbriefe verschieden sind, je nachdem dieselben auf Grund staatlicher Genehmigung ausgegeben werden oder nicht. Der Senat hatte das Recht, den Wortlaut der Pfandbriefe vor der Ausgabe zu genehmigen, einen Kommissär zu bestellen, welchem jederzeit auf Verlangen Einsicht in die Bücher der Bank, sowie in die Korrespondenzen und Schriftstücke und volle Aufklärung über alle

geschäftlichen Verhältnisse zu geben war. Der Senat hatte das Recht, zu den Sitzungen des Aufsichtsrats einen Beauftragten zu delegieren, und es war der Nachweis zu liefern, daß die ausgegebenen Pfandbriefe durch der Bank gehörige statutenmäßige hypothekarische Forderungen gedeckt seien.

Auch in Bayern hat ein Staatsaufsichtsrecht über die Pfandbriefinstitute als solche nicht bestanden. Indessen hatten die Bayerische Hypotheken- und Wechselbank, die Süddeutsche Bodenkreditbank und die Pfälzische Hypothekenbank einen Regierungskommissär und unterstanden sonach der Staatsaufsicht. Durch das bayerische Gesetz vom 18. März 1896 über Inhaberpapiere §§ 16 ff. wurde die staatliche Genehmigung zur Ausgabe von Schuldverschreibungen auf den Inhaber, in denen die Zahlung einer bestimmten Geldsumme versprochen wird, generell festgesetzt, und es wurde damit meines Erachtens in Verbindung mit den Vollzugsvorschriften ein staatliches Aufsichtsrecht über sämtliche Pfandbriefinstitute gleichzeitig geschaffen. Aber das staatliche Aufsichtsrecht wurde nur bei den genannten drei Instituten durch einen Regierungskommissär ausgeübt, bei den anderen bayerischen Pfandbriefinstituten wurde es in anderer Weise wahrgenommen. Mit Wirkung vom 1. Oktober 1899 ab erhielten alle bayerichen Hypothenbanken, also auch die Bayerische Bodenkreditanstalt in Würzburg, einen Kgl. Regierungskommissär.

Das staatliche Aufsichtsrecht gegenüber den Hypotekenbanken bestand schon vor dem Erlaß des Hypothekenbankgesetzes nahezu ausnahmslos in allen deutschen Staaten grundsätzlich. Es ist daher eine prinzipielle Erörterung über die Berechtigung des staatlichen Aufsichtsrechts kaum geboten[1]. Von der Berechtigung zur staatlichen Beaufsichtigung aber machten nicht alle Staatsregierungen tatsächlich Gebrauch, und die Grenzen der tatsächlich ausgeübten staatlichen Aufsicht waren durchaus verschieden gezogen.

Es gab zunächst eine größere Anzahl von Hypothekenbanken, bei denen das staatliche Aufsichtsrecht durch einen Regierungskommissär ausgeübt wurde[2].

Der Umfang der Befugnisse der bei den einzelnen Instituten bestellten Regierungskommissäre war allerdings nicht durchweg gleichmäßig festgestellt, und tatsächlich wurden die den Regierungskommissären zustehenden Befugnisse nicht durchweg gleichmäßig ausgeübt, aber das staatliche Aufsichtsrecht war nach dem Wortlaut der betreffenden Statutenparagraphen in denkbar weitgehendster Weise gewahrt, bei einzelnen Instituten auch noch durch besondere Instruktionen bis in minutiöse Einzelheiten ausgebildet. Eine besondere Fürsorge wurde der Einhaltung des Deckungsverhältnisses des Aktienkapitals zum Pfandbriefkapital gewidmet, und für die Regel bezeugten die Regierungskommissäre auf den Pfandbriefen mit eigenhändiger oder faksimilierter Unterschrift, daß das Deckungsverhältnis bei Ausgabe des Pfandbriefs eingehalten sei. Nicht durchweg erfolgte diese Bescheinigung von dem Regierungskommissär in dieser seiner Eigenschaft. Es konnte auch sein, daß der Regierungskommissär gleichzeitig „Pfandhalter", Vertreter der Pfand-

[1] Die hierher gehörige umfangreiche Literatur schließt sich naturgemäß überwiegend an die viel erörterte Frage über die rechtliche Natur der Inhaberpapiere an und über das Erfordernis der staatlichen Genehmigung zur Ausgabe von Schuldverschreibungen auf den Inhaber, in denen die Zahlung einer Geldsumme versprochen wird. Eine gute Zusammenstellung der wichtigsten Schriften siehe bei Henle, Kommentar zum bayerischen Gesetz vom 18. März 1896 über die Inhaberpapiere, Erlangen 1896 (Palm und Enke), § 5. Über die Entwicklung des staatlichen Aufsichtsrechts in Preußen und über seine Handhabung siehe Drucksache des Hauses der Abgeordneten, 3. Session 1901, Nr. 41. Siehe übrigens dazu auch die Verhandlungen im Preußischen Abgeordnetenhaus vom 20. und 21. März 1901, Seidel in Holdheims Monatschrift für Handelsrecht und Bankwesen 1902, S. 187. Derselbe im Preuß. Verwaltungsbl. 1902, Nr. 37.

[2] Preußische Zentral-Bodenkredit-Aktiengesellschaft in Berlin, Deutsche Hypothekenbank in Meiningen, Deutsche Grundkreditbank in Gotha, Norddeutsche Grundkreditbank in Weimar, Leipziger Hypothekenbank in Leipzig und Sächsische Bodenkreditanstalt in Dresden, Schwarzburgische Hypothekenbank in Sondershausen, Mecklenburg-Strelitzsche Hypothekenbank in Neustrelitz, Rheinische Hypothekenbank in Mannheim, Pfälzische Hypothekenbank in Ludwigshafen, Bayerische Hypotheken- und Wechselbank und Süddeutsche Bodenkreditbank in München, Boden- und Kommunalkreditbank für Elsaß-Lothringen in Straßburg i. E.

briefinhaber war, und daß die Bescheinigung in dieser letzteren Eigenschaft von ihm auf dem Pfandbrief ausgestellt wurde.

Das Verhalten der einzelnen Staatsregierungen war insofern prinzipiell verschieden, als einzelne Staatsregierungen Wert darauf legten, durch den Regierungskommissär auch über die materiellen Grundlagen der zur Deckung von Pfandbriefen dienenden Hypotheken sich zu unterrichten, während andere es für zweckmäßig und genügend erachteten, sich insbesondere zu vergewissern, ob das in den Statuten oder durch besondere Konzessionsbedingungen vorgeschriebene Deckungsverhältnis zwischen Aktienkapital und Pfandbriefen formell eingehalten sei und ob alle Formalitäten, welche für die Rechtsbeständigkeit der Hypotheken in Betracht kommen, erfüllt wurden. (Beibringung der Löschungsbewilligungen und Nachweis der tatsächlich erfolgten Löschungen älterer Hypotheken u. s. w.)

Eine Kollission zwischen einem Regierungskommissär und den Gesellschaftsorganen ist unseres Wissens in der Praxis niemals entstanden — in einem einzelnen Fall wurde rasch eine Verständigung hergestellt. Ob alle die den Regierungskommissären durch Bestallungsdekrete, Instruktionen und Statuten zugeteilten Befugnisse bei einer ernstlichen Kollission und deren Austragung auf dem Rechtsweg hätten aufrecht erhalten werden können, ist zweifelhaft. Eine juristisch präzisere Formulierung der Befugnisse des Regierungskommissärs mußte man vermissen.

Bei der überwiegenden Mehrzahl der Hypothekenbanken wurde die staatliche Aufsicht ohne die Vermittlung eines Regierungskommissärs ausgeübt. Sie bestand darin, daß die Staatsregierung für Statutenänderungen die Genehmigung sich vorbehielt, entweder unbeschränkt oder doch für alle diejenigen Bestimmungen, welche das Pfandbriefwesen betrafen, daß ferner die Gesellschaften den jährlichen Geschäftsbericht mit Bilanz und Gewinn- und Verlustkonto einzusenden hatten. Auch waren die Reglements des Beleihungswesens im größeren oder geringeren Umfang in Vorlage zu bringen.

Auch gab die in einzelnen Staaten bestehende sogenannte Serienkonzession für Pfandbriefe — worauf unten § 8 noch des näheren einzugehen ist — Veranlassung, periodisch im größeren oder geringeren Umfang die Grundlagen der betreffenden Institute, namentlich ihre finanzielle Fundierung, zu prüfen. Eine solche Serienkonzession bestand lange Zeit für die Rheinische Hypothekenbank in Mannheim, später auch für die bayerischen Institute.

Man kann sich sonach nicht verhehlen, daß schon vor dem Hypothekenbankgesetz die Frage der staatlichen Aufsicht über die Hypothekenbanken prinzipiell bejahend entschieden, daß aber die Frage sowohl einer zweckmäßigen Begrenzung der staatlichen Aufsicht, wie der richtigen Durchführung noch keineswegs vollständig geklärt war. Eine ausreichende Klärung ist auch bis heute nicht erfolgt.

Wo immer die Frage der Staatsaufsicht entsteht, muß man erwägen, ob man die Staatsaufsicht im konkreten Fall für wichtig erachtet. Nur eine wirksame Staatsaufsicht ist wichtig. Eine Staatsaufsicht, die nur die Allüren einer solchen hat, aber den Ereignissen mehr oder minder nachhinkt, ist nicht nur nicht wichtig, sondern schädlich. Sie schädigt das Publikum, das in der Tatsache der Staatsaufsicht doch immerhin gewisse Garantien für das solide Gebaren der Institute zu sehen geneigt ist — diese Garantien werden in der Tat durch eine wirksame Staatsaufsicht bis zu einem gewissen Grade hergestellt. Sie schädigt das Ansehen des Staats, denn jede staatliche Institution, die mangelhaft funktioniert, beeinträchtigt das Ansehen der Staatsmaschinerie[1].

Eine gut organisierte Staatsaufsicht darf nicht als eine Rute empfunden werden. Sie soll die Gesellschaften nicht nur an ihre Pflichten mahnen, sondern auch ihre Rechte wahrnehmen, auf Lücken und Mißstände in der Gesetzgebung hinweisen und auf deren Beseitigung im Verein mit den Instituten bedacht sein. Eine einsichtsvoll organisierte Staatsaufsicht wird ihre Anordnungen nicht durch die Tagesströmungen beeinflussen lassen und den häufig irrtümlichen Tagesmeinungen nicht nachgeben. Sie lernt und lehrt. Sie belehrt insbesondere auch die gesetzgebenden Faktoren. Sie berücksichtigt

[1] Siehe auch die Begründung des Entwurfs eines Hypothekenbankgesetzes von 1880 und Verhandlungen des preußischen Abgeordnetenhauses vom 21. März 1901, S. 3810.

gleichmäßig die Rechte der Gläubiger und Schuldner und sie hat das gleiche Wohlwollen für beide.

Die Staatsaufsicht darf sich nicht darin äußern, daß der Staat in die inneren Angelegenheiten der Institute sich einmischt, wenn dies irgend vermeidbar ist. Die Staatsaufsicht entfernt sich von ihrem ursprünglichen Ausgangspunkt, wenn sie Vorsehung spielen will. Die Staatsaufsicht soll dem wirtschaftlichen Wohl dienen, ohne berechtigte Interessen zu verletzen. Der Staat hat nicht den Beruf, seine Autorität für Theorien einzusetzen, die erst in der Erfahrung reifen können. Wissenschaftliche Ordonnanzen soll man seitens des Staates nicht ausgeben[1].

Die richtig organisierte und in ihrer Durchführung wohl durchdachte Staatsaufsicht schafft keine Verantwortlichkeit der Staatsregierung, sondern ist lediglich die Folge der in Rücksicht auf die Wahrnehmung der öffentlichen Interessen bestehenden Verantwortlichkeit. Die Wahrnehmung öffentlicher Interessen ist bei der Zulassung einer Massenemission von Inhaberpapieren eine unabweisbare Pflicht[2].

Alle die hier entstehenden Erwägungen sind auf dem Gebiet des Versicherungswesens seit Jahrzehnten in umfangreichen wissenschaftlichen Abhandlungen und in lehrreichen praktischen Darlegungen bereits ventiliert worden. Aber wie bei dem einzelnen Menschen die Schicksale und Erfahrungen des Nebenmenschen für die Regel keine Verwertung finden, so muß anscheinend auch bei den wirtschaftlichen Institutionen jede einzelne Institution ihren besonderen Entwicklungsgang neu durchmachen, und weder die Institute noch die Staatsregierungen glauben hiervon absehen zu dürfen.

Die auch für das Hypothekenbankwesen maßgebenden Gesichtspunkte der staatlichen Aufsicht sind in der vortrefflichen Begründung zu dem Entwurf eines Gesetzes über die privaten Versicherungsunternehmungen vom 14. November 1900 enthalten. Die dort zu Gunsten einer Reichsaufsicht geltend gemachten Argumente sind auch für die Begründung einer Reichsaufsicht bei Hypothekenbanken und für die Herstellung eines Reichs-Pfandbriefamts im wesentlichen zutreffend. Die Anregung zur Herstellung einer organisierten Reichsaufsicht und eines Reichs-Pfandbriefamts wurde schon in den ersten Stadien der Redaktion eines Hypothekenbankgesetzes gegeben. S. Dr. Hecht, Grundzüge eines Reichsgesetzes für die Bodenkredit-Aktienbanken, Vortrag in der Internationalen Gesellschaft für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre, vom 24. März 1897. Auch Rießer, Zur Kritik der Gesetzentwürfe betreffend das Hypothekenbankwesen und die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen, in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 47, Beilageheft, 1898, S. 23 ff. und Beschlüsse des 24. deutschen Juristentags nebst den Verhandlungen des Juristentags.

Allerdings ist bei der Parallele zwischen Versicherungsgesellschaften und Hypothekenbanken und der sachgemäßen, wirksamen Organisation der obrigkeitlichen Beaufsichtigung nicht zu übersehen, einmal, daß die Zahl der Hypothekenbanken ganz erheblich geringer ist als die der Versicherungsgesellschaften, daß es sich ferner bei Hypothekenbanken um Unternehmungen handelt, deren Geschäftskreis, zum mindesten bei der größeren Anzahl der Institute, scharf begrenzt ist, während die Versicherungsgesellschaften in die allerverschiedenartigsten Kategorien, je nach dem Objekt der Versicherung, zerfallen, daß endlich auch das materielle und formelle Hypothekenrecht durch Reichsgesetz bereits einheitlich geregelt ist, beziehungsweise daß die Geltung eines einheitlichen Rechts bei der Regelung des Hypothekenbankwesens mit Sicherheit bevorstand. Dieser letztere Gesichtspunkt wird demnächst durch den weiteren Ausbau der Reichsversicherungsgesetzgebung hinfällig werden.

---

[1] Ehrenzweig, Assekuranz-Jahrbuch Bd. 8 (1887) 1. Teil, S. 13 ff., „Zur Frage der Staatsaufsicht". S. auch die Ausführungen des preußischen Landwirtschaftsministers in der Sitzung des Abgeordnetenhauses vom 21. März 1901, insbesondere S. 3761, 3762. S. ferner Guttmann, Die Sicherung der Besitzer von Hypothekenpfandbriefen durch Staatskommissäre und Treuhänder.", Berlin 1901 (Berliner Aktionär); die Ausführungen dieser Schrift sind jedoch nicht durchweg zutreffend.

[2] S. schon Savigny, Obligationenrecht Bd. 2, S. 122 ff.

Nicht unerheblich ist auch die Tatsache, daß in den meisten kleineren Staaten nur eine einzige Hypothekenbank besteht, und die wirksame staatliche Beaufsichtigung sonach doch wesentlich erleichtert ist. In einem größeren Staat, wie Preußen, ist die Durchführung einer wirksamen Staatsaufsicht nur dann möglich, wenn sie die ausschließliche Beschäftigung eines hierfür angestellten höheren Verwaltungsbeamten bildet, dem das nötige Hilfspersonal beigegeben ist. Für Preußen wäre von vornherein die Schaffung eines staatlichen Pfandbriefamts geboten gewesen. Diesem Pfandbriefamt könnte man in Preußen auch alle die andersartig organisierten, in Preußen vorhandenen Bodenkreditinstitute unterstellen und damit methodisch die Reform und den Ausbau insbesondere der so überaus verdienstlichen landschaftlichen Institute vorbereiten. Für ein staatliches oder für ein Reichs-Pfandbriefamt kann das schweizerische Versicherungsamt in seiner Organisation und Wirksamkeit bis zu einem gewissen Grade vorbildlich sein, neuerdings auch das kaiserliche Aufsichtsamt für Privatversicherungen.

Positiv rechtlich kommt das Nachfolgende in Betracht:

Einmal, „die der Reichsgewalt verfassungsmäßig zustehende Überwachung der Ausführung der Reichsgesetze greift selbstverständlich auch hier Platz": Motive. Ferner, der Bundesrat hat nicht nur über die Zulassung neuer Banken zu befinden, wie die Motive sagen, sondern auch durch § 1 Absatz 3 des Gesetzes gegenüber den bestehenden Hypothekenbanken die Möglichkeit weitgehendster Einwirkung auf die Gestaltung ihrer Satzungen. (S. oben § 2.) S. auch in Betreff der Kompetenz des Bundesrats § 13 Absatz 2, § 15 Absatz 2, 3. Aus den §§ 13, 15 ist ersichtlich, in welchen Fällen und inwieweit das Zusammenwirken der Aufsichtsbehörden mehrerer Bundesstaaten gegenüber einem einzelnen Institut praktisch werden kann.

Im übrigen stellt der § 3 des Gesetzes zunächst das Prinzip auf, daß die Hypothekenbanken der staatlichen Aufsicht unterliegen. Die Aufsicht, und zwar auch über Zweigniederlassungen in einem anderen Bundesstaat, steht demjenigen Staat zu, in dem die Bank ihren Sitz hat. Sie erstreckt sich auf den ganzen Geschäftsbetrieb der Bank und dauert auch nach deren Auflösung bis zur Beendigung der Liquidation. cf. Gesetz über die privaten Versicherungsunternehmungen § 66. Bei denjenigen Banken, welche neben den Bodenkreditgeschäften noch andere Geschäfte betreiben, erstreckt sich die Aufsicht auch auf diesen Teil des Betriebs. Handelt es sich um einen Geschäftszweig, der, wie das Versicherungsgewerbe, schon nach anderweitigen Vorschriften der Staatsaufsicht untersteht, so wird durch das Gesetz die Anwendung der letzteren Vorschriften auf den betreffenden Geschäftszweig nicht berührt.

Aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung: „die Hypothekenbanken unterliegen der staatlichen Aufsicht", ergibt sich, daß nicht nur eine Aufsichtsbefugnis, sondern eine Aufsichtspflicht vorliegt. Andernfalls könnten auch die Motive nicht sagen: „von einer Ausübung des Aufsichtsrechts kann nicht gänzlich Abstand genommen werden[1]". Der Umfang der mit der Aufsicht verbundenen Befugnisse gegenüber den einzelnen Hypothekenbanken bleibt dem pflichtmäßigen Ermessen der Aufsichtsbehörden überlassen. „Eine allgemeine Aufsichtspflicht in dem Sinn, daß die Staatsbehörden den Geschäftsbetrieb der Hypothekenbanken fortlaufend in allen seinen Einzelheiten zu überwachen hätten" ist allerdings im Gesetz nicht konstituiert. Das Gesetz gibt nur die Handhabe auch zu dieser im Gesetz nicht konstituierten allgemeinen Aufsichtspflicht durch den § 4. Zu diesem Zweck enthält das Gesetz in § 4 Z. 3 insbesondere auch Ergänzungen und Erweiterungen des Aktienrechts, indem es bestimmt, daß „die Aufsichtsbehörde befugt ist, einen Vertreter in die Generalversammlungen und in die Sitzungen der Verwaltungsorgane der Bank zu entsenden, die Berufung der Generalversammlung, die Anberaumung von Sitzungen der Verwaltungsorgane, sowie die Ankündigung von Gegenständen zur Beschlußfassung zu verlangen und, wenn dem Verlangen nicht entsprochen wird, die Berufung, Anbe-

[1] Siehe auch Hermes, Verhandlungen des preußischen Abgeordnetenhauses vom 21. März 1901. „Wer eine öffentlich-rechtliche Befugnis hat, hat zweifellos auch die Verpflichtung, dieses sein Recht soweit auszuüben, als seine Kräfte ihm gestatten, als er Gelegenheit dazu findet."

raumung oder Ankündigung auf Kosten der Bank selbst vorzunehmen." Besondere Befugnisse der Aufsichtsbehörde ergeben sich noch aus dem Gesetz betreffend die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen, insbesondere §§ 5, 7 Absatz 3, § 13 in Verbindung mit § 11. Vielleicht wäre eine Bestimmung zweckmäßig gewesen, analog derjenigen des § 68 des Gesetzes über die privaten Versicherungsunternehmungen.

Durch eine Reihe von Gesetzesbestimmungen wird nach gewissen Richtungen die Aufsichtspflicht spezialisiert: § 5 Absatz 2: Für die Beleihung von Wertpapieren ist von der Hypothekenbank eine Anweisung aufzustellen. „Die Anweisung hat die beleihungsfähigen Papiere und die zulässige Höhe der Beleihung festzusetzen." Die Aufsichtsbehörde kann die Anweisungen prüfen und nötigenfalls beanstanden. Der Genehmigung bedürfen die Anweisungen nicht. cf. §§ 3, 4. Besonders beigefügt ist es in § 13 in Bezug auf die Anweisung über die Wertermittlung, nicht minder in § 15 Absatz 1 in Betreff der Grundzüge der Bedingungen für die hypothekarischen Darlehen. Innerhalb des ersten Monats eines jeden Kalenderjahres ist eine von dem Treuhänder beglaubigte Abschrift der Eintragungen, welche während des letzten Halbjahrs in das Hypothekenregister vorgenommen worden sind, der Aufsichtsbehörde einzureichen. Die Abschrift ist von der Aufsichtsbehörde „aufzubewahren". § 22 Absatz 2. Die Aufsichtsbehörde bestellt den Treuhänder (nach Anhörung der Hypothekenbank). Sie hat das Recht, die Bestellung jederzeit zu widerrufen. § 29 Absatz 2. Dieses Recht des jederzeitigen Widerrufs der Bestellung des Treuhänders läßt erkennen, daß das Gesetz voraussetzt, es werde die den Treuhänder bestellende Behörde sich auch darüber vergewissern, ob er seine Funktionen sachgemäß ausführt. Siehe auch §§ 41, 42.

Durch § 795 B.G.B. in Verbindung mit § 1 Abs. 3 H.B.G. ist die Möglichkeit weitgehender Einwirkung auf die Hypothekenbanken gegeben und das staatliche Aufsichtsrecht tatsächlich unbeschränkt.

„Die Art und Weise, wie nötigenfalls die zwangsweise Durchführung der von der Aufsichtsbehörde getroffenen Anordnungen zu erfolgen hat, bestimmt sich nach den landesgesetzlichen Vorschriften über das Zwangsverfahren in Verwaltungssachen." Begr. zu § 4 des Gesetzes. Eine Bestimmung analog derjenigen des Gesetzes über die privaten Versicherungsunternehmungen, § 67, findet sich im H.B.G. nicht.

Nach § 4 letzter Absatz kann die Aufsichtsbehörde einen Kommissär bestellen, der unter ihrer Leitung die Aufsicht ausübt. Erforderlichenfalls können bei einer Bank auch mehrere Kommissäre bestellt werden. Kommissionsbericht zu § 4. Ein Kommissär besteht in Preußen nur bei der Preußischen Zentral-Bodenkredit-Aktiengesellschaft. Diese Gesellschaft hatte einen solchen seit ihrer Gründung. Die Ausübung der Staatsaufsicht erfolgt in Berlin durch den Polizeipräsidenten, für die nicht in Berlin domizilierenden Hypothekenbanken von dem Regierungspräsidenten, in dessen Bezirk die Hypothekenbank ihren Sitz hat. Als technischer Referent der Landespolizeibehörde wurde für die sämtlichen preußischen Hypothekenbanken ein „Bankinspektor" ernannt, der die Aufsichtsbehörden bei der Prüfung des kaufmännischen Betriebs unterstützen soll.

Durch Ministerialerlaß vom 17. November 1901[1] wurde unter Aufhebung der bisherigen Verwaltungsvorschriften die Einreichung folgender Unterlagen angeordnet:

1. Vierteljährliches Beleihungsverzeichnis, getrennt nach hypothekarischen Beleihungen städtischen und landwirtschaftlichen Grundbesitzes, Kommunaldarlehen und Darlehen an Kleinbahnunternehmungen;
2. vierteljährlicher Status über die Aktiven und Passiven;
3. vierteljährliche Zusammenstellung der durchgeführten Zwangsversteigerungen und der schwebenden Zwangsverwaltungen beliehener Grundstücke, unter Angabe der Bankhypotheken, sowie bei Zwangsversteigerungen auch des Meistgebots und des Ersteigerers;
4. vierteljährliche Zusammenstellung der der Bankverwaltung bekannt gewordenen freiwilligen Verkäufe beliehener Grundstücke tunlichst unter Angabe der Kaufpreise und der Namen der Käufer.

[1] Siehe hierzu Verhandlungen des preußischen Abgeordnetenhauses vom 21. März 1901, S. 3774, 3775 und 3805.

Die Zahl der Bankinspektoren sollte auf vier erhöht und die Prüfung des Geschäftsgangs innerhalb zweier Jahre mindestens einmal durch sie bewirkt werden. (Inzwischen ist die Zahl der Bankinspektoren auf drei erhöht worden.)

Dieselbe Ministerialverordnung gibt dem Gedanken Ausdruck, daß die Staatsregierung berechtigt ist zu prüfen, nicht nur ob die Direktion ihres Amtes pflichtmäßig waltet, sondern ob und inwieweit auch der Aufsichtsrat die ihm gesetzlich zugewiesenen Verpflichtungen erfüllt. Die Ministerialverordnung gibt gleichzeitig bestimmte Anordnungen, um den Mitgliedern des Aufsichtsrats die Ausübung der ihnen zugewiesenen Verpflichtungen zu ermöglichen und sie dazu zu veranlassen. Der Gedanke bedarf einer weiteren sachgemäßen Ausgestaltung.

Interessant ist die Ausgestaltung der staatlichen Aufsicht in den Statuten der Hessischen Landes-Hypothekenbank, der einzigen Hypothekenbank, die unter der Herrschaft des Reichshypothekenbankgesetzes bisher ins Leben getreten ist. S. auch die bayerische Instruktion zur Ausübung der Staatsaufsicht über Hypothekenbanken, mitgeteilt in der Allgem. Zeitung, vom 19. August 1903, Nr. 229, 2. Abendbl. Sie ist bereits im Jahre 1899 ergangen.

§ 4. Der Treuhänder. (Siehe auch unter § 10.)

Nächst dem System der Staatsaufsicht ist die Institution des Treuhänders eine den Aufbau des H.B.G. bestimmende und für die Wirksamkeit des Hypothekenbankgesetzes bedeutungsvolle Einrichtung.

In dem Entwurf des H.B.G. war vorgesehen, daß jeder Hypothekenbank ein Vertreter der Pfandbriefgläubiger zu bestellen sei. Die Bestellung sollte durch die Versammlung der Pfandbriefgläubiger nach den Vorschriften des Gesetzes, betreffend die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen erfolgen. Durch die Beschlüsse der Reichstagskommission ist dies dahin abgeändert worden, daß bei jeder Hypothekenbank ein Treuhänder sowie ein Stellvertreter zu bestellen ist, und die Bestellung erfolgt durch die Aufsichtsbehörde nach Anhörung der Hypothekenbank. Sie kann jederzeit durch die Aufsichtsbehörde widerrufen werden. § 29. Folgende Funktionen sind ihm zugewiesen:

1. Der Treuhänder hat darauf zu achten, daß die vorschriftsmäßige Deckung für die Pfandbriefe jederzeit vorhanden ist. Hierbei hat er zu untersuchen, ob der Wert der beliehenen Grundstücke gemäß der von der Aufsichtsbehörde genehmigten Anweisung festgesetzt ist. Er hat nicht zu untersuchen, ob der festgesetzte Wert dem wirklichen Wert entspricht. § 30. S. jedoch Statuten der Hessischen Landes-Hypothekenbank § 14 Abs. 1.

2. Er hat darauf zu achten, daß die zur Deckung der Pfandbriefe bestimmten Hypotheken und Wertpapiere in das Hypothekenregister eingetragen werden.

3. Er hat die Pfandbriefe vor der Ausgabe mit einer Bescheinigung über das Vorhandensein der vorschriftsmäßigen Deckung und über die Eintragung in das Hypothekenregister zu versehen.

4. Eine in das Hypothekenregister eingetragene Hypothek, sowie ein in das Hypothekenregister eingetragenes Wertpapier kann nur mit Zustimmung des Treuhänders in dem Register gelöscht werden. (Die Zustimmung des Treuhänders bedarf der schriftlichen Form. Sie kann in der Weise erfolgen, daß der Treuhänder seine Namensunterschrift dem Löschungsvermerk im Hypothekenregister beifügt.)

5. Die Urkunden über die in das Register eingetragenen Deckungsposten sind von ihm unter dem Mitverschluß der Bank zu verwahren. Er darf diese Gegenstände nur gemäß den Vorschriften des Gesetzes herausgeben. § 31. Verhängnisvoll wurde bei der Katastrophe der Preuß. Hypotheken-Aktienbank namentlich § 31, Absatz 3. Kautelen in den Statuten der Hessischen Landes-Hypothekenbank § 14 Abs. 2.

6. Der Treuhänder ist befugt, jederzeit die Bücher und Schriften der Bank einzusehen, soweit sie sich auf die Pfandbriefe und auf die in das Hypothekenregister eingetragenen Hypotheken beziehen. § 32 Absatz 1.

7. Er hat sich dauernd zu orientieren über die Kapitalrückzahlungen auf die Deckungshypotheken sowie über die sonstigen für die Pfandbriefgläubiger erheblichen Änderungen. § 32 Absatz 2.

8. Die Abschrift der Eintragungen, welche in das Hypothekenregister zu erfolgen hat und der Aufsichtsbehörde einzureichen ist, muß von dem Treuhänder beglaubigt werden. § 22.

Streitigkeiten zwischen dem Treuhänder und der Hypothekenbank entscheidet die Aufsichtsbehörde.

Er hat Anspruch auf eine angemessene Vergütung für seine Geschäftsführung. Der Betrag der vereinbarten Vergütung ist der Aufsichtsbehörde anzuzeigen. In Ermangelung einer Einigung wird der Betrag durch die Aufsichtsbehörde festgesetzt.

Treuhänder, die absichtlich zum Nachteile der Pfandbriefgläubiger handeln, werden wegen Untreue nach § 266 des Strafgesetzbuchs bestraft. § 36. S. auch § 37 Absatz 2, 3, § 38 und § 51.

Die Frage ist, welche rechtliche Natur diese Rechte haben? Ein vertragsmäßiges Auftragsverhältnis zwischen Aufsichtsbehörde und Treuhänder im Sinne des B.G.B. (§ 662—674 liegt nicht vor (a. Ansicht Göppert zu § 29 Z. 1). Er ist weder Angestellter oder Beamter der Bank noch der Pfandbriefbesitzer. Seine Stellung wird am besten gekennzeichnet durch die Strafbestimmung des § 36 des H.B.G. Er kann wegen Untreue bestraft werden gemäß § 266 des Strafgesetzbuchs, wie die ebendaselbst angeführten Vormünder. Seine Rechte sind schuldrechtlicher Art. Schuldnerin ist die Bank. Der Treuhänder hat ein Recht gegen die Bank auf Hergabe der Urkunden u. s. w. in seinen Verwahrungsbesitz (Mitbesitz) und Belassung in demselben, ein darauf gerichtetes Forderungsrecht. Er hat obligatorische Rechte gegen die Bank. Er ist weder Vertreter der Pfandbriefgläubiger noch der Aufsichtsbehörde bezw. des Staates. Er vertritt nicht die Pfandbriefgläubiger, denn er übt Rechte aus, die den Pfandbriefgläubigern nicht zustehen. Das Gesetz hat die Institution des Treuhänders von jedem rechtlichen Zusammenhang mit den Gläubigern und einer Gläubigermehrheit losgelöst. Er ist kraft seiner Bestellung durch obrigkeitlichen Akt Subjekt eigener, im Gesetz bestimmter, schuldrechtlicher Beziehungen im fremden Interesse. Seine Rechtsmacht ist dem Treuhänder zweckentsprechend eingeschränkt. (S. Schultze, Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht, Jena (Gustav Fischer) 1901, S. 97. Auch Fischer-Henle, Handausgabe des B.G.B. mit Anmerkungen, 4. Auflage, Vorbemerkung vor § 164. Sehr instruktiv die während der Korrektur der vorliegenden Abhandlung erschienene Schrift von Gunz, Die rechtliche Natur des Treuhänders im H.B.G., Berlin 1903.

Die Bezeichnung „Treuhänder" ist gut gewählt. Sie verhindert eine Verwechslung mit einem nach dem Schuldverschreibungsgesetz gewählten Vertreter der Gläubiger. Der letztere hat andere Aufgaben und Befugnisse als der Treuhänder. Siehe Kommissionsbericht zu §§ 28—33. Die Stellung des Treuhänders ist herausgehoben zu der eines öffentlichen Funktionärs (Hermes in den Verhandlungen des Abgeordnetenhauses vom 21. März 1901). Er hat im öffentlichen Interesse bestimmte Befugnisse innerhalb der Bank, aber er steht nicht über derselben. Er ist ein Organ der Bank. Die staatliche Aufsicht erstreckt sich auch auf die Geschäftsführung des Treuhänders. Sie nimmt das allgemeine Interesse und damit zugleich auch das Interesse der Darlehensschuldner wahr. Dem Treuhänder sind nur die Interessen der Pfandbriefgläubiger anvertraut. Bestraft wird er nur wegen Handlungen zum Nachteil der Pfandbriefgläubiger, nicht auch wegen Handlungen zum Nachteil der Bank. (Das letztere war in Aussicht genommen, wurde aber verworfen, wegen der Möglichkeit von Interessenkonflikten zwischen Bankgläubigern und Pfandbriefgläubigern. S. Kommissionsbericht zu § 35a, S. 35): „Das Amt des Treuhänders sollte kaufmännisch geschulten Kräften übertragen werden." Bericht der Vertretung und des beratenden Ausschusses der Pfandbriefbesitzer der Preußischen Hypotheken-Aktienbank vom 26. Dezember 1900. Beamte und Notare können die erforderliche Schulung sich relativ leicht aneignen.

Das Gesetz ist prinzipiell nicht für die Vereinigung der Funktion des Staatskommissärs und des Treuhänders, aber es hat zugelassen, daß bei den Banken, bei welchen zur Zeit des Inkrafttretens des H.B.G. ein Staatskommissär mit der Überwachung der Pfandbriefausgabe betraut ist, die Obliegenheiten, welche von dem Treuhänder wahrzunehmen sind, dem bestellten Kommissär übertragen werden. § 51. (Siehe übrigens auch Kommissionsbericht, S. 30). Und zwar ist diese Konzession für die bestehenden Banken dauernd gemacht, sie beschränkt sich nicht auf die bisherigen Kommissare.

Im einzelnen ist zu beachten:

1. Der Treuhänder hat die Verität der Hypotheken zu prüfen, die Bonität nur im beschränkten Umfang und zwar insofern, als er darauf zu achten hat, daß der Wert der beliehenen Grundstücke gemäß der von der Aufsichtsbehörde genehmigten Anweisung festgesetzt ist. Er hat die Bonität insofern nicht zu prüfen, als er nicht zu untersuchen hat, ob der festgesetzte Wert dem wirklichen Wert entspricht. H.B.G. § 30. „Die dem Treuhänder von dem Gesetze aufgelegte Verpflichtung geht nicht weiter als die Mittel, die ihm das Gesetz zu ihrer Erfüllung zur Verfügung stellt. Es ist ihm weder Augenschein, noch Einvernahme von Sachverständigen und dergleichen gestattet, sondern er darf und muß die Akten über die Wertsermittlung dahin prüfen, ob die Anweisung befolgt ist und nicht etwa ein Verstoß gegen § 13 vorliegt" (Kommissionsbericht, S. 29). Frage: Der Treuhänder hat Hypotheken als Deckungshypotheken acceptiert und buchen lassen, später aber entstehen ihm begründete Zweifel, ob die vorschriftsmäßige Deckung für die Pfandbriefe vorhanden sei; kann er dann weitere Deckung verlangen? Die Frage ist bei einer der sanierten Hypothekenbanken entstanden und durch Kompromiß sachgemäß erledigt worden. Sie dürfte wohl zu bejahen sein.

2. Bedarf die Bank einer Hypothekenurkunde nur zu vorübergehendem Gebrauch, so hat der Treuhänder sie herauszugeben, ohne daß die Bank verpflichtet ist, eine andere Deckung zu beschaffen. § 31 Absatz 3. Die Bestimmung ist bekanntlich bei der Katastrophe der Berliner Hypothekenbanken verhängnisvoll geworden, entbehrlich ist sie nicht. Aber der Treuhänder hat zu prüfen, ob auch wirklich das von der Direktion geforderte Dokument zu vorübergehendem Gebrauch benötigt wird. Er ist auch durchaus berechtigt, von Zeit zu Zeit zu prüfen, wo die Urkunden, die zu vorübergehendem Gebrauch aus seinem Mitverschluß herausgegeben sind, sich befinden (cf. Holtermann, in den Verhandlungen des preußischen Abgeordnetenhauses vom 21. März 1901, S. 3775 und Braun, „zu den Reichsgesetzen über Hypothekenbanken und Schuldverschreibungen" in der Nationalzeitung vom 8. und 9. Januar 1901).

3. Das Gesetz kennt nur drei Arten von Emissionspapieren der Hypothekenbanken: Pfandbriefe, Kommunalobligationen, Kleinbahnobligationen. Wenn aber einzelne Banken noch andere Emissionspapiere haben, so unterstehen solche ebenfalls der Kontrolle des Treuhänders. Die Preußische Pfandbriefbank hat aus früherer Zeit noch Hypothekenzertifikate und Hypothekendepotscheine, die Mitteldeutsche Bodenkreditanstalt hat Grundrentenbriefe. Diese Papiere fallen unter das Gesetz. Die Bank ist verpflichtet, die Deckung hierfür dem Treuhänder auszuliefern, und er hat zu bescheinigen, daß er die vorgeschriebene Deckung in Händen hat: Deutscher Ökonomist, 1900, S. 520.

4. Der Treuhänder hat nur das Deckungsverhältnis zwischen Pfandbriefen und Hypotheken zu überwachen. Er hat aber nicht zu überwachen, ob das Verhältnis des Pfandbriefumlaufs zum Aktienkapital gewahrt ist. Das letztere ist Sache der Staatsaufsicht. Deutscher Ökonomist 1900, S. 195. S. übrigens ibid. S. 365.

5. Gleichzeitig mit dem Treuhänder wird ein Stellvertreter bestellt. Die Vergütung für den Treuhänder-Stellvertreter ist ebenfalls von den Banken zu tragen. Der Stellvertreter ist kein Untergebener des Treuhänders. S. auch Deutscher Ökonomist 1901, S. 447. Kommissionsbericht, S. 26, 27. S. auch generell zu §§ 4, 5 Seidel in Holdheims Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen 1902, S. 177 f. und Preuß. Verwaltungsblatt 1902, Nr. 37.

§ 5. Das Hypothekenregister.

Die Institution des Treuhänders dient der rechtlichen und in einem gewissen Umfang auch der materiellen Sicherstellung der Pfandbriefgläubiger. Die Grundlage ausschließlich für die rechtliche Sicherstellung der Pfandbriefgläubiger bildet das Hypothekenregister. Alle zur Deckung der Pfandbriefe bestimmten Hypotheken sind in das Register einzutragen, auch die Wertpapiere, welche als vorläufiger Ersatz der Hypotheken dienen gemäß H.B.G. § 6 Absatz 4. Die einzelnen Stücke der Wertpapiere sind nach Serie, Nummer oder anderen solchen Merkmalen erkennbar zu machen, auch das Geld, das dem Treuhänder zur Deckung der Pfandbriefe in Verwahrung gegeben ist, muß hier verzeichnet sein. Diese in das Hypothekenregister erfolgten Eintragungen bilden die Grundlage des im § 35 vorgesehenen Rechts der Pfandbriefgläubiger auf vorzugsweise Befriedigung.

Das Hypothekenregister ist nur dazu bestimmt, die Gegenstände, welche dem Vorzugsrecht der Pfandbriefgläubiger unterliegen, erkennbar zu machen. Es hat nicht den Zweck, als maßgebende Grundlage für die Überwachung des Gleichgewichts zwischen Hypotheken und Pfandbriefen durch die Aufsichtsbehörde oder den Treuhänder zu dienen. Es ist daher auch nicht die Aufgabe des Registers, Auskunft über den jeweiligen Bestand der eingetragenen Hypotheken zu erteilen. „Wenn im § 30 Absatz 3 und im § 31 Bestimmungen über die Form von Löschungen in dem Hypothekenregister vorgesehen sind, so handelt es sich dort nur um Löschungen, die das Ausscheiden eingetragener Hypotheken oder Wertpapiere aus den zur Pfandbriefdeckung bestimmten Gegenständen und die Beseitigung des durch die Eintragung begründeten Vorzugsrechts der Pfandbriefgläubiger bewirken, also um Verfügungen mit selbständiger rechtlicher Bedeutung. Dagegen brauchen nachrichtliche Vermerke über geleistete Abzahlungen oder über sonstige Verminderungen der Hypotheken nicht in das Hypothekenregister eingetragen zu werden." Begründung zu §§ 21, 22 des Entwurfs.

Die Bedeutung, die dem Hypothekenregister für die Rechte der Pfandbriefgläubiger zukommt, macht es erforderlich, auch für den Fall Fürsorge zu treffen, daß das Register ganz oder teilweise verloren geht oder vernichtet wird. Zu diesem Zweck ist im § 22 Absatz 2 vorgeschrieben, daß innerhalb des ersten Monats jedes Kalenderhalbjahrs eine von dem Treuhänder beglaubigte Abschrift der im vorhergehenden Halbjahr bewirkten Eintragungen der Aufsichtsbehörde einzureichen ist, und daß diese die Abschriften aufzubewahren hat. Hierdurch wird den Pfandbriefgläubigern für den Fall, daß das Register selbst nicht mehr vorhanden ist, der Nachweis der Eintragungen gesichert. Begründung l. c.

§ 6. System der Publizität.

Der Konzessionswang und das anscheinend sich immer mehr ausbildende System der materiellen Staatsaufsicht finden ihre Ergänzung in dem System der Publizität, das gegenüber den Bestimmungen des H.G.B. in seiner Anwendung auf Hypothekenbanken eine wesentliche Erweiterung erfahren hat. In Verbindung mit einer sachgemäß geübten Staatsaufsicht ist dasselbe von erheblichem Wert, für sich allein würde es nicht ausreichen. S. auch hierfür die Begr. zu dem Entwurf eines Gesetzes über die privaten Versicherungsunternehmungen, S. 37, 38. S. übrigens schon Dr. Hecht, das Börsen- und Aktienwesen der Gegenwart und die Reform des Aktiengesellschaftsrechts 1874, S. 121 fgde.

Die durchaus unzureichenden Bestimmungen des H.G.B. erhalten durch das Gesetz ihre Ergänzung. Es ist der Minimalinhalt der Jahresbilanzen und der Geschäftsberichte vorgeschrieben, H.B.G. §§ 24, 28, auch der Minimalinhalt der Gewinn- und Verlustrechnung, § 27. Neben den durch das H.G.B. vorgeschriebenen Veröffentlichungen ist noch die Veröffentlichung eines Halbjahresstatus verlangt, § 23. S. auch §§ 41, 50. „Aus diesem Status soll der wirkliche Bestand der zur Deckung der Pfandbriefe vorhandenen Hypotheken und der Betrag der im Umlauf befindlichen Pfandbriefe ersichtlich

sein: der Gesamtbetrag der Pfandbriefe, welche am letzten Tag des vergangenen Halbjahrs im Umlauf waren, der Gesamtbetrag der an diesem Tag in das Hypothekenregister eingetragenen Hypotheken und Wertpapiere (einschließlich des Geldes) und zwar der Hypotheken nach Abzug aller Rückzahlungen und sonstigen Minderungen, wie solche namentlich durch Ausfälle bei der Zwangs-Versteigerung, durch Teilabtretungen u. s. w. herbeigeführt werden können. Auf diese Weise wird der Aufsichtsbehörde die Wahrnehmung ihrer Aufgabe erleichtert, zugleich aber allen Beteiligten Gelegenheit eröffnet, sich über die Veränderungen des Verhältnisses der Hypotheken und der Pfandbriefe fortlaufend zu unterrichten." Begr. des Entwurfs §§ 21, 22.

Zu allem dem kommen die Publikationen, die von den Zulassungsstellen für Wertpapiere zur Herbeiführung einer Börsennotiz für Pfandbriefe verlangt werden, der sogenannte Prospektzwang. S. auch unten § 8 Z. 6.

§ 7. Das Hypotheken-Darlehenswesen.

Die auf das Hypotheken-Darlehenswesen bezüglichen Bestimmungen des Gesetzes sind teils solche, die allgemein zu beachten sind, einerlei, ob die Hypotheken als Deckung für die Pfandbriefe dienen oder nicht, teils solche, die für die sogenannten Deckungshypotheken gelten. Deckungshypotheken sind solche, auf deren Grundlage Pfandbriefe ausgegeben sind oder ausgegeben werden sollen.

Die Darlehensarten, die in dem bankmäßigen Betrieb des Hypothekendarlehenswesens sich ausgebildet haben, sind auch fernerhin zulässig. Sonach bleiben die Formen der kündbaren und der Annuitätendarlehen, der Bar- und der Pfandbriefdarlehen.

Das den Landschaften und landschaftsähnlichen Instituten eigentümliche System der Pfandbriefdarlehen fand in Preußen, dem Heimatsland der Pfandbriefdarlehen, bei der Gründung von Hypothekenbanken in den 60er Jahren und später keine verständnisvolle Pflege. Erst durch die Initiative der Bayerischen Hypotheken- und Wechselbank wurde es in die Praxis des Hypothekenbankwesens sachkundig eingeführt und zunächst von der genannten Bank, dann aber auch von der Bayerischen Vereinsbank längere Zeit ausschließlich zur Anwendung gebracht. Erst in Rücksicht auf die Praxis konkurrierender Institute hat die Bayerische Hypotheken- und Wechselbank auch dem Bardarlehenssystem sich mehr zugewendet. Einzelne norddeutsche Institute diskreditierten das System der Pfandbriefdarlehen, indem sie dasselbe bruchstückweise, und zwar nur insoweit, als es ihnen selbst Vorteile brachte, in die Darlehensverträge aufnahmen, namentlich die Klausel, daß die Hypothekenvaluta in Pfandbriefen zurückzuzahlen sei. Dadurch wurden die Kautelen des H.B.G. § 14 veranlaßt. Die meisten Hypothekenbanken haben das System der Bardarlehen, das auch in den Vordergrund des § 14 gestellt ist.

Auch das Annuitätendarlehenswesen führte in der Praxis einzelner Hypothekenbanken zu erheblichen Mißständen. Insbesondere waren die rechnerischen Grundlagen der Darlehensverträge aus dem Wortlaut der Verträge so schwer erkennbar, daß nur ein Mathematiker ermitteln konnte, welcher Zinsfuß und welche Nebenleistungen bedungen seien. Ziemlich allgemein üblich war in Norddeutschland die Berechnung einer konstanten Verwaltungsgebühr, d. h. einer Gebühr, die nicht von dem jeweiligen Kapitalrest, sondern von dem ursprünglichen Kapitalbetrag bis zur Tilgung des Darlehens zu leisten war[1]. Der Beginn der Amortisation wurde vielfach auf einen Zeitpunkt hinausgeschoben, bis zu dem mit einiger Wahrscheinlichkeit bei der Natur städtischer Darlehen eine Modifikation des Darlehensvertrags ohnehin eintreten mußte, und damit war der in den alten preußischen Normativbestimmungen vorgesehene Amortisationszwang tatsächlich eliminiert. Bis zum Beginn der Amortisation aber berechnete man die Amortisationsquote zu Gunsten der Bank als Zuschlag zu den Zinsen. Bei Banken, die für die Gewährung von Darlehen dem Amortisationszwang nicht unterworfen waren und sogenannte kündbare Darlehen

[1] Simon, Bilanzen, 3. Aufl. § 112, S. 422 erwähnt nur die konstanten Verwaltungsgebühren. Das von ihm gegebene Rechenexempel ist nicht zutreffend.

gaben, war vielfach die Kündbarkeit der Darlehen zu Ungunsten des Schuldners eliminiert, weil in den Darlehensverträgen die Kündbarkeit des Darlehens für lange Zeit ausgeschlossen wurde. Die Ablösung eines solchen nicht amortisablen, auf lange Zeit unkündbaren Darlehens verursachte erhebliche Kosten.

Drückende Darlehensbestimmungen finden sich vielfach auch in Verträgen einzelner Kapitalisten mit ihren Darlehensschuldnern. Aber sie sind nicht gemeinschädlich, weil nur einzelne Private betroffen werden, während bei einer Hypothekenbank oder gar einer Anzahl von Hypothekenbanken viele Tausende von Darlehensverträgen zum Abschluß gelangen. In den §§ 14—21 ist nun ganz allgemein eine Reihe von Bestimmungen zu Gunsten der Hypothekenschuldner getroffen. Die konstante Verwaltungsgebühr ist für amortisable Hypothekendarlehen (jedoch nicht für Kleinbahn- nnd Kommunaldarlehen) beseitigt, § 19 Absatz 2, § 20 Absatz 2. Das Recht der Rückzahlung darf nur bis zu einem Zeitraum von 10 Jahren ausgeschlossen werden. § 18. Die Hinausschiebung der Amortisation kann nur für einen 10 Jahre nicht übersteigenden Zeitraum stattfinden. § 20. In Bezug auf Teilrückzahlungen und Löschungen sind gesetzliche Kautelen zu Gunsten des Schuldners gegeben. § 21. Der Amortisationszwang ist für städtische Darlehen überhaupt nicht mehr vorgeschrieben. (Für ländliche Darlehen ist er teilweise beseitigt § 6 Absatz 2. In Bayern aber hat man den Amortisationszwang für ländliche Hypotheken von Aufsichts wegen vorgeschrieben)[1]. Größere Durchsichtigkeit und Klarheit in den Verhältnissen zwischen der Bank und den Darlehensuchenden sowie den Darlehensschuldnern ist erreicht. Die Vertragsfreiheit ist zu Gunsten der Darlehensschuldner sachgemäß eingeschränkt.

Die Grundzüge der Bedingungen für die hypothekarischen Darlehen sind von der Bank festzustellen, bedürfen aber der Genehmigung der Aufsichtsbehörde. In den Bedingungen ist namentlich zu bestimmen, welche Nachteile den Schuldner bei nicht rechtzeitiger Zahlung treffen, sowie unter welchen Voraussetzungen die Bank befugt ist, die vorzeitige Rückzahlung der Hypothek zu verlangen. § 15. Damit ist namentlich auch in Bezug auf Amortisationshypotheken eine Kautel geschaffen. Bei diesen Hypotheken darf zu Gunsten der Bank ein Kündigungsrecht nicht bedungen werden. Aber eine Vereinbarung, welche der Bank das Recht einräumt, aus besonderen, in dem Verhalten des Schuldners liegenden Gründen, die Rückzahlung der Hypothek vor der bestimmten Zeit zu verlangen, wird hierdurch nicht berührt. § 19 Absatz 1. cf. Reichstagsverhandlungen vom 13. Juni 1899. S. 2500.

Die neuen Antragsformulare und die Darlehensverträge der Banken sind selbstverständlich unter Berücksichtigung dieser Bestimmungen abzufassen. So sehr es einerseits berechtigt ist, daß die zu Gunsten der Darlehensnehmer in dem Gesetz zum Ausdruck gebrachten Gesichtspunkte ihre Berücksichtigung finden, ist doch anderseits bei der Prüfung der Drucksachen auch seitens der Aufsichtsbehörden wohl zu beachten, daß die auf Grund der Darlehensverträge gefertigten Hypothekenurkunden das Deckungsmaterial der Pfandbriefe bilden, und daß Darlehensverträge, die nicht vollständig schlüssig auch die Rechte der Bank wahren, zur Schädigung der Pfandbriefinhaber führen können.

Eine Hypothekenbank ist im Grunde genommen genau soviel wert wie die Hypotheken, die ihrer Pfandbriefausgabe zu Grunde liegen. Aktienkapital und Reservefonds verstärken die Garantie. Besondere Vorschriften für die Deckungshypotheken waren erforderlich und sind in den §§ 10—13 gegeben. Die wirtschaftlichen Normen, die hier aufgestellt sind, waren Gegenstand vielfacher Erörterungen, die derzeit noch keineswegs abgeschlossen sind, aber an dieser Stelle in ihrer Eigenschaft als Wirtschaftsnormen einer besonderen Betrachtung nicht unterstehen.

---

[1] Die in Bayern geübte Aufsicht, die über die Überwachungstätigkeit hinausgeht, beruht auf Bedingungen, die bei der Erteilung der Mündelsicherheit auferlegt wurden und auf der Erteilung der Mündelsicherheit selbst, die ja jederzeit widerrufen werden kann. Auf Grund dieser Bedingungen ist in den Bankstatuten die normale Beleihungsgrenze herabgesetzt, der Amortisationszwang für ländliche Darlehen als Regel bestimmt u. dgl. m. Bei der Würzb. Bodenkreditanstalt wurde der Amortisationszwang für ländliche Darlehen mit Rücksicht auf die von ihr erbetene Bestellung eines Regierungskommissars vorgeschrieben.

Als Deckungshypotheken kommen nur solche Hypotheken in Betracht, die auf inländischen, d. h. in Deutschland belegenen Grundstücken radiziert sind. Die Deckungshypotheken sollen für die Regel „erststellig" sein. § 11 Absatz 1. Erststellige Hypotheken sind solche, die vor allen Schuldforderungen das Vorrecht auf Befriedigung aus dem Grundstück haben, nicht solche, die innerhalb einer bestimmten Wertgrenze bleiben. Deutscher Ökonomist 1900, S. 483.

Zuweilen kann vorübergehend der erste Rang nicht beschafft werden, weil zur ersten Stelle stehende Hypotheken nicht sofort abgelöst werden können, aber auch dann müssen die hinter der ersten Hypothek mit Accessorien zur Auszahlung gelangenden Beträge sich innerhalb der zulässigen Beleihungsgrenze § 11 Absatz 2 halten. „Nicht selten sind im Grundbuch ältere Lasten oder Schuldposten eingetragen, die tatsächlich ihre Erledigung gefunden haben, aber nur mit unverhältnismäßigen Weiterungen und Schwierigkeiten zur Löschung zu bringen sind." Begr. des Entwurfs zu §§ 10—13.

Die Beleihung inländischer Grundstücke darf drei Fünfteile des Werts nicht übersteigen. Die Zentralbehörde eines Bundesstaats kann die Beleihung landwirtschaftlicher Grundstücke in dem Gebiet des Bundesstaats oder in Teilen dieses Gebiets bis zu zwei Dritteilen des Werts gestatten, § 11 Absatz 2. Das preußische Landwirtschaftsministerium hat auch den Hypothekenbanken die Beleihung landwirtschaftlicher, innerhalb der preußischen Monarchie belegener Grundstücke bis zu zwei Drittel des Wertes gestattet, soweit die Satzungen der Banken eine solche Ausdehnung der Beleihungsgrenze zulassen. In Bayern ist von Aufsichts wegen die Beleihung ländlicher und städtischer Grundstücke auf 50 % für diejenigen Institute beschränkt, deren Pfandbriefe pupillarische Qualität haben.

Nicht alle inländischen Grundstücke sind zur Beleihung, sofern die Hypotheken als Deckungshypotheken dienen sollen, zugelassen. Hypotheken an Grundstücken, die einen dauernden Ertrag nicht gewähren, insbesondere an Gruben und Brüchen, sind von der Verwendung zur Deckung von Pfandbriefen ausgeschlossen. Das Gleiche gilt von Hypotheken an Bergwerken. Hypotheken an anderen Berechtigungen, für welche die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften Anwendung finden, sind von der Verwendung zur Deckung von Pfandbriefen ausgeschlossen, sofern die Berechtigungen einen dauernden Ertrag nicht gewähren.

Hypotheken an Bauplätzen sowie an solchen Neubauten, welche noch nicht fertiggestellt und ertragsfähig sind, können als Deckungshypotheken verwendet werden. Sie dürfen aber zusammen weder den zehnten Teil des Gesamtbetrags der zur Deckung der Pfandbriefe benützten Hypotheken noch den halben Betrag des eingezahlten Grundkapitals überschreiten. § 12 Abs. 2.

In Bezug auf die Wertsermittelung sind einige leitende Gesichtspunkte im Gesetz gegeben. Auf Grund dieser leitenden Gesichtspunkte sind von den Hypothekenbanken Anweisungen über die Wertsermittelung zu erlassen, welche der Genehmigung der Aufsichtsbehörde, eventuell auch der Aufsichtsbehörde des Beleihungsstaats, bedürfen. § 12 Absatz 1, 2, § 13.

Die Reform des städtischen Taxationswesens wird namentlich für den größeren Teil der preußischen Monarchie als dringend notwendig empfunden. Auch das landwirtschaftliche Taxationswesen bedarf für Preußen einer Revision. Siehe Dr. Hecht, Über die Grundzüge eines Reichsgesetzes für die Bodenkredit-Aktienbanken, Vortrag in der internationalen Vereinigung für Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre, Berlin 24. März 1897. Die von den einzelnen Hypothekenbanken erlassenen, von den Aufsichtsbehörden revidierten Anweisungen über die Wertsermittlung enthalten manches wertvolle Material. Viele letztjährige Geschäftsberichte der Banken sprechen sich im hier dargelegten Sinne aus.

Mathematische Formeln der Wertsermittelung werden nie gefunden werden. Schablonenhafte Wertsermittelungen schaden mehr, als sie je nützen können. Die Schätzungen sind gerade soviel wert wie die Schätzer. Darum ist die Zusammensetzung der Schätzungsbehörden von der größten Wichtigkeit. An Stelle von Schätzungsämtern steht die Einrichtung von Revisionsämtern ebenfalls zur Erwägung.

§ 8. Das Pfandbriefwesen.

Den Ausgangspunkt für das ganze H.B.G. bildete die Frage einer rechtlichen Sicherstellung der Pfandbriefgläubiger. Erst im weiteren Verfolg der Frage gelangte man dazu, auch die materielle Sicherstellung der Pfandbriefgläubiger tunlichst zu erstreben. Nach diesen beiden Gesichtspunkten scheiden sich die im H.B.G. enthaltenen Normen des Pfandbriefwesens.

Der rechtlichen Sicherstellung dienen die Vorschriften, die ein Vorrecht der Pfandbriefgläubiger im Konkurs begründen, und die Institution des Treuhänders. Der materiellen Sicherstellung dient im Grunde genommen der ganze sonstige Inhalt des H.B.G. Es gehören aber insbesondere hierher die Bestimmungen über die Pfandbriefdeckung, den zulässigen Maximalbetrag umlaufender Pfandbriefe, die Bilanzvorschriften insbesondere über die Bilanzierung von Agio und Disagio, über den Inhalt der Geschäftsberichte und der sonst vorgeschriebenen Veröffentlichungen.

Weiter in Betracht zu ziehen sind die Vorschriften, die im B.G.B. §§ 793—808 und ergänzenden Gesetzen für Schuldverschreibungen auf den Inhaber vorgesehen sind, denn die Hypothekenpfandbriefe der meisten Hypothekenbanken lauten auf den Inhaber. Nur der Frankfurter Hypotheken-Kreditverein und die Landwirtschaftliche Kreditbank in Frankfurt a. M. sowie die Grundkreditbank in Königsberg besitzen das Privilegium zur Ausgabe von Inhaberpapieren nicht und mobilisieren die festgelegten Mittel in anderer Weise.

Aus dem B.G.B. § 795 ergibt sich, daß Hypothekenpfandbriefe auf den Inhaber nur mit staatlicher Genehmigung in den Verkehr gebracht werden dürfen. Die Genehmigung ist durch die Zentralbehörde des Bundesstaats zu erteilen, in dessen Gebiet der Aussteller seinen Wohnsitz oder seine gewerbliche Niederlassung hat[1]. Pfandbriefe, die ohne staatliche Genehmigung in den Verkehr gebracht werden, sind nichtig. Der Aussteller hat den durch die Ausgabe verursachten Schaden zu ersetzen. S. auch H.B.G. §§ 37, 38 (Strafbestimmungen).

Bei der Erteilung der Ausstellungsbefugnis sind selbstverständlich die besonderen Bestimmungen des H.B.G. zu beachten, wie sie sich aus dem Nachfolgenden des näheren ergeben.

1. In erster Reihe stellt das H.B.G. den Grundsatz auf, daß der Gesamtbetrag der im Umlauf befindlichen Pfandbriefe in Höhe des Nennwerts jederzeit durch Hypotheken von mindestens gleicher Höhe und mindestens gleichem Zinsertrag gedeckt sein muß. § 6 Absatz 1. Für den Fall, daß die vorgeschriebene Deckung in Hypotheken nicht mehr vollständig vorhanden und nicht herstellbar ist, kann die fehlende Hypothekendeckung einstweilen durch Schuldverschreibungen des Reichs oder eines Bundesstaats oder durch Geld ersetzt werden. § 6 Absatz 4.

2. Sodann hat das Gesetz darüber Bestimmungen getroffen, bis zu welchem Maximalbetrag eine Hypothekenbank Pfandbriefe ausgeben darf. Es gab früher zwei Methoden, um diesen Maximalbetrag festzustellen: die Konzession zur Ausgabe von Pfandbriefen in einem jeweils ziffernmäßig begrenzten Betrag oder in einem ein für allemal normierten Verhältnis zum Aktienkapital. Mit der Erhöhung des eingezahlten Aktienkapitals erweiterte sich von selbst die Berechtigung zur Pfandbriefausgabe. Mit Ausnahme der Allgemeinen Kreditanstalt in Leipzig und der bayerischen Hypothekenbanken bestand in Deutschland unmittelbar vor dem 1. Januar 1900 für die Hypothekenbanken die zweite Form der Konzessionierung, und zwar durften die Hypotheken-

[1] In Preußen ist am 16. November 1899 eine Allerhöchste V.O. zur Ausführung des B.G.B. erlassen. In Art. 8 dieser V.O. ist in Ausführung des § 795 des B.G.B. bestimmt, daß die Genehmigung zur Ausfertigung von Schuldverschreibungen auf den Inhaber mit Allerhöchster Ermächtigung durch die zuständigen Minister erteilt werden soll. Die zuständigen Minister sind der Finanzminister, der Landwirtschaftsminister, der Justizminister und der Minister des Innern. Für Bayern S.K.V.O. vom 24. Dezember 1899 § 9: Staatsministerium des Innern im Benehmen mit dem Staatsministerium der Justiz und Finanzen. Bei Schuldverschreibungen von Verkehrsunternehmungen: Staatsministerium des königl. Hauses und des Äußeren und des Staatsministeriums des Innern im Benehmen mit den Staatsministerien der Justiz und der Finanzen.

banken bis zum zwanzigfachen Betrag des eingezahlten Grundkapitals Pfandbriefe ausgeben (die preußischen Hypothekenbanken jedoch nur unter der hier unwesentlichen Voraussetzung, daß sie ein eingezahltes Grundkapital von zehn Millionen Mark besaßen). Es bestand also in Deutschland mit wenigen Ausnahmen die Methode der dauernden Pfandbrief-Konzessionierung unabhängig von obrigkeitlicher Genehmigung.

Durch das H.B.G. § 1 Abs. 3 in Verbindung mit B.G.B. § 795 hat sich dies geändert: jede Änderung der Satzung einer Hypothekenbank bedarf der Genehmigung des Bundesrats oder, wenn der Geschäftsbetrieb der Bank auf einen Bundesstaat beschränkt ist, der Genehmigung der Zentralbehörde dieses Bundesstaats. Denn jede Erhöhung des Aktienkapitals erfordert eine Änderung der Satzung. Jede Erhöhung des Aktienkapitals kann aber nur in einem durch die Natur der Sache beschränktem Maße erfolgen. So involviert die vom Bundesrat genehmigte Erhöhung des Aktienkapitals die Ermächtigung, bis zu welchem Maximalbetrag die Einzelregierung eine Pfandbrief-Konzessionierung erteilen kann. Ist der Geschäftsbetrieb der Bank auf einen Bundesstaat beschränkt, so wird die Beschlußfassung über die in Rede stehende Änderung der Satzung mit der Beschlußfassung über die weitere Pfandbrief-Konzessionierung sich vereinigen. Tatsächlich vollzieht sich der Geschäftsgang behufs Einholung der Genehmigung des Bundesrats für die in Rede stehende Änderung der Satzung in Deutschland durchweg in der Weise, daß jede Hypothekenbank durch ihre Landesregierung sich an den Bundesrat wendet, und die Landesregierung das Gesuch der Hypothekenbank empfehlend überweist. Würde sie es mit einem ablehnenden Votum überweisen, so wird der Bundesrat das Gesuch ablehnen. Die Landesregierungen selbst haben für die Methode der Konzessionierung nicht eine vollkommen übereinstimmende Praxis. Einzelne Landesregierungen erteilen innerhalb des statutenmäßig und gesetzlich zulässigen Maximalbetrags der Pfandbriefausgabe Serienkonzessionen, die Ermächtigung zur Ausgabe einer ganz bestimmten Serie, für die in größerem oder geringerem Umfang die Details (der Zinsfuß, die Stückeinteilung u. s. w.) angegeben sein müssen, so die bayerische Staatsregierung; andere erteilen die Genehmigung zur Ausgabe einer bestimmten Maximalsumme von Pfandbriefen „unter der Voraussetzung, daß diese mit den statutarischen und gesetzlichen Bestimmungen in Einklang ist : man konzessioniert z. B. die Ausgabe von 30 Mill. Mark Pfandbriefen, während im Augenblick der Konzessionserteilung gemäß dem tatsächlich eingezahlten Aktienkapital nur 15 Mill. Mark Pfandbriefe emittiert werden könnten. „Dafür, daß rechtzeitig für die weiter konzessionierten 15 Mill. Mark die statutarisch und gesetzlich notwendige Erhöhung des Aktienkapitals eintritt, wird der Staatskommissär verantwortlich gemacht." Die bayerische Staatsregierung erteilt eine Serienkonzession nur innerhalb der Grenze, die durch das eingezahlte Aktienkapital zulässig ist.

Ein bestimmtes Verhältnis zum Aktienkapital unter Hinzurechnung gewisser Teile des Reservefonds ist stets einzuhalten. Nach dem H.B.G. § 7 ist das Maximum des Pfandbriefumlaufs auf das 15fache begrenzt, jedoch darf dem eingezahlten Aktienkapital der ausschließlich zur Deckung einer Unterbilanz oder zur Sicherung der Pfandbriefgläubiger bestimmte Reservefonds hinzugerechnet werden. Das Maximum des Pfandbriefumlaufs erhöht sich hiernach auf das 20fache, sobald der Reservefonds ein Drittel des eingezahlten Aktienkapitals beträgt.

Widmet sich eine Hypothekenbank auch der Pflege des Korporationskredits und gibt sie auf Grund nicht hypothekarischer Darlehen an inländische Körperschaften des öffentlichen Rechts (oder gegen Übernahme der Gewährleistung durch eine solche Körperschaft) Schuldverschreibungen aus, so dürfen diese Schuldverschreibungen unter Hinzurechnung der im Umlauf befindlichen Pfandbriefe den für die letzteren im § 7 bestimmten Höchstbetrag nicht um mehr als den 5. Teil übersteigen. Der Höchstbetrag der im Umlauf befindlichen Pfandbriefe mit Einschluß der Schuldverschreibungen auf Grund von Korporationsdarlehen darf also das 18fache des eingezahlten Aktienkapitals und des ausschließlich zur Deckung einer Unterbilanz oder zur Sicherung der Pfandbriefgläubiger bestimmten Reservefonds betragen. H.B.G. § 47.

Gegenüber diesen grundlegenden Bestimmungen sind aber im Gesetz selbst in mehrfacher Richtung abweichende Bestimmungen festgestellt worden.

a) Zunächst erschien der zulässige Maximalbetrag der Pfandbriefausgabe für die bei dem Inkrafttreten des Gesetzes weiter bestehenden gemischten Hypothekenbanken zu weitgehend. Sie dürfen gemäß § 46 Absatz 2 Pfandbriefe nur bis zum 10fachen Betrag des eingezahlten Grundkapitals und des deckungsfähigen Reservefonds ausgeben.

b) Man wollte aber den Besitzstand der bestehenden Hypothekenbanken, sowohl der reinen wie der gemischten, schonen. Namentlich wollte man nicht veranlassen, daß bei den Instituten, denen bisher eine größere Umlaufsziffer von Pfandbriefen (und Schuldverschreibungen) rechnungsmäßig konzediert war, eine Einzahlung auf das Grundkapital mit dem Inkrafttreten des Gesetzes erfolgen müsse, lediglich um die nach dem H.B.G. zulässige Pfandbriefsumme dem Verkehr erhalten zu können. Würde man dem nicht Rechnung getragen haben, so würde das Gesetz tatsächlich rückwirkende Kraft gehabt haben.

Deshalb bestimmt der § 48 des Gesetzes: Eine Hypothekenbank, die beim Inkrafttreten des Gesetzes das Recht besitzt, über den nunmehr bestimmten Betrag hinaus Pfandbriefe oder Schuldverschreibungen auszugeben, behält dieses Recht. Es sind jedoch folgende Einschränkungen beigefügt:

α) Die Pfandbriefe und die auf Grund von Darlehen an Kleinbahnunternehmungen ausgegebenen Schuldverschreibungen dürfen den 20fachen Betrag des eingezahlten Grundkapitals nicht übersteigen.

β) Das eingezahlte Grundkapital wird nur insoweit berücksichtigt, als es innerhalb des Betrags verbleibt, auf den am 1. Mai 1898 das Grundkapital der Bank durch Satzung festgesetzt war.

γ) Die Schuldverschreibungen, welche die Bank auf Grund nicht-hypothekarischer Darlehen an Körperschaften des öffentlichen Rechts oder gegen Übernahme der Gewährleistung durch eine solche Körperschaft ausgibt, dürfen unter Hinzurechnung der im Umlauf befindlichen Pfandbriefe und auf Grund von Darlehen an Kleinbahnunternehmungen ausgegebenen Schuldverschreibungen den Betrag, bis zu dem die Bank Pfandbriefe ausgeben darf, nicht um mehr als den 5. Teil übersteigen. Ist eine Kapitalerhöhung nach dem 1. Mai 1898 in das Handelsregister eingetragen worden, so wird diese Kapitalerhöhung nicht berücksichtigt.

Es findet sich endlich in dem Gesetz noch folgende Spezialbestimmung für gemischte Banken: Wenn bei dem Inkrafttreten des Gesetzes die von der Hypothekenbank ausgegebenen Pfandbriefe den doppelten Betrag des eingezahlten Grundkapitals nicht übersteigen, so ist die Befugnis zur Ausgabe von Pfandbriefen auf den doppelten Betrag des eingezahlten Grundkapitals und des deckungsfähigen Reservefonds beschränkt. § 46 Absatz 2. Für diese Banken gelten die Bestimmungen des § 46 des Gesetzes überhaupt nicht.

3. Wie aus den Darlehenszusagescheinen und den Hypothekenurkunden das Rechtsverhältnis zwischen der Bank und ihren Schuldnern klar ersichtlich sein soll, so sollen aus den Hypothekenpfandbriefen die für das Rechtsverhältnis zwischen der Bank und den Pfandbriefgläubigern maßgebenden Bestimmungen, insbesondere in Betreff der Kündbarkeit der Hypothekenpfandbriefe, sich klar ergeben. § 8 Absatz 1. Den Pfandbriefinhabern darf überhaupt kein Kündigungsrecht eingeräumt werden. Die Bank darf auf das Recht zur Rückzahlung der Pfandbriefe höchstens für einen Zeitraum von zehn Jahren verzichten. § 8 Absatz 2. Die Ausgabe von Pfandbriefen, deren Einlösungswert den Nennwert übersteigt, ist nicht gestattet. § 9.

Da die für das Rechtsverhältnis zwischen der Hypothekenbank und den Pfandbriefgläubigern maßgebenden Bestimmungen in den Pfandbriefen ersichtlich gemacht werden sollen, so sind die Pfandbrieftexte aller derjenigen Institute, die seit dem 1. Januar 1900 Pfandbriefe emittiert haben, zu vergleichen, um daraus festzustellen, ob und in welchem Umfang aus den Pfandbriefen das Rechtsverhältnis tatsächlich ersichtlich ist. Die Prüfung der Texte ist auch in Rücksicht auf § 796 des B.G.B. von besonderer Wichtigkeit. Fraglich ist, inwieweit die in zahlreichen Bankfatzungen enthaltenen, auf die Pfandbriefe bezüglichen Bestimmungen von Erheblichkeit sind.

Unzweifelhaft sind die Bankorgane, wenn sie die in den Satzungen enthaltenen, auf die Pfandbriefe bezüglichen Bestimmungen nicht beachten, hierfür verantwortlich, aber für die Pfandbriefgläubiger ist ausschließlich der Pfandbrieftext maßgebend, mag er zu ihren Gunsten oder zu ihren Ungunsten von dem Wortlaut der Satzungen abweichen: litteris contrahitur obligatio Ist in den Pfandbriefen auf Paragraphen der Satzungen verwiesen, so gelten diese Paragraphen als integrierender Teil des Pfandbrieftextes, wenn auch der Wortlaut nicht angegeben ist, was allerdings stets der Fall sein sollte. Die Pfandbriefgläubiger erhalten durch den Wortlaut der Satzungen weder ein Recht noch eine Verpflichtung, soweit das Rechtsverhältnis zwischen ihnen und der Bank in Betracht kommt. Eine beträchtliche Anzahl von Hypothekenbanken hat in ihren revidierten, dem H.B.G. angepaßten Satzungen überhaupt keinerlei Bestimmungen über den Inhalt der von ihnen zu emittierenden Schuldverschreibungen, andere nur äußerst mangelhafte, manche mehr oder minder ausführliche Bestimmungen. Viele Banken halten die Satzungen sehr knapp, weil jede Satzungsänderung der Genehmigung des Bundesrats bedarf. Eine Reihe von Banken behält die Bestimmungen über die Form der Pfandbriefe, die Einteilung der Serien, den Betrag der Stücke, die Tilgung und die sonstigen Emissionsbedingungen der Beschlußfassung des Aufsichtsrats vor.

In Bezug auf den Wortlaut des Pfandbrieftextes stimmt nun kein Pfandbrief des einen Instituts mit dem Pfandbrief eines anderen Instituts überein, wenn auch in Bezug auf die Essentialien des Rechtsverhältnisses zwischen der Bank und den Pfandbriefgläubigern unter einer kleinen Anzahl von Instituten eine Übereinstimmung annähernd besteht.

Schon hieraus ergibt sich, daß in Bezug auf die für das Rechtsverhältnis zwischen der Bank und den Pfandbriefgläubigern wesentlichen Momente eine übereinstimmende Ansicht der Banken sich nicht herausgebildet hat. Gleichwohl wäre es nicht schwer, zum mindesten für die Banken desselben Staats ein einheitliches Pfandbriefformular festzustellen, wobei selbstverständlich die besonderen geschäftlichen Modalitäten, unter denen die Ausgabe einer einzelnen Serie erfolgt, auch weiter dem Ermessen der Bankverwaltung anheimgestellt würden. Auch die Unterscheidung zwischen Instituten, die vorzugsweise Bardarlehen, und solchen, die Pfandbriefdarlehen gewähren, könnte leicht berücksichtigt werden. Bestände ein Reichs-Pfandbriefamt, so würde die Herausbildung eines im wesentlichen einheitlichen Pfandbriefformulars für alle deutschen Institute nicht schwer gewesen sein. Wenn der Zusammenschluß der Hypothekenbanken zu einem Verband erfolgt sein wird, so kann übrigens über diese und ähnliche Fragen bei einigem guten Willen Übereinstimmung erzielt werden.

Die Schuldverschreibungen, die von den Hypothekenbanken auf Grund der erworbenen Hypotheken zur Ausgabe gelangen, werden in Rücksicht auf die durch das H.B.G. gewählte Terminologie nahezu durchweg „Hypothekenpfandbriefe" genannt. Die Bezeichnung ist den neuen preußischen Normativbestimmungen entlehnt. In Bezug auf die äußere Form besteht bei den meisten Banken darin Übereinstimmung, daß sie einen Mantel haben, dem Zinsscheine mit Erneuerungsschein beigelegt sind. Bei einzelnen Instituten ist der ganze Text auf der ersten Seite des Pfandbriefs enthalten, bei den meisten enthält die erste Seite nur einige nach der Ansicht der Bankverwaltungen besonders wesentliche Bestimmungen, während auf der zweiten Seite eine ausführlichere Darlegung des Rechtsverhältnisses zu den Pfandbrief-Gläubigern und die für die konkrete Serie maßgebenden Emissionsbedingungen beigefügt sind. Bei allen Instituten sind einige Unterschriften faksimiliert und eine oder mehrere sind nicht faksimiliert. Überall finden sich selbstverständlich die im H.B.G. geforderten Bescheinigungen des Treuhänders (wie auch die Angabe des Nominalwerts, des Zinsfußes und der Zinstermine, was kaum einer Erwähnung bedarf), nicht durchweg findet sich auf dem Mantel eine präzise Angabe, wieviele Zinscoupons beigefügt sind. Ganz singulär ist die im Text der Pfandbriefe einer Bank befindliche Bemerkung: „Die Gültigkeit (!) des gegenwärtigen Pfandbriefs ist von der vorstehenden eigenhändigen Unterschrift des von der . . . Staatsregierung bestellten Treuhänders oder seines Stellvertreters abhängig." Die Statuten enthalten über diese

dem Treuhänder zugewiesene Funktion keine Bestimmung. Der Funktion des Treuhänders entspricht sie nicht.

In dem Text der Pfandbriefe sollte durchweg angegeben sein, welche Erfordernisse für die Gültigkeit der Unterschrift bestehen, denn nach § 796 des B.G.B. kann der Aussteller dem Inhaber der Schuldverschreibungen solche Einwendungen entgegensetzen, welche die Gültigkeit der Unterschrift betreffen. Es wäre zweckmäßig, wenn dieselben Erfordernisse hierfür maßgebend sein würden, die in Bezug auf alle sonstigen Verpflichtungen der Bank für maßgebend erachtet werden, also für die Regel die Zeichnung der Firma mit zwei Unterschriften (wo überhaupt Kollektivunterschriften bestehen). Diese Unterschriften könnten, wenn in den Satzungen es vorgesehen ist, faksimiliert sein. Die Hinzufügung von anderen faksimilierten Unterschriften kann dem Ermessen der Bankorgane anheimgegeben werden. Sie würde jedoch nicht als wesentlich für die Gültigkeit der Unterschrift zu betrachten sein.

Für wesentlich erachte ich ferner eine Angabe über den Charakter des Instituts, ob es eine reine oder gemischte Hypothekenbank ist, also die Bezeichnung des Geschäftskreises, die füglich unter Bezugnahme auf die maßgebenden Paragraphen des H.B.G. erfolgen kann. (Die Bestimmungen des H.B.G. bedürfen keiner Reproduktion im Wortlaut).

Für wesentlich erachte ich ferner eine Angabe über den für das Institut zur Zeit der Ausgabe zulässigen Maximalbetrag der Pfandbriefausgabe (mit Einschluß von Kommunal- und KleinbahnObligationen), etwa so lautend: Der Gesamtbetrag der jeweils begebenen Pfandbriefe und Schuldverschreibungen darf nicht eine Summe übersteigen, die sich zusammensetzt 2c.

Wichtig ist die Aufnahme der Bestimmung: Jeder Inhaber von Pfandbriefen kann verlangen, daß sie auf seinen Namen oder auf den Namen eines von ihm zu bezeichnenden Dritten umgeschrieben werden. Diese Erklärung ist unerläßlich in Rücksicht auf B.G.B. § 806 Satz 2. S. auch E.G. Art. 174, 176, H.G.B. § 183 Absatz 2. E.G. Art. 26. Preußisches A.G. zum B.G.B. Art. 18. Wenn dies von der Bank kostenfrei geschieht, so ist es zweckmäßig, das hervorzuheben; wenn eine Gebühr für die Umschreibung erhoben werden soll, müßte die Höhe derselben angegeben sein. (cf. Satzungen der Preußischen Zentral-Bodenkredit-Aktiengesellschaft, Art. 74, wo vorgesehen ist, daß eine von dem Verwaltungsrat festzusetzende Gebühr für die Umschreibung verlangt werden kann. S. auch Satzung der Gothaer Grundkreditbank Art. 19: „Die Kosten hat der Antragsteller zu tragen oder vorzuschießen."

Nicht unzweckmäßig ist die Bestimmung, daß für Streitigkeiten zwischen Pfandbriefgläubiger und Bank der Gerichtsstand angegeben wird.

Zweckmäßig ist die Bestimmung: „Die Bank ist berechtigt, aber nicht verpflichtet, solche Pfandbriefe, bezüglich deren ein Ausschlußurteil im Aufgebotsverfahren, § 1017 der Zivilprozeßordnung, erlassen ist, auf Antrag des Aufgebotsklägers jederzeit zu kündigen und ohne Veröffentlichung dieser Kündigung heimzuzahlen."

Alle Pfandbriefe haben eine Bestimmung über die längste Umlaufsdauer, aber die Bestimmung ist wiederum sehr verschieden formuliert, z. B. „vollständige Rückzahlung der Serie vor dem Jahre 1957," oder „von dem Tage der Kündbarkeit an in längstens 42 Jahren," oder „in längstens 50 Jahren", oder „innerhalb 60 Jahren vom Tage der Ausgabe an". Mehrfach wird von dem Tag der „Ausgabe" an gerechnet, jedoch ist nicht immer präzis angegeben, welcher Tag als Tag der Ausgabe betrachtet wird.

Die größere Anzahl der Institute gibt Pfandbriefe aus, die unter Beobachtung des H.B.G. für eine bestimmte Zeit unkündbar sind, dann kündbar werden. Dies ist durchweg aus den Pfandbriefen ersichtlich. Die Banken haben sich in dieser Hinsicht die Freiheit der Entschließung gewahrt (singulär ist die Bestimmung in der Satzung der Leipziger Hypothekenbank § 15: Innerhalb der ersten fünf Jahre nach Eröffnung einer neuen Serie von Pfandbriefen ist deren Konvertierung und eine zu diesem Zweck erfolgende Kündigung oder Auslosung unzulässig).

Alle Pfandbriefe enthalten Bestimmungen darüber, wie die Pfandbriefe aus dem

Verkehr gezogen werden. Durchweg ist außerordentliche Tilgung vorbehalten. Die meisten Pfandbriefe geben der Bank die Berechtigung, auf dem Wege des freihändigen Rückkaufs die Stücke aus dem Verkehr zu ziehen.

Abgesehen hiervon werden die Pfandbriefe aus dem Verkehr gezogen „durch Kündigung oder Verlosung". Die Verlosung ist eine Form der Kündigung. Die Kündigung ist nicht notwendig eine Form der Verlosung. Die hierauf bezügliche Ausdrucksweise der Pfandbrieftexte ist nicht immer präzis. Auch darüber herrscht keine Übereinstimmung, von welchem Organ die hierauf bezüglichen Dispositionen auszugehen haben, ob von dem Vorstand oder vom Aufsichtsrat. Alle dispositiven Verfügungen sind im Sinn des Gesetzes vom Vorstand vorzunehmen, demnach auch die Kündigungen von Pfandbriefen, in welcher Form sie immer sich vollziehen mögen. Dem Vorstand kann durch die Satzung, Reglement oder Instruktion die Verpflichtung auferlegt sein, daß er einen Beschluß des Aufsichtsrats über die Höhe der Amortisationsquote und über die damit zusammenhängenden Fragen veranlaßt, bevor er eine diesbezügliche Entscheidung trifft, aber den Pfandbriefgläubiger berührt diese interne Beschränkung der Dispositionsbefugnis des Vorstands nicht.

Mehrfach findet sich im Text der Pfandbriefe die Erklärung: „Die Kündigung kann erfolgen auf Grund einer Verlosung oder eines Beschlusses des Aufsichtsrats". „Der Aufsichtsrat ist berechtigt, die Verlosung, Zinsfußänderung und Kündigung, sowie den freihändigen Rückkauf zu beschließen, auszuführen und alle hierzu erforderlichen weiteren Anordnungen zu treffen, ohne Berufung der Generalversammlung." Das ist für die Kompetenzen der Verwaltungsorgane wichtig, berührt aber nicht das Rechtsverhältnis der Bank zu den Pfandbriefgläubigern. Für sie ist die Veröffentlichung der Kündigung bezw. des Resultats der Verlosung maßgebend. Die darauf bezügliche Veröffentlichung, unterzeichnet von dem Vorstand der Gesellschaft, verpflichtet die Bank. Zweifelhaft ist, ob die Pfandbriefgläubiger, in solchen Fällen, in denen auf eine Beschlußfassung des Aufsichtsrats im Text der Pfandbriefe verwiesen wurde, während in der Veröffentlichung sich darüber keine Angabe befindet, zu ihren Gunsten sich auf den Text berufen könnten, was selbstverständlich nur geschehen wird, wenn den Pfandbriefgläubigern die Kündigung unbequem ist. Zweckmäßig ist, daß in den genannten Fällen die Veröffentlichungen von der Direktion und dem Aufsichtsrat gemeinschaftlich ausgehen.

Vielfach enthalten die Pfandbrieftexte Beschränkungen der Kündigung oder Verlosung, und zwar entweder in der Weise, daß angegeben wird, a n welchen Tagen solche Kündigungen stattfinden können, oder a u f welche Tage sie stattfinden können. Z. B. „die Kündigung (oder Verlosung) findet statt jährlich am 1. April, und wenn dieser ein Sonn- oder Feiertag ist, am nächstfolgenden Tage", oder „in der Regel im Februar und August jeden Jahres", oder „in der ersten Woche des Juli", oder „die Kündigung kann nur stattfinden auf einen Zinsschein-Verfalltag", oder „nur zum 2. Januar und 1. Juli eines Jahres" oder nur „auf Kalenderquartalstage", oder ganz allgemein: „jährlich" (was selbstverständlich dem Pfandbriefgläubiger keinerlei Anhaltspunkt gibt, auch für die Tilgungszeit nicht ausreichend ist, wenn die Minimal-Tilgungsquote nicht genannt wird).

Einige Pfandbrieftexte geben den Mindestbetrag der jährlichen Tilgung an, z. B. „1 % des ausgegebenen Betrags jährlich", „mindestens ½ % jährlich", „jährlich sind mindestens 2 % des Emissionsbetrags zu tilgen" oder sie geben denselben indirekt an, z. B. „die Gesellschaft ist verpflichtet, jährlich vor dem Schluß des Geschäftsjahrs im Wege der Verlosung eine Summe von Pfandbriefen zu amortisieren, so daß jede Serie derselben spätestens innerhalb 60 Jahren nach der Emission getilgt ist". (Ganz singulär ist die Bestimmung eines Pfandbrieftextes „die Tilgung erfolgt unter Zugrundelegung des Annuitätenprinzips". Außerordentliche Kündigungen sind aber auch in diesem Text vorbehalten.)

Alle Pfandbrieftexte enthalten eine Bestimmung darüber, welche Mindestzeit zwischen Kündigung und Rückzahlung liegen muß, aber über diese Mindestzeit besteht keine Übereinstimmung; die Frist schwankt zwischen zwei und sechs Monaten (nach der ersten Bekanntmachung).

In manchen Pfandbriefterten ist gesagt, daß nach der ersten Bekanntmachung noch zwei weitere Bekanntmachungen erfolgen müssen. Die Rückzahlungsfrist aber läuft von der ersten Bekanntmachung an. (Singulär ist die statutarische Bestimmung, daß die gezogenen Nummern im Geschäftslokal der Gesellschaft auch öffentlich angeschlagen werden müssen, Straßburger Boden- und Kommunalkreditbank, Statuten Art. 74, Absatz 3).

Die Formalitäten, unter denen eine Verlosung stattfinden soll, sind, soweit sich hierüber in den für die Pfandbriefgläubiger allein maßgebenden Pfandbriefterten Bestimmungen finden, durchaus verschiedenartig festgesetzt: „In Gegenwart eines Notars", „durch (oder anderwärts ‚in Gegenwart') einen Richter oder Notar", „durch den Aufsichtsrat" (?), „die Auslosung erfolgt (NB. durch wen?) in Gegenwart des Treuhänders", „in Gegenwart des Staatskommissärs", „in Gegenwart eines Mitglieds des Aufsichtsrats, eines Vorstandsmitglieds und des Treuhänders". Wenn derartige Bestimmungen im Text sich befinden, ist es auch in der Veröffentlichung zu sagen, daß die im Text genannten Persönlichkeiten bei der Verlosung anwesend waren.

Für die Vernichtung der zurückgezahlten Pfandbriefe finden sich im Text der Pfandbriefe vielfach keinerlei Bestimmungen. In der Tat handelt es sich hierbei auch nicht um ein Rechtsverhältnis zwischen der Bank und den Pfandbriefgläubigern. Die Vernichtung eingelöster Pfandbriefe gehört zum ordnungsmäßigen Geschäftsbetrieb der Bank, zu den Handlungen, die, wie so viele andere, einer scharfen Kontrolle unterstehen müssen. Will man diese Kontrollmaßregeln nicht durch Instruktionen geben, so gehören sie in die Satzungen, wo sie denn auch des öfteren sich finden.

Nicht ersichtlich ist, warum bei einzelnen Instituten die Formalitäten der Vernichtung mit größeren Kautelen umgeben sind als die Formalitäten der Auslosung (Kündigung). Zurückgezahlte Pfandbriefe werden bei einem Institut gemäß den Satzungen als ungültig abgestempelt „in Gegenwart des Präsidenten oder eines Direktors, des Staatskommissärs, eines Mitglieds des Verwaltungsrats und eines Revisors", oder bei einem anderen Institut „in Gegenwart eines Vorstandsmitglieds, eines Mitglieds des Aufsichtsrats und des Treuhänders", unter Aufnahme eines Protokolls, oder „unter Kontrolle eines Mitglieds des Aufsichtsrats" 2c. Die Aufnahme eines Protokolls ist wohl durchgängig üblich, die Aufnahme eines notariellen Protokolles ist des öfteren gebräuchlich. Die Anwesenheit des Treuhänders ist mehrfach vorgesehen. Ein Institut sieht vor, daß die Tilgung durch den Treuhänder im Pfandbriefregister beurkundet wird. Zu vernichten sind selbstverständlich auch die auf dem Weg des freihändigen Rückkaufs zu diesem Zweck erworbenen Stücke. (Wenn der Treuhänder Pfandbriefe von seinem Konto absetzen soll, muß ihm die Vernichtung — Durchbohrung oder Abstempelung — nachgewiesen werden. Das kann geschehen durch Vernichtung in seiner Anwesenheit oder durch Protokoll eines Notars, in dem dieser die vor ihm bewirkte Vernichtung bescheinigt.)

Wenn die Einlösung gekündigter (verloster) Stücke kostenfrei bei allen Einlösungsstellen erfolgt, so ist eine darauf bezügliche Bemerkung im Pfandbrieftext nicht unzweckmäßig, doch findet sich eine Erklärung hierüber nur ausnahmsweise.

Für die Regel wird bemerkt, daß die Rückzahlung erfolgt gegen Rückgabe der gekündigten Pfandbriefe, der nicht fälligen Zinsscheine und des dazu gehörigen Erneuerungsscheins. Doch kann dies als selbstverständlich betrachtet werden. Hinzugefügt wird „der Betrag der fehlenden Zinsscheine wird an dem Kapital gekürzt".

An sich kann als selbstverständlich betrachtet werden, daß für Pfandbriefe, die zur Heimzahlung fällig sind, die Verzinsungspflicht aufhört. Vielfach wird dies im Pfandbrieftext ausdrücklich bemerkt. Andere haben im Pfandbrieftext die Erklärung „die Gesellschaft ist berechtigt, Depositalzinsen zu vergüten" oder „sie behält sich vor, solche zu vergüten". Manche fügen hinzu „sie behält sich vor, einen von ihr jeweils zu bestimmenden Depositalzins zu vergüten", eine der gemischten Banken erklärt „gekündigte Pfandbriefsummen, welche am Zahltag nicht zur Erhebung kommen, werden von der Bank als Depositen behandelt und genießen den Zins, den die Bank solchen Depositen gewährt, die jeden Augenblick ohne vorhergegangene Kündigung erhoben werden können". (Die Bestimmung ist in dieser Fassung wohl nur praktisch, wenn die Bank für solche jederzeit

fällige Depositen stets denselben Zins vergütet. Andernfalls wäre ein variabler Zins auszurechnen. Eine Bank sagt „zur Zahlung fällige Pfandbriefe, welche nicht eingereicht werden, treten nach Verfluß eines Vierteljahrs außer Verzinsung (?), werden als Depositen der Gesellschaft behandelt und, wenn angeblich zu Verlust gegangen, erst nach erfolgter Ungültigkeitserklärung seitens der Gerichte an denjenigen, der das betreffende Urteil für sich erwirkt hat, ausgezahlt".

Die meisten Hypothekenbanken mögen wohl einen Depositalzins vergüten, wenn dies auch nicht ausdrücklich im Text der Pfandbriefe gesagt ist.

Auch die Texte der Zinsscheine sind vielfach voneinander verschieden. Das hängt zunächst damit zusammen, daß wesentliche auf die Zinsscheine (und Erneuerungsscheine) bezügliche Bestimmungen in den Pfandbrieftexten sich finden und eine Wiederholung in den Zinsscheinen selbst vermieden werden sollte. Einige Banken mögen von der Erwägung ausgegangen sein, daß wesentliche Bestimmungen, die in den Satzungen sich finden, im Text der Zinsscheine wegfallen könnten. Dabei wird in den Satzungen wiederum auf die Bestimmungen verwiesen, die für Dividendenscheine und Talons gegeben sind, und deren analoge Anwendung herangezogen. Einige Banken sind offenbar der Ansicht, daß die Verlängerung von Verjährungsfristen (und von Vorlagefristen) ihrem Belieben anheimgestellt sei.

Die für Zinsscheine wesentlichen Bestimmungen sollten zum mindesten entweder im Pfandbrieftext oder auf den Zinsscheinen sich finden. Korrekter ist, daß sie aus den Zinsscheinen selbst ersichtlich sind[1]. Eine gleichzeitige Mitteilung im Pfandbrieftext bleibt unbenommen. Der Hinweis auf die Bestimmungen des B.G.B. ist zwar eher zulässig, als der Hinweis auf die Satzungen. Indessen ist eine tunlichst prägnante und etwas vollständigere Fassung des Textes der Zinsscheine jedenfalls sehr erwägenswert. Das Format vieler Zinsscheine bedürfte lediglich einer unwesentlichen Vergrößerung.

Sehr zweckmäßig wäre, wenn im Pfandbrieftext ein Hinweis auf B.G.B. § 798 und E.G. Art. 174 gegeben, bezw. deren Inhalt ganz kurz rekapituliert wird. Es handelt sich hier um den Fall, daß Schuldverschreibungen auf den Inhaber infolge einer Beschädigung oder einer Verunstaltung zum Umlauf nicht mehr geeignet sind. Die gegebene Vorschrift bezieht sich auch auf die vor dem 1. Januar 1900 ausgestellten Schuldverschreibungen.

Sehr zweckmäßig ist es, die für die Verjährung maßgebenden Bestimmungen in den Texten der Pfandbriefe bezw. der Zinsscheine kurz zu rekapitulieren. B.G.B. § 801, 802, E.G. Art. 174 Absatz 2, E.G. Art. 175.

Endlich bedürfen in irgend einer Weise die Bestimmungen einer Rekapitulierung, die sich auf abhanden gekommene oder vernichtete Wertpapiere beziehen: die Bestimmungen sind prägnant teils in dem Pfandbrieftext, teils auf den Zinsscheinen zu rekapitulieren und zwar gerade deshalb, weil sie ziemlich kompliziert sind. S. Frankfurter Hypothekenbank, Satzungen, Anhang II.

Während in den Texten der Pfandbriefe und Zinsscheine (und Erneuerungsscheine) vielfach wesentliche für das Rechtsverhältnis zwischen der Bank und den Pfandbriefgläubigern maßgebende Bestimmungen fehlen, sind andere für dieses Rechtsverhältnis nicht wesentliche Angaben in den Texten der Pfandbriefe aufgenommen. Der Aufnahme solcher Mitteilungen steht prinzipiell nichts entgegen.

4. Die hier dargelegten Gesichtspunkte sind bei der Prüfung des Textes der Kommunal-Obligationen und Kleinbahn-Obligationen durchaus konform verwertbar.

5. Bei der Beratung der Ausführungsgesetze zum B.G.B. mußte zu der Frage Stellung genommen werden, ob den Pfandbriefen (und Schuldverschreibungen) der in den einzelnen Staaten domizilierten Hypothekenbanken pupillarische Qualität gegeben

[1] Über die rechtliche Natur der Zinsscheine s. Jacobi, Wertpapiere, S. 280. Über die wichtige Frage: Bedürfen Zinsscheine auf Inhaber auf Grund des § 795 des B.G.B. der Staatsgenehmigung? S. neuerdings Korrespondenz der Ältesten der Berliner Kaufmannschaft Nr. 3, S. 47; Nr. 7, S. 198 (1902). Holdheims Monatsschr. für Handelsr. 1902, S. 303 ff. (Simon, die namenlosen Zinsscheine der Orderpapiere), Staub im Bankarchiv Jahrg. 2, Nr. 2, S. 17 f.

werden solle. Die Entscheidung der Frage hatte um so größere Bedeutung, als das B.G.B. die mündelmäßige Anlage von Kapitalien für zahlreiche Fälle neu vorschreibt. B.G.B. § 1079, 1288, 1377, 1642, 2119, 234.

In Preußen wurde die Zulassung der Pfandbriefe der preußischen Hypothekenaktienbanken zur Anlage von Mündelgeld nicht gestattet, dagegen wurde in Art. 74 Z. 4 des preußischen A.G. zum B.G.B. den Kommunal-Obligationen preußischer Hypothekenbanken die pupillarische Qualität zuerkannt, sofern sie ausgegeben sind auf Grund von Darlehen an preußische Körperschaften des öffentlichen Rechts oder von Darlehen, für welche eine solche Körperschaft die Gewährleistung übernommen hat. Das preußische Kriegsministerium hat gestattet, daß die Anlegung der Heirats-Kautionen der Offiziere in Hypotheken-Pfandbriefen erfolgen kann, sofern sie von der Reichsbank in Klasse 1 a beliehen werden. (An die Brochüre von Dr. Paul Voigt „Hypothekenbanken und Beleihungsgrenze, Beitrag zur Frage der Mündelsicherheit der Hypotheken-Pfandbriefe, Berlin 1899 (Georg Stilke)" schloß sich eine erhebliche Literatur, die teils für, teils gegen die Verleihung der pupillarischen Qualität an die Pfandbriefe preußischer Hypothekenbanken Partei nahm. Siehe auch Todtmann, der Hypothekenbankkrach, Preußische Jahrbücher 1901, S. 501).

Im Königreich Sachsen sind zur Anlage von Mündelgeld gemäß dem Gesetz, die Anlegung von Mündelgeld betreffend vom 22. Dezember 1899, zugelassen: die Pfandbriefe Serie I, II, III der Sächsischen Bodenkreditanstalt in Dresden, die Hypotheken- und Anlehensscheine Serie B, C, D, E, F VII, VIII der Leipziger Hypothekenbank. Den genannten Wertpapieren kann die Mündelsicherheit von dem Justizministerium entzogen werden. Die Mündelsicherheit wurde hiernach beschränkt auf solche Pfandbriefserien (und Anlehensscheine) von sächsischen Hypothekenbanken, die vor Erlaß des B.G.B. bereits ausgegeben oder in der Ausgabe begriffen waren.

In Bayern wurden auf Grund des Art. 32 des G. vom 9. Juni 1899, Übergangsvorschriften zum B.G.B. betreffend, zur Anlage von Mündelgeld für geeignet erklärt die Pfandbriefe und Kommunal-Obligationen aller bayerischen Hypothekenbanken, mit Ausschluß der erst seit kurzer Zeit bestehenden Bayerischen Bodenkreditanstalt in Würzburg (Bekanntmachung des Staatsministeriums der Justiz vom 9. September 1899)[1].

Pupillarische Qualität haben ferner die Papiere der Württembergischen Hypothekenbank (Art. 70 des württemberg. A.G. zum B.G.B., Vormundschaftswesen betreffend. Auf Grund dieses Art. wurde durch das Justizministerium nach Anhörung des Oberlandesgerichts die bezügliche Bekanntmachung erlassen).

Die Pfandbriefe und Kommunal-Obligationen der Rheinischen Hypothekenbank in Mannheim sind zur Anlage von Mündelgeld geeignet gemäß § 1 der V.O. des Justizministeriums vom 15. April 1899 § 78. Lit. b der Rechtspolizeiverordnung vom 23. November 1899 (S. Dorner, das badische A.G. zum B.G.B. S. 305, 306).

Im Großherzogtum Hessen hatten pupillarische Qualität die Pfandbriefe und Kommunal-Obligationen der Hessischen Landes-Hypothekenbank in Darmstadt, der Rheinischen Hypothekenbank, der Frankfurter Hypothekenbank und der Süddeutschen Bodenkreditbank, und diese ist bestätigt durch E.G. zum B.G.B. Art. 212[2].

Pupillarische Qualität haben die Pfandbriefe und Kommunal-Obligationen der Boden- und Kommunalkreditbank für Elsaß-Lothringen.

---

[1] In Bayern hatte früher keine Zentralstelle die Befugnis, ein Wertpapier bindend für den Vormund und die Gerichte als mündelsicher zu erklären. Indessen wurde tatsächlich die pupillarische Qualität herbeigeführt durch Ministerialentschließungen z. B. für die Südd. Bodenkreditbank, Erlaß vom 28. Juli 1884 an die Gerichte, für die Pfälzische Hypothekenbank, Erlaß an die rechtsrheinischen Gerichte vom 8. Februar 1888, wo auch die Kommunalobligationen Erwähnung fanden.

[2] Die Schuldverschreibungen der Hessischen Landeshypothekenbank haben die pupillarische Qualität noch nicht. Sie müßte vom Bundesrat erteilt werden, würde dann für das ganze Reich maßgebend sein. Durch Erlaß des Großh. Ministeriums des Innern vom 12. Februar 1903 sind die Hypothekenpfandbriefe und Kommunalschuldverschreibungen der Bank zur Anlage der unter öffentlicher Aufsicht stehenden Fonds als geeignet erklärt werden. Durch Bekanntmachung Großh. Staatsministeriums vom 7. Febr. 1903 ist genehmigt worden, daß Mündelgelder nach § 1808 B.G.B. bei der Bank angelegt werden.

Für die Anlage von Mündelgeld zugelassen sind ferner die Pfandbriefe, Kommunal-Obligationen und Grundrentenbriefe der Mitteldeutschen Bodenkreditanstalt in Greiz durch § 137 des Landesgesetzes vom 26. Oktober 1899, die Ausführung des B.G.B. betreffend, die Pfandbriefe der Deutschen Hypothekenbank in Meiningen gemäß §§ 3 und 5 des Ausführungsgesetzes zum B.G.B. vom 9. August 1899.

Im großen und ganzen haben die Erwägungen der gesetzgebenden Körperschaften in den einzelnen deutschen Bundesstaaten bei Gelegenheit des Erlasses der Ausführungsgesetze zum B.G.B. zu dem Resultat geführt, daß die Hypothekenbanken, deren Pfandbriefe und Schuldverschreibungen schon vor dem Erlaß des B.G.B. pupillarische Qualität in diesen Staaten hatten, sie auch behalten haben. In Bayern ist eine Erweiterung, im Königreich Sachsen eine Beschränkung eingetreten.

In einzelnen Bundesstaaten knüpfen sich hieran weitere Begünstigungen (die Anlegung von Mündelgeld im Fall des § 1808 des B.G.B., die Befugnis der Vormundschaftsgerichte, die Hinterlegung von zu dem Mündelvermögen gehörigen Inhaberpapieren bei diesen Banken). Ältere Begünstigungen sind in Kraft geblieben (die Anlegung von Kirchen-, Pfarrbesoldungs- und Stiftungskapitalien in Pfandbriefen oder in Pfandbriefen und Kommunal-Obligationen, Postportofreiheit für die von Gemeinden, Stiftungen erfolgende Versendung von Pfandbriefen zum Zweck der Vinkulierung ꝛc.).

In den allgemeinen Bestimmungen über den Geschäftsverkehr mit der Reichsbank (zuletzt ausgegeben am 1. Februar 1900) sind die Hypothekenbanken genannt, deren Papiere von der Reichsbank in Klasse I lombardiert werden. Die Reichsbank lombardiert grundsätzlich nicht neu ausgegebene Wertpapiere in den Händen der Ausgabestelle oder ihrer mutmaßlichen Agenten. Dieser Grundsatz findet auch auf Pfandbriefe Anwendung.

Nach dem Gewerbe-Unfall-Versicherungsgesetz § 108 dürfen die Bestände der Berufsgenossenschaften in Wertpapieren angelegt werden, die nach landesgesetzlichen Vorschriften zur Anlegung von Mündelgeld zugelassen sind, sowie in solchen auf den Inhaber lautenden Pfandbriefen deutscher Hypothekenbanken, welche die Reichsbank in Klasse I beleiht. Dem konform ist die Bestimmung im Unfallversicherungsgesetz für Land- und Forstwirtschaft § 116 II, im See-Unfall-Versicherungsgesetz § 114 II. Ebenso kann die Anlegung der den Prämienreservefonds bildenden Bestände der privaten Versicherungsunternehmungen erfolgen, jedoch nur bis höchstens zum 10. Teil des Prämienreservefonds. (G. über die privaten Versicherungsunternehmungen § 59 Z. 1). S. auch die enger gefaßten Bestimmungen in § 40 des Krankenversicherungsgesetzes vom 15. Juni 1883, 10. April 1892 und in dem Gesetz betreffend die Invaliditäts- und Altersversicherung vom 22. Juli 1889.

6. Die Bestimmungen über die Zulassung der Pfandbriefe und Schuldverschreibungen der Hypothekenbanken zur Börsennotiz stützen sich auf das Börsengesetz vom 22. Juni 1896, § 36 fgde. und auf die Bekanntmachung, betreffend die Zulassung von Wertpapieren zum Börsenhandel vom 11. Dezember 1896 (Bestimmungen, erlassen vom Bundesrat auf Grund des § 42 des Börsengesetzes, insbesondere auf § 6 dieser Bekanntmachung). S. auch die Börsenordnung für Berlin, erlassen durch den Minister für Handel und Gewerbe am 23. Dezember 1896, § 7 und die Börsenordnung für die Börse in Frankfurt a. M. vom 24. Dezember 1896 § 17 fgde., sowie die Börsenordnungen der anderen deutschen Börsen. Saling, Börsenpapiere, 8. Auflage, 1. Teil, Leipzig 1899, Hatschek, Frankfurter Börsenhandbuch, 5. Auflage (1897).

Die Befreiung vom Prospektzwang ist auf Grund des § 38 Absatz 3 des Börsengesetzes zeitweilig allen Hypothekenbanken zugestanden worden, wird aber derzeit für die preußischen Börsen nicht mehr gewährt.

§ 9. Die Grundsätze der Bilanzierung.

Die periodische Rechnungsablage einer Aktiengesellschaft vollzieht sich in einer zweifachen Weise, ziffermäßig durch die Aufstellung und Veröffentlichung einer Bilanz mit Gewinn- und Verlustkonto und in Erläuterung und Ergänzung dieser ziffermäßigen

Darstellung des Resultats der Geschäftsoperationen durch Ausgabe eines Geschäftsberichts. Dieser Verpflichtung haben von jeher auch die Hypothekenbanken in der Eigenschaft als Aktiengesellschaften unterstanden. In den alten preußischen Normativbestimmungen waren in dieser Hinsicht besondere Normen nicht gegeben.

Die Bilanzmethoden der Hypothekenbanken haben sich erst allmählich entwickelt und vervollkommnet. Auch die neuen preußischen Normativbestimmungen waren unzulänglich. Die Bestimmungen des H.B.G. in den §§ 24—28 haben sich im wesentlichen als ausreichend erwiesen. Sie bilden eine Ergänzung der Vorschriften, die in dem H.G.B. für Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien gegeben sind. Die §§ 24, 27 schreiben das Minimum des Inhalts einer Bilanz und des Gewinn- und Verlustkontos vor, und sie bewegen sich in der Anwendung auf die Hypothekenbanken in der Richtung, auf die schon im Jahre 1874 für alle Banken hingewiesen wurde (Dr. Hecht, das Börsen- und Aktienwesen der Gegenwart und die Reform des Aktiengesellschaftsrechts, 1874. S. 121. Vergriffen).

Der berechtigte Hauptzweck dieser Vorschriften in Verbindung mit denjenigen, die für den Inhalt der Geschäftsberichte in § 28 gegeben wurden, ist die Erzielung einer größeren Detaillierung und damit einer größeren Durchsichtigkeit der Bilanzen und der Gewinn- und Verlustkonti. Es soll die Solidität der Bilanzierung erhöht, der Einblick in die Liquidität der Institute erleichtert und namentlich die Art der Deckung der Pfandbriefe mehr wie bisher ersichtlich, auch einige Anhaltspunkte von allgemeinem Interesse sollen gewonnen werden, so namentlich, ob und in welchem Umfang die Bank ihre Darlehen in höheren Beträgen gibt, ob und inwieweit sie sich dem ländlichen Darlehenswesen widmet, und ob die Hypotheken amortisabel sind. Während im Anfang der siebziger Jahre noch nicht einmal die Veröffentlichung des Gewinn- und Verlustkontos obligatorisch war, ist jetzt sogar ein gewisser Minimalinhalt der Geschäftsberichte vorgeschrieben. Dies war um so zeitgemäßer, als die Geschäftsberichte der deutschen Banken beinahe ausnahmslos unter einer nicht wünschenswerten Kürze leiden und in dieser Hinsicht hinter vielen ausländischen Geschäftsberichten zurückstehen. (Beachtenswert sind die Vorschriften in den Statuten der Hessischen Landeshypothekenbank § 34).

Zu beachten ist, daß der § 28, der von dem Geschäftsbericht handelt, Vorschriften enthält, einmal darüber, was in dem Geschäftsbericht oder in der Bilanz ersichtlich zu machen ist, und ferner darüber, was in dem Geschäftsbericht oder in der Gewinn- und Verlustrechnung ersichtlich gemacht werden soll. Zu einzelnen Bilanzfragen — s. auch Rehm, Die Bilanzen der Aktiengesellschaften §§ 52, 108, 109. — sei das Nachfolgende bemerkt:

1. Zu den im Gesetz nicht geregelten und in der Praxis noch bestrittenen Bilanzierungsfragen gehört diejenige, ob der sogenannte „Disagio-Gewinn", den die Banken durch Rückkauf eigener Pfandbriefe erzielen, nach soliden Grundsätzen der Bilanzierung ausgeschüttet werden darf, oder wie derselbe sonst zu behandeln ist? Dieser sogenannte Disagiogewinn wird zweckmäßig zur Deckung eines etwa vorhandenen Disagios verwendet, sofern solches nicht vorhanden ist, aber in Rücklage gestellt. Für die Regel ist der sog. Disagiogewinn das Ergebnis einer Tauschoperation niedrig verzinslicher Pfandbriefe gegen höher verzinsliche Pfandbriefe. Effektiver Gewinn ist er, wenn in gleichem Umfang Hypotheken im Zinsfuß erhöht worden sind. Andernfalls ist er zur Aufbesserung des verminderten Zinsüberschusses (Hypothekenzinsen minus Pfandbriefzinsen) nötig.

2. Man hat diese Frage mißverständlich in einen zu engen Zusammenhang mit der anderen Frage gebracht, ob die Verbuchung der zurückgekauften eigenen Pfandbriefe auf Effektenkonto oder die Abschreibung dieser Pfandbriefe auf Pfandbriefkonto den Vorzug verdiene? (S. Erlaß des preußischen Landwirtschaftsministers vom 13. September 1900. S. auch Deutscher Ökonomist 1900 S. 266, 267, 268, 305, 365 und 1901 S. 22, 39, insbesondere auch Frankfurter Zeitung, Handelsblatt vom 18. Januar 1901: Bendixen, Disagiogewinn und eigene Obligationen in den Bilanzen der Hypothekenbanken). Vorweg ist zu bemerken, daß die Buchungsmethode, die in dem preußischen Erlaß empfohlen wird, in der Praxis nicht durchführbar ist. Stellt man die zurück-

gekauften Pfandbriefe in die Aktiva ein, so bleibt die betreffende Summe unter den Passiven als Umlauf bestehen. Alsdann wird bald diese Umlaufssumme bei größeren Rückkäufen die Summe der Deckungshypotheken erreichen, und damit ist jede Aktionsfähigkeit ausgeschlossen. Die Differenz zwischen Deckungshypotheken und Pfandbriefumlauf ist die äußerste Grenze für die empfohlene Buchungsmethode. Die Erörterung verbindet sich im übrigen mit der Interpretation des § 24 Z. 4 des H.B.G.

Richtig interpretiert sagt der § 24 Z. 4, daß eine gesonderte Angabe des Betrags an eigenen Pfandbriefen und Schuldverschreibungen stattfinden soll, wenn solche Papiere in dem Gesamtbetrag der Wertpapiere enthalten sind.

Nach den richtigen Grundsätzen kaufmännischer Bilanzierung sollte man Nullwerte in die Bilanz nicht einstellen. Es fragt sich: welche Teile der eigenen Pfandbriefe und Schuldverschreibungen sind Nullwerte und welche nicht? Nullwerte sind:

a) solche eigenen Pfandbriefe und Schuldverschreibungen, die zwar seitens des Treuhänders bereits mit der Bescheinigung über das Vorhandensein der vorschriftsmäßigen Deckung und über die Eintragung in das Hypothekenregister versehen, aber noch nicht begeben, d. h. noch nicht in den Verkehr gelangt sind;

b) solche Pfandbriefe, die zwar von der Bank direkt oder indirekt durch ihre Vertriebsstellen in den Verkehr gebracht, aber wieder zurückgekauft worden sind.

Für die Regel muß also von dem Standpunkt der richtigen kaufmännischen Bilanzierung daran festgehalten werden: zurückgekaufte Pfandbriefe sind Nullwerte. „Man kann nicht in der Durchlochungsmaschine den wertschaffenden Faktor erblicken wollen" (Bendixen, l. c.).

Man kann ferner nicht zulassen, zum mindesten nicht obrigkeitlich veranlassen, daß eine Hypothekenbank, je nachdem sie die eine oder andere Buchungsmethode anwendet, Beträge, die zu sehr bedeutender Höhe anwachsen können, zur stillen Reserve heraus bildet. Es wird diese Veranlassung durch den Erlaß des preußischen Landwirtschaftsministers gegeben.

In Kommissionslager befindliche Pfandbriefe und Schuldverschreibungen stehen vollständig denjenigen gleich, die im Portefeuille des Vorstandes sich noch befinden. Anders verhält es sich mit eigenen Pfandbriefen und Schuldverschreibungen, die von der Bank lombardiert worden sind. Sie stehen den im Umlauf befindlichen Pfandbriefen gleich.

Stellt man Nullwerte in die Bilanz ein, obwohl dies besser nicht geschieht, so können sie nicht zum Rückkaufskurs eingestellt werden. Bei einem Nullwert kann von einem Rückkaufskurs keine Rede sein. Es ist also jeweils zu untersuchen, ob ein Nullwert vorliegt oder nicht. Diese Grundsätze gelten gleichmäßig auch in Rücksicht auf die halbjährlichen Veröffentlichungen gemäß § 23 des H.B.G.

3. Den Gegensatz zu den „eigenen" Pfandbriefen (und Schuldverschreibungen) bilden die „ausgegebenen". Die Frage: welche Pfandbriefe und Schuldverschreibungen sind „ausgegebene", ist von erheblicher Bedeutung, da das Gesetz mehrfach mit diesem Begriff operiert. cf. §§ 25, 26, 30, 42, insbesondere auch die Strafbestimmungen der §§ 37, 38. „Eine Ausgabe liegt vor, wenn der Aussteller das Papier einem Dritten mit dem Versprechen weggibt, daß er die Leistung nach dem Papier ausführen wolle": Jacobi, die Wertpapiere, S. 260, 261. Die Strafbestimmung des § 37 ist dann nicht anwendbar, wenn es sich um „eigene" Pfandbriefe handelt. „Ausgegeben kann nur ein Pfandbrief werden, der sich nicht oder nicht mehr in Umlauf befindet." Deutscher Ökonomist 1900 S. 364. Der Treuhänder, der etwa wissentlich die Deckungsbescheinigung zu Unrecht erteilt, kann das Delikt des § 37 nicht als Täter, sondern nur als Gehülfe begehen, weil er nicht „ausgibt". S. auch Deutscher Ökonomist 1900 S. 170. Frage: ist der Wiederverkauf zurückgekaufter Pfandbriefe „ausgeben" im Sinne des Gesetzes? Da der Ankauf eines Pfandbriefes als solcher kein Einziehungsakt ist, so ist der Wiederverkauf keine neue Ausgabe, sondern es liegt nur der Verkauf eines Wertpapieres vor, das als solches erworben und wieder veräußert wird.

4. Die prinzipielle Stellungnahme zur Frage des Disagios und Agios ist anderweitig von mir begründet. S. Dr. Hecht, in Holdheims Monatsschrift für Handels-

recht und Bankwesen, 1898, S. 251 ff. S. auch Simon, die Bilanzen der Aktiengesellschaften, 3. Aufl., S. 430, 436, Leser, Die Hypothekenbanken und ihre Jahresabschlüsse, Heidelberg 1879. Die Ausführungen der beiden verdienstvollen Autoren sind meines Erachtens nicht zutreffend. Die reichsgesetzliche Regelung in den §§ 25, 26 enthält eine Reihe von Kompromissen, die aber zu Meinungsverschiedenheiten keinen Anlaß gegeben haben. Die vermittelnde Stellungnahme des Reichsgesetzes ist wesentlich mitveranlaßt durch die nicht abzuweisende Rücksicht auf die von Zeit zu Zeit bei Hypothekenbanken nötigen Konvertierungen im großen Stil. S. übrigens neuerdings die Ausführungen von Rehm, in dem bedeutenden Werk: Die Bilanzen der A.G. 1903.

5. Es ist insbesondere zu beachten, daß Beträge, die außer den Zinsen von den Schuldnern zu leisten sind, in dem Gewinn- und Verlustkonto gesondert eingestellt werden sollen. Man soll erkennen, welche Beträge die Bank als Zinsen und welche Beträge sie sonst noch einnimmt.

Viele Hypothekenbanken kennen überhaupt keinerlei Nebenleistungen neben den Zinsen. Aber sie sind an und für sich zulässig. Besonders wichtig ist die Buchung gestundeter Nebenleistungen. Sie könnten den Schuldnern gestundet und belastet werden. Es hat beispielsweise ein Schuldner 1000 Mark Provision zu zahlen, aber verteilt auf mehrere Jahre. Er könnte dann sofort mit den 1000 Mark belastet werden. Im ersten Jahre zahlt er 200 Mark. Die restlichen 800 Mark würden als Forderung unter den Aktiven der Bilanz besonders einzustellen sein. Ein entsprechender Betrag aber ist sodann unter Provisionsreserve unter den Passiven der Bilanz als Gegenposten zu buchen. Wenn dies geschehen ist, ist die Verteilung der 800 Mark ausgeschlossen. In Rücksicht auf H.B.G. § 25 Absatz 4 ist aber wohl die Einstellung solcher Posten in die Aktiva der Bilanz überhaupt unzulässig.

6. Wenn ein Darlehen in Raten ausgezahlt wird, z. B. deshalb, weil ein Teil des Darlehens zur Auszahlung noch nicht fällig ist, so wird in der Regel hierfür bei Auszahlung der ersten Rate die Provision des ganzen Darlehens in Abzug gebracht. Soweit aber das Darlehen noch nicht ausbezahlt werden konnte, ist auch die Provision noch nicht in dem Sinn verdient, daß sie zur Verteilung kommen dürfte. Der noch nicht verdiente Teil der Provision hat dann unter den Passiven, unter Provisionsreserve, zu erscheinen, und dieser Betrag kommt für das Gewinn- und Verlustkonto des abgelaufenen Geschäftsjahrs nicht in Betracht. Ebenso Rehm, Die Bilanzen der A.G. § 199 V mit §§ 89 und 105. Die Begriffe „verdient" und „vereinnahmt" sind scharf auseinander zu halten. S. auch H.B.G. § 27. Nicht zutreffend die Ausführungen von Simon, Bilanzen, 3. Auflage, § 113, Seite 426. Auf die wirtschaftliche Natur der „Provision" kann hier des näheren nicht eingegangen werden.

7. Auch die Art, wie die Buchung stattzufinden hat, wenn die Amortisation hinausgerückt ist, ergibt sich aus allgemeinen Grundsätzen durchaus leicht. Der Schuldner hat beispielsweise ein Annuitätendarlehen, dessen Gesamtzahlung 5 % p. a. beträgt, darunter befinden sich 4 % Zinsen und 1 % Tilgung. Die Tilgung beginnt nach drei Jahren. Er hat dann tatsächlich ein Darlehen, das in den ersten drei Jahren zu 5 % verzinslich ist. Unter den Aktiven sind dann die dem abgelaufenen Geschäftsjahr zu gut kommenden Zinsen zu verbuchen. Die eingenommenen, sowie die dem abgelaufenen Geschäftsjahr zukommenden Zinsen kommen in Kredit auf Gewinn- und Verlustkonto zum Ausdruck. Unter den Aktiven der Bilanz handelt es sich nur um Forderungen, die am Schluß des Geschäftsjahres fällig sind. Die eingenommenen Zinsen werden vierteljährlich oder halbjährlich, je nach der Fälligkeit, auf Zinsenkonto verbucht. Auch die am 31. Dezember fälligen Zinsen (wenn das Geschäftsjahr mit dem Kalenderjahr zusammenfällt) werden auf 31. Dezember verbucht, und soweit sie noch nicht bezahlt sind, sind es Forderungen, die also in der Bilanz unter den Aktiven erscheinen. Die beiden folgenden Jahre gehören überhaupt nicht in die Bilanz des betreffenden Jahres. Sie kommen erst später zur Buchung, wenn sie fällig sind. Wollte man sie sofort buchen, so müßte man den entsprechenden noch nicht verdienten und nicht fälligen Betrag unter die Passiva aufnehmen.

S. übrigens auch Juristische Wochenschrift 1901 Seite 661, 28: Behandlung der Amortisationsbeiträge bei Aufstellung der Bilanzen.

Finden die Bilanzvorschriften der §§ 24, 27, 28 auch auf Kommunal-Obligationen, Kleinbahn-Obligationen und Rentenbriefe sinngemäße Anwendung? In den §§ 41, 42 52 des H.B.G. sind die erstgenannten Paragraphen nicht zitiert. Aber die eigenen „Schuldverschreibungen" sind neben den eigenen Pfandbriefen in § 24 Z. 4 genannt und eine Einzelbestimmung, die in dem Geschäftsbericht oder in der Bilanz zu beachten ist, findet sich in dem auf Kleinbahn-Obligationen bezüglichen § 42. Immerhin dürfte es im Sinn des Gesetzes sein (a. M. Rehm, § 189), daß der Gesamtbetrag rückständiger Kommunaldarlehenszinsen in der Jahresbilanz aufgeführt wird und daß der Gesamtbetrag der im Umlauf befindlichen Kommunal-Obligationen nach ihrem Nennwert, bei verschieden verzinslichen Kommunal-Obligationen der Gesamtbetrag jeder dieser Gattungen angegeben wird. Dasselbe gilt für Kleinbahn-Obligationen und Rentenbriefe. Dem Sinn des § 27 dürfte es entsprechen, daß auf Gewinn- und Verlustkonto nicht etwa eine Saldozahl genannt, sondern die Debet- und Kreditseite ordnungsmäßig getrennt wird, und gemäß dem § 28 ist auf eine entsprechende Ausführlichkeit des Geschäftsberichts bei Banken, die den betreffenden Geschäftszweigen sich widmen, zu sehen.

§ 10. Notleidende Hypothekenbanken. Liquidation, Fusion, Konkurs, Akkord, Sanierung[1].

Das Hypothekenbankgesetz berücksichtigt den Fall der Liquidation einer Hypothekenbank und es hat in dieser Hinsicht bestimmt, daß die Staatsaufsicht bis zur Beendigung der Liquidation fortdauert, § 3. Auch die gesetzlichen Funktionen des Treuhänders bleiben während der Liquidation in Kraft. Eine hierauf bezügliche ausdrückliche Gesetzesbestimmung fehlt allerdings. Bei der jüngsten Katastrophe von Hypothekenbanken hat sich praktisch ergeben, daß infolge dieser für den Treuhänder maßgebenden Bestimmungen die Liquidation einer Hypothekenbank, wenn sie durch eine Katastrophe bedingt ist, unmöglich sei. Zunächst ist es fraglich, ob die Bank bei einer Liquidation Pfandbriefe aus dem Verkehr ziehen oder ob sie nur Ratenzahlungen auf die Pfandbriefe leisten darf. Der Rückkauf von Pfandbriefen kann sich als die Bevorzugung eines Gläubigers qualifizieren. Die Bank kann die als Unterlage dienenden Hypotheken nicht oder nur gegen bare Valuta aus dem Treuhänderverschluß erhalten. Ist ein Teil der Unterlagshypotheken stark minderwertig, so muß die Bank auf Verlangen einen baren Einschuß an den Treuhänder leisten, um solche Hypotheken frei zu bekommen oder Pfandbriefe zum gleichen Nominalbetrag aus dem Verkehr ziehen. Besitzt die Bank aber hierzu keine Mittel, so führt die Liquidation, nachdem die vollwertigen Objekte veräußert sind, zum Stillstand und damit zum Konkurs. Dasselbe tritt ein, wenn die Bank Grundstücke erwirbt, auf denen eine Hypothek für sie lastet. Da nach § 6 des H.B.G. in einem solchen Falle nur die Hälfte der früheren Hypothek als Deckung angesehen wird, so muß auch hier der Treuhänder Nachschuß verlangen, und es treten die gleichen Konsequenzen ein.

„Eine Liquidation auf Grund der gesetzlichen Vorschriften führt mit Notwendigkeit nach Veräußerung der guten Hypotheken zum Marasmus bezw. zum Konkurs, der sich von einem alsbald ausbrechenden Konkurs nur dadurch unterscheidet, daß die Masse dann ausschließlich aus minderwertigen Dokumenten oder schwer realisierbaren Grundstücken besteht. Auch während der Dauer der Liquidation steht die Bank, wenn die Zinsen der Pfandbriefe nicht bezahlt werden und eine Unterbilanz vorhanden ist, beständig in der Gefahr des Konkurses." (Reorganisationsplan, betreffend die Pommersche Hypotheken-Aktienbank, aufgestellt von der Bank für Handel und Industrie, S. 1, 2, Bericht der Revisionskommission der Pommerschen H.A.B., S. 8.)

[1] S. auch Kritzler, Schriften des Vereins f. Socialpol., Bd. 111, S. 1—112. Der obige § 10 lag bei Abfassung der Abhandlungen im Bd. 111 in Korrektur bereits vor.

Fraglich ist, ob der Treuhänder solche Hypotheken herausgeben darf, bezüglich deren ihm der Nachweis erbracht wird, daß für sie keine Valuta gezahlt ist. Solche Hypotheken gehören dem Besteller derselben als Eigentümerhypothek. B.G.B. § 1163. Der Hypothekenbrief ist Zubehör der Hypothek. Der Eigentümer kann sie von der Bank und dem Treuhänder vindizieren. Ist eine freihändige Verwertung notleidender Hypotheken zu einem Minderpreis statthaft? Darf der Treuhänder nach eingetretener Liquidation behufs Ausführung solcher Geschäfte den Hypothekenbrief gegen Empfang des Minderpreises in Geld- oder Wertpapieren aushändigen, wenn die Vertretung der Gläubiger die freihändige Veräußerung der Hypotheken genehmigt hat? Auch diese Frage ist zu bejahen. Ist der Rechtsweg gegen den Treuhänder zulässig, wenn er die Herausgabe verweigert? Ist der Anspruch öffentlich-rechtlich oder privat-rechtlich? Das Gesetz hat nur die Möglichkeit von Streitigkeiten zwischen der Bank und dem Treuhänder berücksichtigt und für diesen Fall den Rechtsweg ausgeschlossen. H.B.G. § 33. Es ist naheliegend, anzunehmen, daß dies auch Platz greife, wenn Streitigkeiten zwischen dem Treuhänder und Dritten entstehen.

Welche juristische Natur hat die Verpflichtung des Treuhänders, daß er Deckungsobjekte nur unter gewissen Modalitäten herausgeben darf? bezw. welche juristische Natur hat das Recht des Treuhänders, die Herausgabe von Deckungsobjekten zu verweigern? H.B.G. § 31.

Es ist ein eigenartiges Zurückbehaltungsrecht. Wenn der Treuhänder Dokumente zum vorübergehenden Gebrauch herausgegeben hat, und sie kommen nicht zurück, besteht dann ein Vindikationsrecht? Offenbar nicht, wenn der Erwerber die Dokumente gutgläubigerweise erworben hat und die Zession gesetzmäßig vollzogen wurde. Dieses eigenartige Zurückbehaltungsrecht hört mit dem Konkurs auf. An seine Stelle tritt das Vorzugsrecht im Konkurs. Alle die obigen Fragen sind bei der jüngsten Hypothekenbank-Katastrophe praktisch geworden, aber gelangten allerdings nicht zur richterlichen Entscheidung. Über die vier Gattungen von Vertretern, mit welchen das Schuldverschreibungsgesetz zu rechnen hat, des Gläubigervertreters, des Pfandhalters, des Vertragsvertreters und des Treuhänders, s. Koenige, Kommentar zum Schuldverschreibungsgesetz, § 16.

Als es sich um die Aufstellung eines Reorganisationsplans für die Pommersche Hypotheken-Aktienbank handelte, wurde auch die Frage in Erwägung gezogen, ob der bei der Bank bestehende Schaden etwa durch eine Stundung der Zinsen ausgebessert und hierdurch die Konkursgefahr vermieden werden könne. Es wurde damals mit Recht hervorgehoben, eine Stundung bedeute nichts weiter, als daß eine als bestehend anerkannte Schuld nicht bei ihrer Fälligkeit, sondern erst später bezahlt wird, und sonach sämtliche gestundete Beträge ein Passivum bilden. Die Folge hiervon sei, daß selbst, wenn im Anfang ein geringes Aktivum vorhanden wäre, doch durch diese auf der Passivseite ständig anwachsenden gestundeten Beträge unfehlbar in kurzer Zeit die Überschuldung wieder herbeigeführt werden würde. Eine Stundung erfülle also ebenfalls nicht ihren Zweck, und es müsse der Schaden durch den Verzicht der Pfandbriefbesitzer nach Maßgabe der gesetzlichen Möglichkeiten beigebracht werden. Dagegen kann eine solche Stundung von Zinsen vorübergehend bis zur Klärung der Sachlage bei der notleidenden Gesellschaft unumgänglich sein, wie sich dies bei der Preußischen Hypotheken-Aktienbank und der Deutschen Grundschuldbank, auch bei der Mecklenburg-Strelitzschen Hypothekenbank ergeben hat (Beschluß der Pfandbriefgläubiger der Pr.H.A.B. vom 31. Dezember 1900, Bericht an die Real-Obligationäre der Deutschen Grundschuldbank vom 17. April 1901, S. 3).

Auch der Weg einer Fusion ist erwogen und für nicht gangbar befunden, einmal, weil eine andere Hypothekenbank zu einer Fusion mit einer notleidenden Bank nicht geneigt ist, ferner auch um deswillen, weil vor der Fusion die Unterbilanz durch Verzicht der Pfandbriefbesitzer auf ihre gesamten Zinsen während einer Reihe von Jahren verschwinden müßte, während eine etwaige günstigere Verwertung der Aktiva lediglich der aufnehmenden Bank, nicht aber den Pfandbriefbesitzern der notleidenden zu gute kommen würde. S. Reorganisationsplan für die Pommersche Hypotheken-Aktienbank S. 1. Bericht der Revisionskommission der Pommerschen H.A.B., S. 8.

Sobald der Vorstand einer Hypothekenbank erkennt, daß die Bank notleidend ist, entsteht die Rechtsfrage, wie der § 240, Abs. 2 des H.G.B. sich zum § 11 des Schuldverschreibungsgesetzes verhalte. Nach § 240, Abs. 2 hat der Vorstand die Eröffnung des Konkurses zu beantragen, sobald die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft eintritt. S. auch die K.O. §§ 247, 241, betreffend die Bestrafung der Vorstandsmitglieder. Nach § 11 des Schuldverschreibungsgesetzes kann die Aufgabe oder Beschränkung von Rechten der Gläubiger, insbesondere die Ermäßigung des Zinsfußes oder die Bewilligung einer Stundung von der Gläubigerversammlung zur Abwendung einer Zahlungseinstellung oder des Konkurses des Schuldners beschlossen werden. Beruft der Vorstand eine Gläubigerversammlung, so entsteht ein Zwischenstadium, währenddessen man zuweilen nicht weiß, ob man eine strafbare Handlung begeht oder nicht. Da das H.G.B. vom 10. Mai 1897 datiert, das Schuldverschreibungsgesetz aber vom 4. Dezember 1899, so kann man deduzieren, daß das letztere als maßgebend zu betrachten sei. (Die Bestimmung des Schuldverschreibungsgesetzes kommt aber selbstverständlich nur in dem durch dieses Gesetz selbst gegebenen Rahmen zur Anwendung, also bei Gesellschaften, die mehr als 300 000 Mk. Schuldverschreibungen ausgegeben haben). Indessen ist die Datierung der Gesetze wohl deshalb nicht entscheidend, weil nach dem Willen des Gesetzgebers beide Gesetze als gleichzeitig in Kraft getreten betrachtet werden wollen. Aus dem Inhalt der Bestimmungen könnte man nun ableiten, daß § 240 als Regel, § 11 des H.B.G. als Ausnahme zu betrachten sei. Beide Paragraphen können aber wohl ruhig nebeneinander bestehen, auch ohne diese Interpretation: ist eine Überschuldung bereits eingetreten, dann kann man nach § 11 nicht mehr prozedieren und man ist von der Verpflichtung der Konkursanmeldung nicht befreit. Zum Zweck der Vermeidung der Zahlungseinstellung und zur Vermeidung einer Überschuldung darf man nach § 11 prozedieren. cf. Göppert, Schuldverschreibungsgesetz S. 74.

Für den Fall, daß über das Vermögen einer Hypothekenbank der Konkurs eröffnet wird, sind im H.B.G. und in dem Gesetz, betreffend die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen, ineinandergreifende Bestimmungen getroffen worden.

Die rechtliche Sicherstellung der Pfandbriefgläubiger ist im H.B.G. durch Konstituierung eines Vorrechts im Konkurs vorgesehen. In der Begründung zu § 35 des Entwurfs eines H.B.G. ist dargelegt, weshalb die Sicherung der Pfandbriefgläubiger durch die Konstituierung dieses Vorrechts im Konkurs ins Auge gefaßt und weshalb sie hierauf beschränkt worden ist. Ebendaselbst ist dargelegt, weshalb von der Sicherstellung mittelst Verpfändung der einzelnen Hypotheken durch die Pfandbriefanstalt abgesehen wurde, und worin die eine und die andere Form der Sicherstellung zu Gunsten der Pfandbriefgläubiger sich unterscheiden. S. übrigens die Entwürfe über das Faustpfandrecht für Pfandbriefe und ähnliche Schuldverschreibungen von 1879 und 1880 mit Motiven. S. auch Strombeck in den Reichstagsverhandlungen vom 13. Juni 1899, S. 2499, 2500 und ibid. Munckel, S. 2502. Auch Kommissionsbericht zu § 35, Rießer, zur Kritik der Gesetzentwürfe, betreffend das Hypothekenbankwesen und die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen (Enke), 1898, S. 36 fgde., insbesondere S. 44 fgde. Koenige, Kommentar zum Gesetz über die Schuldverschreibungen, § 19, Anm. 12.

Die Tatsache, daß das Gesetz kein Pfand- und Absonderungsrecht, sondern nur ein Vorzugsrecht im Konkurs gibt, hat einen Mißstand zur Folge, der erst bei der Katastrophe der Berliner Hypothekenbanken in die Erscheinung trat. Der Zinsenlauf hört im Konkurs auf. Die Forderung wird also im Konkurs für den Nominalbetrag zinslos. Es stehen also die Pfandbriefgläubiger mit Pfandbriefen à $3\frac{1}{2}$ % und mit solchen zu höherem Zinsfuß sich vollkommen gleich. Hierdurch sind die Pfandbriefgläubiger höher verzinslicher Pfandbriefe also benachteiligt gegenüber denjenigen mit niedriger verzinslichen Pfandbriefen.

Ist über das Vermögen der Hypothekenbank der Konkurs eröffnet, so gehen in Ansehung der Befriedigung aus den in das Hypothekenregister eingetragenen Forderungen und Wertpapieren die Forderungen der Pfandbriefgläubiger den Forderungen aller

anderen Konkursgläubiger vor. Das Gleiche gilt von Geld, das dem Treuhänder zur Deckung der Pfandbriefe in Verwahrung gegeben ist. Die Pfandbriefgläubiger haben untereinander gleichen Rang. In Betreff des Anspruchs der Pfandbriefgläubiger auf Befriedigung aus dem sonstigen Vermögen der Bank finden die für die Absonderungsberechtigten geltenden Vorschriften der §§ 64, 153, 155, 156, 168 Nr. 3 der Konkursordnung entsprechende Anwendung. § 35 Absatz 1, 2. Besondere Kautelen sind im Gesetz § 35 Absatz 3, 4 getroffen, um einer Benachteiligung der nicht bevorrechteten Konkursgläubiger vorzubeugen. Durch Eröffnung des Konkurses wird die Stellung des Treuhänders beseitigt, und alles Vermögen, an dessen Verwahrung der Treuhänder bisher beteiligt war, geht in die alleinige Verwahrung des Konkursverwalters über. Die Staatsaufsicht ist beendigt.

Die Befriedigung der Pfandbriefgläubiger erfolgt innerhalb des Konkursverfahrens durch den Konkursverwalter. Die Verwertung des gesamten zur Masse gehörigen Vermögens einschließlich der zur Deckung der Pfandbriefe bestimmten Hypotheken ist dem Konkursverwalter überlassen. Die Pfandbriefgläubiger sind in der Lage, an den allgemeinen Gläubigerversammlungen und an den Wahlen für den Gläubigerausschuß teilzunehmen. Soweit eine besondere Organisation der Pfandbriefgläubiger erforderlich ist, kommt das Gesetz über die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen in Betracht. Sie können ihre Rechte in dem Konkursverfahren durch den bisherigen oder einen neu bestellten Vertreter wahrnehmen lassen. Jene Bestimmungen gewähren insbesondere den Pfandbriefgläubigern die Möglichkeit, durch Mehrheitsbeschluß ein besonderes Abkommen mit dem Gemeinschuldner einzugehen. S. hierüber und andere Fragen Begr. zum Entwurf des H.B.G. § 35, auch die Kommentare zum Schuldverschreibungsgesetz.

Bei der jüngsten Hypothekenbank-Katastrophe ist nur in einem einzigen Fall, bei der Deutschen Grundschuldbank, der Konkurs eröffnet, aber auch in diesem Fall ist das Konkursverfahren nicht durchgeführt worden. Man hat eine neue Gesellschaft gebildet, um die Masse aufzunehmen. Die enormen Kosten einer konkursmäßigen Erledigung geben einen wesentlichen Bestimmungsgrund ab, von der konkursmäßigen Erledigung abzusehen, und irgend eine Form der Sanierung vorzuziehen. Diese enormen Kosten sind sachlich nicht gerechtfertigt, weil die Verfilberung der Masse einer Hypothekenbank doch keineswegs mit solchen Schwierigkeiten verbunden ist wie bei anderen Konkursmassen desselben Umfangs. Auch kamen des weiteren folgende Erwägungen in Betracht:

Da die Zinszahlung während des Konkurses aufhört, so ist die schnelle Erledigung des Verfahrens geboten. Mit dieser aber geht die Hoffnung besserer Verwertung durch ruhige Abwicklung, Meliorierung und parzellenweise Veräußerung des Grundbesitzes verloren. Grundstücksreflektanten erwägen genau die Situation des Konkursverwalters. Die in der Konkursverwaltung erreichbaren Preise bleiben regelmäßig hinter den normalen zurück. Der Konkursverwalter kann bei eintretenden Zwangsverkäufen mangels der dazu erforderlichen großen Mittel gar nicht oder nur in äußerst beschränktem Maße sich als Bieter beteiligen. Die Konkursverwaltung kann geschäftliche Transaktionen weitausschauender Art nicht vornehmen, während solche zur Erhaltung und sachgemäßen Verwertung einzelner Objekte erforderlich sein können. Da das Gesetz den Pfandbriefgläubigern nur ein Vorzugsrecht, nicht aber ein Pfandrecht an der Deckung gibt, so würde allerdings die Konkursverwaltung aus den Unterlagen sich die Mittel schaffen können, um eine bessere Zeit für die Verwertung abzuwarten und mit Meliorierung vorzugehen, aber ein solches Vorgehen würde die Genehmigung der Gläuberschaft schwerlich finden. (Bericht der Revisions-Kommission der Pommerschen H.A.B. vom 19. September 1901. Bericht der Vertreter und des Ausschusses an die Real-Obligationäre der Deutschen Grundschuldbank vom 17. April 1901).

Bei dem Konkurs einer Hypothekenbank ist auch der Abschluß eines Akkords im Sinne der K.O. nahezu unmöglich. Die bevorrechteten bezw. absonderungsberechtigten Gläubiger können nach den Vorschriften der K.O. einen Akkord überhaupt nicht abschließen. Verzichten sie aber auf das ihnen nach dem H.B.G. zustehende Vorrecht, so hat dies zur Folge, daß auch die übrigen Konkursforderungen in gleicher Weise wie die Pfandbrief-

Sobald der Vorstand einer Hypothekenbank erkennt, daß die Bank notleidend ist, entsteht die Rechtsfrage, wie der § 240, Abs. 2 des H.G.B. sich zum § 11 des Schuldverschreibungsgesetzes verhalte. Nach § 240, Abs. 2 hat der Vorstand die Eröffnung des Konkurses zu beantragen, sobald die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft eintritt. S. auch die K.O. §§ 247, 241, betreffend die Bestrafung der Vorstandsmitglieder. Nach § 11 des Schuldverschreibungsgesetzes kann die Aufgabe oder Beschränkung von Rechten der Gläubiger, insbesondere die Ermäßigung des Zinsfußes oder die Bewilligung einer Stundung von der Gläubigerversammlung zur Abwendung einer Zahlungseinstellung oder des Konkurses des Schuldners beschlossen werden. Beruft der Vorstand eine Gläubigerversammlung, so entsteht ein Zwischenstadium, währenddessen man zuweilen nicht weiß, ob man eine strafbare Handlung begeht oder nicht. Da das H.G.B. vom 10. Mai 1897 datiert, das Schuldverschreibungsgesetz aber vom 4. Dezember 1899, so kann man deduzieren, daß das letztere als maßgebend zu betrachten sei. (Die Bestimmung des Schuldverschreibungsgesetzes kommt aber selbstverständlich nur in dem durch dieses Gesetz selbst gegebenen Rahmen zur Anwendung, also bei Gesellschaften, die mehr als 300 000 M. Schuldverschreibungen ausgegeben haben). Indessen ist die Datierung der Gesetze wohl deshalb nicht entscheidend, weil nach dem Willen des Gesetzgebers beide Gesetze als gleichzeitig in Kraft getreten betrachtet werden wollen. Aus dem Inhalt der Bestimmungen könnte man nun ableiten, daß § 240 als Regel, § 11 des H.B.G. als Ausnahme zu betrachten sei. Beide Paragraphen können aber wohl ruhig nebeneinander bestehen, auch ohne diese Interpretation: ist eine Überschuldung bereits eingetreten, dann kann man nach § 11 nicht mehr prozedieren und man ist von der Verpflichtung der Konkursanmeldung nicht befreit. Zum Zweck der Vermeidung der Zahlungseinstellung und zur Vermeidung einer Überschuldung darf man nach § 11 prozedieren. cf. Göppert, Schuldverschreibungsgesetz S. 74.

Für den Fall, daß über das Vermögen einer Hypothekenbank der Konkurs eröffnet wird, sind im H.B.G. und in dem Gesetz, betreffend die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen, ineinandergreifende Bestimmungen getroffen worden.

Die rechtliche Sicherstellung der Pfandbriefgläubiger ist im H.B.G. durch Konstituierung eines Vorrechts im Konkurs vorgesehen. In der Begründung zu § 35 des Entwurfs eines H.B.G. ist dargelegt, weshalb die Sicherung der Pfandbriefgläubiger durch die Konstituierung dieses Vorrechts im Konkurs ins Auge gefaßt und weshalb sie hierauf beschränkt worden ist. Ebendaselbst ist dargelegt, weshalb von der Sicherstellung mittelst Verpfändung der einzelnen Hypotheken durch die Pfandbriefanstalt abgesehen wurde, und worin die eine und die andere Form der Sicherstellung zu Gunsten der Pfandbriefgläubiger sich unterscheiden. S. übrigens die Entwürfe über das Faustpfandrecht für Pfandbriefe und ähnliche Schuldverschreibungen von 1879 und 1880 mit Motiven. S. auch Strombeck in den Reichstagsverhandlungen vom 13. Juni 1899, S. 2499, 2500 und ibid. Munckel, S. 2502. Auch Kommissionsbericht zu § 35. Rießer, zur Kritik der Gesetzentwürfe, betreffend das Hypothekenbankwesen und die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen (Enke), 1898, S. 36 fgde., insbesondere S. 44 fgde. Koenige, Kommentar zum Gesetz über die Schuldverschreibungen, § 19, Anm. 12.

Die Tatsache, daß das Gesetz kein Pfand- und Absonderungsrecht, sondern nur ein Vorzugsrecht im Konkurs gibt, hat einen Mißstand zur Folge, der erst bei der Katastrophe der Berliner Hypothekenbanken in die Erscheinung trat. Der Zinsenlauf hört im Konkurs auf. Die Forderung wird also im Konkurs für den Nominalbetrag zinslos. Es stehen also die Pfandbriefgläubiger mit Pfandbriefen à $3\frac{1}{2}$ % und mit solchen zu höherem Zinsfuß sich vollkommen gleich. Hierdurch sind die Pfandbriefgläubiger höher verzinslicher Pfandbriefe also benachteiligt gegenüber denjenigen mit niedriger verzinslichen Pfandbriefen.

Ist über das Vermögen der Hypothekenbank der Konkurs eröffnet, so gehen in Ansehung der Befriedigung aus den in das Hypothekenregister eingetragenen Forderungen und Wertpapieren die Forderungen der Pfandbriefgläubiger den Forderungen aller

anderen Konkursgläubiger vor. Das Gleiche gilt von Geld, das dem Treuhänder zur Deckung der Pfandbriefe in Verwahrung gegeben ist. Die Pfandbriefgläubiger haben untereinander gleichen Rang. In Betreff des Anspruchs der Pfandbriefgläubiger auf Befriedigung aus dem sonstigen Vermögen der Bank finden die für die Absonderungsberechtigten geltenden Vorschriften der §§ 64, 153, 155, 156, 168 Nr. 3 der Konkursordnung entsprechende Anwendung. § 35 Absatz 1, 2. Besondere Kautelen sind im Gesetz § 35 Absatz 3, 4 getroffen, um einer Benachteiligung der nicht bevorrechteten Konkursgläubiger vorzubeugen. Durch Eröffnung des Konkurses wird die Stellung des Treuhänders beseitigt, und alles Vermögen, an dessen Verwahrung der Treuhänder bisher beteiligt war, geht in die alleinige Verwahrung des Konkursverwalters über. Die Staatsaufsicht ist beendigt.

Die Befriedigung der Pfandbriefgläubiger erfolgt innerhalb des Konkursverfahrens durch den Konkursverwalter. Die Verwertung des gesamten zur Masse gehörigen Vermögens einschließlich der zur Deckung der Pfandbriefe bestimmten Hypotheken ist dem Konkursverwalter überlassen. Die Pfandbriefgläubiger sind in der Lage, an den allgemeinen Gläubigerversammlungen und an den Wahlen für den Gläubigerausschuß teilzunehmen. Soweit eine besondere Organisation der Pfandbriefgläubiger erforderlich ist, kommt das Gesetz über die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen in Betracht. Sie können ihre Rechte in dem Konkursverfahren durch den bisherigen oder einen neu bestellten Vertreter wahrnehmen lassen. Jene Bestimmungen gewähren insbesondere den Pfandbriefgläubigern die Möglichkeit, durch Mehrheitsbeschluß ein besonderes Abkommen mit dem Gemeinschuldner einzugehen. S. hierüber und andere Fragen Begr. zum Entwurf des H.B.G. § 35, auch die Kommentare zum Schuldverschreibungsgesetz.

Bei der jüngsten Hypothekenbank-Katastrophe ist nur in einem einzigen Fall, bei der Deutschen Grundschuldbank, der Konkurs eröffnet, aber auch in diesem Fall ist das Konkursverfahren nicht durchgeführt worden. Man hat eine neue Gesellschaft gebildet, um die Masse aufzunehmen. Die enormen Kosten einer konkursmäßigen Erledigung geben einen wesentlichen Bestimmungsgrund ab, von der konkursmäßigen Erledigung abzusehen, und irgend eine Form der Sanierung vorzuziehen. Diese enormen Kosten sind sachlich nicht gerechtfertigt, weil die Versilberung der Masse einer Hypothekenbank doch keineswegs mit solchen Schwierigkeiten verbunden ist wie bei anderen Konkursmassen desselben Umfangs. Auch kamen des weiteren folgende Erwägungen in Betracht:

Da die Zinszahlung während des Konkurses aufhört, so ist die schnelle Erledigung des Verfahrens geboten. Mit dieser aber geht die Hoffnung besserer Verwertung durch ruhige Abwicklung, Meliorierung und parzellenweise Veräußerung des Grundbesitzes verloren. Grundstücksreflektanten erwägen genau die Situation des Konkursverwalters. Die in der Konkursverwaltung erreichbaren Preise bleiben regelmäßig hinter den normalen zurück. Der Konkursverwalter kann bei eintretenden Zwangsverkäufen mangels der dazu erforderlichen großen Mittel gar nicht oder nur in äußerst beschränktem Maße sich als Bieter beteiligen. Die Konkursverwaltung kann geschäftliche Transaktionen weitausschauender Art nicht vornehmen, während solche zur Erhaltung und sachgemäßen Verwertung einzelner Objekte erforderlich sein können. Da das Gesetz den Pfandbriefgläubigern nur ein Vorzugsrecht, nicht aber ein Pfandrecht an der Deckung gibt, so würde allerdings die Konkursverwaltung aus den Unterlagen sich die Mittel schaffen können, um eine bessere Zeit für die Verwertung abzuwarten und mit Meliorierung vorzugehen, aber ein solches Vorgehen würde die Genehmigung der Gläuberschaft schwerlich finden. (Bericht der Revisions-Kommission der Pommerschen H.A.B. vom 19. September 1901. Bericht der Vertreter und des Ausschusses an die Real-Obligationäre der Deutschen Grundschuldbank vom 17. April 1901).

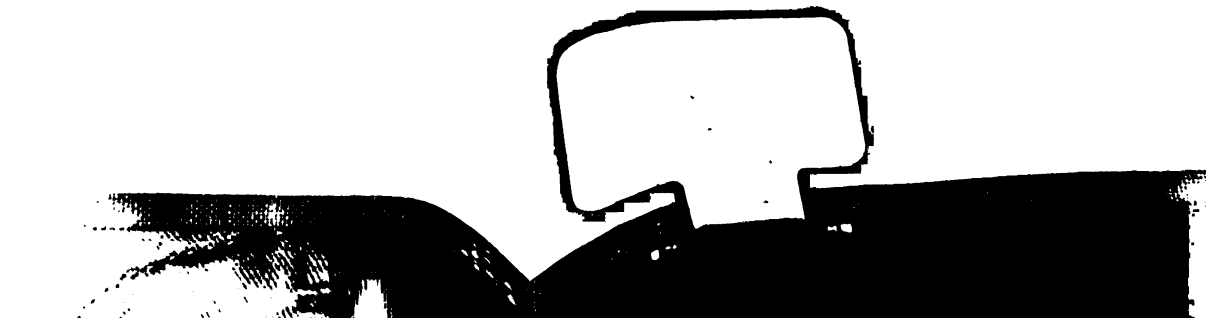
Bei dem Konkurs einer Hypothekenbank ist auch der Abschluß eines Akkords im Sinne der K.O. nahezu unmöglich. Die bevorrechteten bezw. absonderungsberechtigten Gläubiger können nach den Vorschriften der K.O. einen Akkord überhaupt nicht abschließen. Verzichten sie aber auf das ihnen nach dem H.B.G. zustehende Vorrecht, so hat dies zur Folge, daß auch die übrigen Konkursforderungen in gleicher Weise wie die Pfandbrief-

gläubiger an der Ausschüttung der Masse partizipieren. Wird im Weg des Zwangsvergleichs eine Herabsetzung des Nominalbetrags aller Forderungen der Pfandbriefgläubiger erreicht, und ergibt sich bei der demnächstigen Verwertung und Ausschüttung der Masse ein Überschuß, so kommt er nicht mehr den Gläubigern, sondern den Aktionären der Bank, also dem Kridar zu gut, was nicht der Absicht des Gesetzes entspricht. S. Bericht der Vertreter und des Ausschusses an die Real-Obligationäre der Deutschen Grundschuldbank vom 17. April 1901.

Bei dem Konkurs der Deutschen Grundschuldbank ergab sich noch eine besondere Komplikation. Die Bank konnte von der Möglichkeit eines Zwangsvergleichs auch deshalb keinen Gebrauch machen, weil sie vor Eröffnung des Konkurses in Liquidation getreten war. Es entfiel damit die Möglichkeit, die durch § 307 des H.G.B. an sich gegeben ist. Nach Abschluß eines Akkords wäre die Bank wieder eine Liquidationsgesellschaft geworden. S. Bericht der Vertreter und des Ausschusses an die Real-Obligationäre l. c. S. generell über den Einfluß des Konkurses auf die Gläubiger-Organisation, die Gläubiger-Versammlung und auf deren Beschlüsse: Schuldverschreibungsgesetz § 18, über den Einfluß des Konkurses auf die rechtliche Sicherung der Pfandbriefgläubiger und die Geltendmachung der Rechte der Schuldverschreibungsgläubiger ibid. § 19.

Eine notleidende Hypothekenbank ist nach allem dem auf den Weg der Sanierung geradezu hingewiesen. Die Sanierung selbst hat sich bei der jüngsten Hypothekenbank-Katastrophe in zwei Formen vollzogen, nämlich unter Bildung einer Schutzvereinigung der Pfandbriefbesitzer und ohne solche. Durch die Bildung einer Schutzvereinigung kam man insbesondere über die im § 11 des Schuldverschreibungsgesetzes begründeten Schwierigkeiten der Abstimmung hinweg, und sie ermöglichte auch den freiwilligen Verzicht der weitaus überwiegenden Mehrzahl der Pfandbriefgläubiger herbeizuführen. cf. § 12, Absatz 4 des Schuldverschreibungsgesetzes. Es erwies sich, daß die Befugnisse, welche das Gesetz der Gläubigerversammlung und dem von ihr bestellten Vertreter einräumt, für eine wirksame Wahrnehmung der dem letzteren obliegenden Funktionen in keiner Weise ausreichen. Es gelang im konkreten Fall der Generalversammlung eine Ergänzung des von dem Gesetzgeber unvollständig konstruierten Mandats dahin, daß der Schuldner gezwungen wurde, einen Einblick in seine Verhältnisse zu gestatten. Andernfalls würde die Aufgabe undurchführbar gewesen sein, da man unmöglich bei jeder im Interesse der Machtgeber erforderlichen Maßnahme vorgängig die Intervention der Aufsichtsbehörde anrufen konnte. In einer außerordentlichen Generalversammlung der Aktionäre wurde der für die Durchführung des Mandats wesentliche Beschluß gefaßt: Die Direktion wird angewiesen und ermächtigt, alle Bücher, Belege, Dokumente und Akten der Gesellschaft . . . und mündliche Aufklärungen, welche von den Vertretern der Pfandbriefe zur Durchführung des in der Generalversammlung der Pfandbriefbesitzer vom . . . gefaßten Beschlusses betreffs der Aktiva und Passiva gefordert werden, selbst oder durch ihre Organe zur Verfügung zu stellen und zu beschaffen, auch alle sachgemäßen Kosten der Vertretung zu berichtigen. Bericht der Vertreter der Pfandbriefgläubiger der Preußischen H.A.B. vom 26. Dezember 1900.

Im großen und ganzen hat das Schuldverschreibungsgesetz sich bewährt, im einzelnen wird eine Revision des Gesetzes auf Grund der Beobachtungen der jüngsten Katastrophen in absehbarer Zeit erwünscht sein.

Ex. J. M.
7/1/04

Piererſche Hofbuchdruckerei Stephan Geibel & Co. in Altenburg.